

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/158863>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-12 and may be subject to change.

Geerten Boogaard, Het wetgevingsbevel. Over constitutionele verhoudingen en manieren om een wetgever tot regelgeving aan te zetten

*Diss. Amsterdam UvA,
promotor prof. mr. J.A. Peters,
copromotor dr. F.T. Groenewegen, Oisterwijk: Wolf
Legal Publishers 2013,
ISBN 978-90-5850-999-4.*

1. Inleiding

In 2003 verklaarde de Hoge Raad zich in *Waterpakt* onbevoegd om op de voet van art. 3:296 BW een bevel tot wetgeving aan de Staat te geven.¹ Vrij snel daarna bleek hij in *Fauna-bescherming/Fryslân* evenmin bereid, decentrale wetgevers tot regelstelling te bevelen.² Het is beroemdberuchte rechtspraak, die in de literatuur inmiddels tot op het bot is geanalyseerd en door uiteenlopende auteurs is bekritiseerd.³ Voor ik aan Boogaards dissertatie begon, vroeg ik mij dan ook af, of 253 pagina's – een decennium na dato geschreven – nog veel aan deze materie zouden toevoegen. Die vraag bleek onterecht. Op licht ironische toon schreef Boogaard een boeiende, intelligente en van constitutioneel pragmatisme getuigende dissertatie over wetgevingsbevelen. Om over dit onderwerp 253 pagina's te kunnen produceren moest hij wel een kleine kunstgreep toepassen: naast het in *Waterpakt* en *Fauna-bescherming/Fryslân* gevraagde 'formele wetgevingsbevel' – een gebod tot regelstelling in het rechterlijk dictum – introduceert hij het begrip 'materieel wetgevingsbevel'. Hiervan is sprake 'als de rechter een schending van een wetgevingsplicht (of de onmiddellijke dreiging daarvan) vaststelt en daarbij op een voor de betrokken regelsteller bindende wijze recht vormt'.⁴ Bij een materieel wetgevingsbevel blijkt uit de rechterlijke overwegingen dat de wetgever in gebreke is, zonder dat daaraan de uitspraakvorm van een bevel wordt verbonden.⁵ Wanneer de door de rechter gevonden of gevormde rechtsregel de wetgever ook nog rechtens bindt, wordt de wetgever *de facto* verplicht tot regelstelling,

of de rechter dat nu met zo veel woorden uitspreekt of niet. Boogaard is geïntrigeerd door de – schijnbare⁶ – tegenstelling tussen het feit dat de Hoge Raad enerzijds principiële, met de machtscheiding en derdenbelangen samenhangende bezwaren aanvoert tegen formele wetgevingsbevelen,⁷ maar anderzijds soms arresten wijst die de wetgever materieel geen andere keus laten dan de wet aan te passen. Het *Arbeidskostenforfait*-arrest en het *SGP*-arrest vallen in die laatste categorie.⁸ Zo leidt de Hoge Raad in de *SGP*-zaak uit een (summiere) verdragsbepaling af dat de Staat onrechtmatig handelt door niet op te treden tegen de uitsluiting van vrouwelijke kandidaatvolksvertegenwoordigers door de SGP. Tegelijk zijn alle betrokkenen het echter wel eens, dat de enige wijze om effectief tegen een dergelijke vorm van discriminatie op te treden een aanpassing van de wet zou vergen. Het lijkt wel alsof de principiële getoonzette bezwaren tegen een bevelend dictum opeens niet meer gelden als de rechter met een 'materieel wetgevingsbevel' de keuzeruimte voor de wetgever (net zo goed) vergaand beperkt. Zijn verwondering over deze jurisprudentiële paradox brengt de auteur tot twee onderzoeksvragen. Ten eerste wil hij analyseren of de genoemde arresten elkaar tegenspreken, corrigeren of dat de (schijnbare) tegenstelling nog een andere oorzaak heeft. Ten tweede stelt hij de normatieve vraag wat de juiste constitutionele rol van de rechter is, en of die rol wel dwingt tot zo'n principiële afwijzing van het formele wetgevingsbevel als het *Waterpakt*-arrest te zien gaf.

Na een korte opmerking over Boogaards stijl (par. 2), geef ik hieronder een vrij uitgebreid overzicht van de interessante inhoud van het boek (par. 3), gevolgd door enkele discussiepunten (par. 4).

2. Stijl

De auteur beleeft merkbaar *Freude am Schreiben*. Verschillende passages in het boek echoën de toon van zijn columns op het luchtige publiekrechtenspolitiek.nl. Zo draagt het eerste hoofdstuk de titel 'Uw wens is mijn bevel'. Hoofdstuk III over de rechtsstatelijke verhouding tussen wetgever en rechter heet 'Mijn stoel, als u begrijpt wat ik bedoel' en het slothoofdstuk 'De juiste gevolgtrekking'. In de tekst worden voortdurend staande uitdrukkingen en metaforen tot nieuwe beeldspraken aangeregen: de Hoge Raad laat zich in zijn rechtsvormende taak-jurisprudentie 'ongemeen ver in de raadkamer kijken' (p. 118), in een *acte clair* is een 'prejudiciële vraag naar de bekende weg' (p. 165), de Hoge Raad beoordeelt de een ieder verbindendheid van art. 7c van het VN-Vrouwenverdrag met een techniek van 'afpellen en meeliften' (p. 204) en in het 'gat' dat ontstaat als de rechter nationale wetgeving buiten toepassing moet laten wegens strijd met het gelijkheidsbeginsel 'bloeit inmiddels het leerstuk van de grenzen van de rechtsvormende taak' (p. 209). Ook de Nationale ombudsman, een gezaghebbend lid van het Koninklijk Huis en andere juridische scribenten ontsnappen niet aan Boogaards ironie.⁹ Bij zijn analyse van de rechtsgevolgen van het *SGP*-arrest meldt hij bijvoorbeeld dat rechtspraak, literatuur én de wetgever zelf er voetstoots van uitgaan, dat met dat arrest

het laatste woord is gesproken. Uitsluitend de redactie van het *Reformatisch Dagblad* bepleit dat de wetgever het oordeel van de Hoge Raad naast zich neerlegt en de betrokken grondrechten zelf afweegt. In de woorden van Boogaard: 'Het arrest van de Hoge Raad hoeft volgens de krant voor rechtzinnig Nederland geen verschil te maken.' (p. 220) Je moet natuurlijk van dit soort grapjes houden. Persoonlijk vind ik ze erg amusant, zeker omdat Boogaard zijn ironie goed doseert en er zelden te dik bovenop legt. Het boek was voor mij een welkome afwisseling op ons doorgaans nogal droge vakproza.

3. Inhoud van het boek

De studie valt grofweg in twee delen uiteen. Het eerste deel, de hoofdstukken II en III, bevat rechtstheoretische beschouwingen over wetgevingsplichten, wetgevingsbevelen en de verhouding tussen rechter en wetgever. Het tweede deel van het betoog bevat uitgebreide 'casestudies' waarbij het *Arbeidskostenforfait*-arrest (hoofdstuk IV), het *Waterpakt*-arrest (hoofdstuk V) en het *SGP*-arrest (hoofdstuk VI) in het perspectief worden geplaatst van het theoretisch kader uit het eerste deel. Het slothoofdstuk bevat de pointe van Boogaards beschouwingen (zie hierna). Ik geef hierna (noodzakelijkerwijs te kort) de hoofdlijnen van het betoog weer, waarbij de interessantste elementen daaruit iets meer aandacht krijgen.

Hoofdstuk II behandelt de verschijnselen wetgevingsplicht en wetgevingsbevel. Naast verschillende geschreven verplichtingen tot regelstelling, zoals art. 107 Gw, rust er volgens Boogaard op iedere Nederlandse regelsteller een algemene, ongeschreven conformeringsplicht. Op grond daarvan moeten alle wetgevers hun regelbestand voortdurend in overeenstemming houden met (hoger) nationaal en internationaal recht. Zodra een wettelijke regeling daarmee in strijd blijkt, moet zij worden ingetrokken. Boogaard leidt deze ongeschreven conformeringsplicht af uit een aantal rechtsstatelijke beginselen, zoals de kenbaarheid van het recht, de rechtszekerheid en het legaliteitsvereiste. Aan deze waarborgen 'wordt afbreuk gedaan wanneer wetboeken ook bepalingen bevatten

die geen recht meer zijn en wanneer er in het geschreven recht bedreigd wordt met straffen die niet meer mogen worden opgelegd.' Aan een (rechterlijk) wetgevingsbevel ligt altijd de schending van een van de genoemde wetgevingsplichten ten grondslag. Bij een materieel wetgevingsbevel laat de rechter het bij een – de wetgever bindende – constatering dát er een wetgevingsplicht is geschonden. Bij een formeel wetgevingsbevel daarentegen koppelt de rechter aan die constatering een gebod om de schending ongedaan te maken. Formele wetgevingsbevelen voegen voor de wetgever dus een nieuwe verplichting – die tot uitvoering van het rechterlijk bevel – toe aan een reeds bestaande wetgevingsplicht.

Hoofdstuk III beschouwt het wetgevingsbevel in het licht van de constitutionele verhouding tussen rechter en wetgever. Het hoofdstuk behandelt nogal uiteenlopende leerstukken en is rijk aan ideeën. Eerst wordt het wetgevingsbevel in het perspectief geplaatst van de voornaamste, uit de literatuur bekende beginselen van de moderne rechtsstaat, te weten legaliteit, machtsevenwicht, rechterlijke onafhankelijkheid en democratie.

Nou zijn deze beginselen, zoals Boogaard ook onmiddellijk toegeeft, nogal kneedbaar. Sommige van die beginselen blijken argumenten tegen, andere argumenten vóór het wetgevingsbevel op te leveren. Soms levert hetzelfde beginsel zowel argumenten vóór als argumenten tegen. Zo zou een (formeel) wetgevingsbevel als bindende opdracht van de ene staatsmacht aan de andere in strijd kunnen zijn met een strikte machtenscheiding; tegelijkertijd kan een wetgevingsbevel worden gezien als een extra 'check' op de wetgever. In dit kader bespreekt Boogaard onder andere het uit de VS bekende verschijnsel van *public law litigation*.

Dit zijn rechtsgedingen waarin een belangenorganisatie de rechter inschakelt teneinde de overheid aan te zetten tot actief optreden om constitutionele waarden te verwezenlijken of maatschappelijke misstanden te beëindigen. Zulke rechtspraak heeft zich ook te onzent een vaste plaats verworven – de *SGP*-zaak is een voorbeeld *par excellence*. Juist dit type rechtspraak – dat blijkt art. 3:305a BW de steun van de wetgever

heeft – is bij wetgevingsbevelen zeer gebaat.

Ook het 'snel aan populariteit winnende' concept – Boogaard noemt het een 'frame' – van de constitutionele dialoog wordt in de beschouwing betrokken. Boogaard wil uitdrukkelijk niet allerlei vormen van interactie tussen rechter en wetgever als dialoog betitelen:¹⁰ een echte dialoog vereist volgens hem gelijkwaardigheid en vrijwilligheid.¹¹ Als de rechter bijvoorbeeld de schending van een verdragsrechtelijke wetgevingsplicht uitsprekt, dan is de wetgever in een waarlijk dialogisch model bevoegd om dat rechterlijk oordeel (gemotiveerd) naast zich neer te leggen. In een daaropvolgende rechtszaak zou de rechter dan weer gemotiveerd op het standpunt van de wetgever kunnen reageren, net zo lang totdat een van beiden zich vrijwillig aan het standpunt van de ander conformeert. Zo'n dialogisch model is evident niet te rijmen met formele, noch met materiële wetgevingsbevelen.

De laatste invalshoek voor Boogaards beschouwing van het wetgevingsbevel in constitutioneel perspectief is die van de 'institutionele politiek'.¹² Volgens de auteur bewaart een verstandige rechter de goede verhoudingen binnen de trias door soms een bewuste keuze te maken om niet zijn volle arsenaal aan uitspraakbevoegdheden in te zetten. Deze institutionele politiek van de rechter blijft volgens Boogaard vaak 'onder de radar van de juridische waarneming', mede omdat rechters er in hun overwegingen zelden iets over zeggen. Boogaard weet er toch enkele voorbeelden van te noemen en hij suggereert daarbij dat het weigeren van formele wetgevingsbevelen een vorm van institutionele politiek zou kunnen zijn: juist formele wetgevingsbevelen zetten de verhouding tussen wetgever en rechter onder spanning. Daarbij loopt de rechter het risico van een ernstig verlies aan gezag als de wetgever het bevel zou negeren. Deze aandacht voor 'institutionele politiek' is kenmerkend voor Boogaards boek; institutionele politiek zal ook een dragend element van de conclusie blijken te zijn (zie hierna).

In het tweede deel past de auteur de bovenstaande gezichtspunten toe in drie 'casestudies'. Daarbij komen

achtereenvolgens het *Arbeidskostenforfait*-, het *Waterpakt*- en het *SGP*-arrest aan bod.

Eerst zoomt hoofdstuk IV in op *Arbeidskostenforfait*, het beroemde arrest waarin de Hoge Raad de 'grenzen van zijn rechtsvormende taak' omlijnt. In casu bleek een formeel-wettelijke belastingbepaling in strijd met art. 26 IVBPR, omdat bepaalde groepen werkenden een belastingvoordeel misliepen dat juist was bedoeld om de arbeidsparticipatie te bevorderen. Buiten toepassing laten van de wet (zie art. 94 Gw) zou deze ongelijkheid niet oplossen; daarvoor was een nieuwe rechtsregel nodig. Volgens de Hoge Raad waren voor het formuleren van zo'n nieuwe regel echter politieke keuzes nodig en die zouden de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaan. De Hoge Raad waarschuwt evenwel dat hij de noodzakelijke nieuwe regel mogelijk alsnog zelf zal formuleren als de wetgever te lang op zich laat wachten. Boogaard noemt dit trefend het 'op termijn stellen van de wetgever door te dreigen met rechtsvorming'. Verder acht Boogaard de beslissing om hier niet aan rechtsvorming te doen, 'verstandig': de rechter geeft zich daarmee terecht 'rekenschap van de goede verhoudingen in de trias' en beslist begrijpelijkerwijs dat het arbeidskostenforfait geen verstoorde verhoudingen waard was.¹³ Door te 'dreigen met rechtsvorming' wordt de wetgever echter wel degelijk onder druk gezet om de wet in de door de Hoge Raad gewenste zin aan te passen. Daarom is er hier sprake van een materieel wetgevingsbevel, niet van een eenvoudig 'signaal aan de wetgever'. Vervolgens komt in hoofdstuk V het *Waterpakt*-arrest aan bod. Boogaard laat zien dat het arrest niet goed aansluit op eerdere jurisprudentie, waarin de Hoge Raad juist in toenemende mate bereid was om rechtsbescherming te bieden tegen onrechtmatige wet- en regelgeving. In *Waterpakt* trekt de Hoge Raad volgens hem echter een streep in het zand. Boogaard signaleert dat de Luxemburgse rechtspraak zich paradoxaal genoeg in tegengestelde richting beweegt: het Hof van Justitie mag de lidstaten weliswaar officieel geen wetgevingsbevelen geven, maar het maakt wel steeds dwingender gebruik van zijn bevoegdheid om in

een inbreukprocedure voor recht te verklaren dat een nationale wetgever het EU-recht schendt door een gebrekkige richtlijnimplementatie.¹⁴

Het Luxemburgse Hof verbindt aan dit type declaratoire uitspraak steeds duidelijkere aanwijzingen over de termijn waarop de omzetting gereed moet zijn, waarbij de lidstaat bovendien hoge dwangsommen verbeurt als dat niet lukt. Een materieel wetgevingsbevel krijgt hier trekken van een formeel bevel.

Hoofdstuk VI bevat tot slot een analyse van het *SGP*-arrest, waarin de Hoge Raad uitspreekt dat de Staat onrechtmatig handelt door niet op te treden tegen vrouwenuitsluiting door de SGP, terwijl het glashelder is dat alleen tegen de SGP kán worden opgetreden nadat de (Kies)wet is aangepast. Het interessantste element van dit hoofdstuk is het zorgvuldige onderzoek naar de receptie van het arrest in de politiek en de doctrine. Boogaard laat zien dat zowel de Kamer als de regering er na het arrest van de Hoge Raad voetstoots van uitgaan, dat zij zijn gebonden aan de door de Hoge Raad uit het Vrouwenverdrag afgeleide regel. Niemand – behalve dan het *Reformatisch Dagblad* – betoogt dat deze rechtsregel een juridische opinie is, waar de wetgever gemotiveerd van zou mogen afwijken. Integendeel: eigenlijk staat voor alle betrokkenen wel vast, dat het arrest de wetgever bindt. Volgens Boogaard blijkt uit deze casus dan ook een 'politieke praktijk van zelfbinding' aan de uitspraken van de hoogste rechter. Het lijkt een vorm van gewoonterecht dat de rechtsoordelen van de hoogste rechter voor de wetgever bindend zijn. Daarom bevat het *SGP*-arrest een 'echt' materieel wetgevingsbevel: de Hoge Raad doet een voor de wetgever bindende constatering dat een wetgevingsplicht is geschonden. Kennelijk is een uitspraak met een formeel wetgevingsbevel voor de Hoge Raad uit den boze, terwijl een uitspraak waaruit 'de enige juiste gevolgtrekking' is dat de wetgever de wet moet aanpassen, dat niet is. Deze conclusie maakt opnieuw de vraag pregnant, wat dan het relevante verschil is tussen formele en materiële wetgevingsbevelen. De slotbeschouwing van Hoofdstuk VII gaat daarop in. Boogaard wil de analyse van het *Waterpakt*-arrest 'kantelen

van een materieel naar een institutioneel perspectief.' Hij constateert dat de vele auteurs die *Waterpakt* hebben bekritiseerd, dat deden vanuit een materieel perspectief. Hun kritiek komt erop neer, dat ook de wetgever zich aan het recht moet houden, zodat het staatsrechtelijk weinig bezwaarlijk is als de rechter de wetgever beveelt om zijn wettelijke plicht metterdaad te vervullen. *Materieel* staat de trias politica niet aan wetgevingsbevelen in de weg zolang de rechter deze slechts geeft als de wetgever het recht evident schendt. De rechter 'voegt' dan materieel niets 'toe' met zijn bevel, zodat hij zijn constitutionele rol niet miskent.¹⁵ Boogaard vindt dit standpunt niet zonder meer onjuist, maar noemt het 'voetballen op de eigen helft', omdat daarbij volgens hem het 'institutionele perspectief' wordt verwaarloosd: het is evident dat ook de wetgever zich aan het recht moet houden, maar de vraag is veeleer *wie* dat beoordeelt en met welk rechtsgevolg.

Interessant genoeg zijn de twee argumenten die de Hoge Raad in zijn *Waterpakt*-arrest geeft voor het afwijzen van een (formeel) wetgevingsbevel, (volgens mij, RS) sterk materieel van aard. Die argumenten komen op het volgende neer. Ten eerste is het wetgevingsinitiatief volgens de Hoge Raad politiek van aard, zodat de beslissing om bepaalde wetgeving tot stand te brengen altijd een eigen afweging van de democratisch gelegitimeerde wetgever zou vergen. Ten tweede zou een wetgevingsbevel de rechtspositie van derden sterk beïnvloeden, waarmee het volgens de Hoge Raad de traditionele taak van de rechter te buiten zou gaan omdat die slechts recht behoort te spreken tussen partijen. Deze argumenten laten zich eenvoudig op materiële gronden bestrijden,¹⁶ en – vreemder nog – zij kunnen evengoed worden aangevoerd tegen een materieel wetgevingsbevel zoals het *SGP*-arrest, zoals ook Boogaard niet nalaat op te merken.

Boogaard plaatst hier zijn institutionele perspectief tegenover. Twee institutionele overwegingen geven voor hem uiteindelijk de doorslag om tegen wetgevingsbevelen te pleiten.

Ten eerste vereist een ware trias volgens Boogaard een institutionele

scheiding van machten, die ‘co-equal’ en ‘co-sovereign’ moeten zijn. Dat betekent niet alleen dat de wetgever de rechter niet mag voorschrijven hoe hij in een concreet geval dient te beslissen, maar ook dat de rechter de wetgever nooit mag bevelen op een bepaalde wijze van de wetgevende bevoegdheid gebruik te maken, zelfs niet als er voor zo’n bevel goede inhoudelijke gronden zouden zijn.¹⁷ Zoals hij enigszins vierkant stelt: ‘Wie de Trias Politica afhankelijk maakt van wie er gelijk heeft, heft haar op; een materiële trias is geen trias’.¹⁸

Ten tweede vindt Boogaard het *verstandig* dat de Hoge Raad geen wetgevingsbevelen geeft. Een wetgevingsbevel zet de verhouding tussen rechter en wetgever onder hoogspanning; de rechter dreigt bovendien veel gezag te verliezen als zijn bevel zou worden genegeerd. Zelfs als dat negeren niet openlijk gebeurt, kunnen er nog allerlei redenen zijn waarom de bevolen wet er niet komt, want ‘het vermogen van de politiek om goedwillend niets te doen, kan moeilijk overschat worden’.¹⁹

Boogaards institutionele invalshoek is een originele bijdrage aan het debat. Zij is door andere scribenten over deze materie – onder wie schrijver dezes²⁰ – nauwelijks onderkend. De (materieel getinte) argumenten op grond waarvan de Hoge Raad in *Waterpakt* van wetgevingsbevelen afziet, zijn en blijven (voor mij) niet overtuigend.²¹ Boogaard voegt daar echter nieuwe argumenten aan toe, die in ieder geval tot nadenken stemmen. Wellicht is het inderdaad verstandig dat de Hoge Raad geen wetgevingsbevelen geeft. Voortbordurend op Boogaards institutionele invalshoek valt misschien zelfs te zeggen dat een formeel wetgevingsbevel de verhoudingen onnodig op scherp zou stellen: de rechter kan immers al de schending van wetgevingsplichten vaststellen en de politieke ambten achten zich daaraan ook nu al rechtens gebonden. Zolang dat het geval is, zou het met zoveel woorden uitspreken van een wetgevingsbevel mogelijk onnodig verdeeldheid zaaien.

4. Discussiepunten

Ik heb zitten twifelen of deze bespreking het volgende kritiekpunt

moest bevatten. Gezegd kan worden dat het boek bepaald niet de ‘strakke’ opbouw heeft die wij studenten aanraden: stel in de inleiding een duidelijke vraag, schrijf in de kern van je betoog alleen tekst die volledig aan de beantwoording van die vraag ten dienste staat en trek in het slot een heldere conclusie.

Het begint er al mee dat de auteur zijn eerste onderzoeksvraag twee keer formuleert. Eerst heet zij ‘Hoe is de motivering van *Waterpakt* te begrijpen naast die van *Arbeidskostenforfait* en *SGP*?’ Een halve pagina verder wordt het: ‘Spreken de arresten elkaar eenvoudig tegen en corrigeren ze elkaar misschien wel, of is er iets anders aan de hand?’. Het middendeel volgt geen strakke route van onderzoeksvraag naar conclusie. Veeleer wordt de lezer zonder al te veel haast over een snuffelmarkt geleid, waar iedere onverwachte *détour* weer een aardig snuisterijtje oplevert. De expositie als geheel bestaat uit verwante, maar naar het lijkt wat associatief bij elkaar gezochte themata als de vraag naar de juiste verhouding tussen rechter en wetgever, de gebondenheid van de wetgever aan rechterlijke interpretaties van verdragsverplichtingen, de inhoud van het rechtsstaatsbegrip, de betekenis van het dialoogmodel, de diepere betekenis van het arrest *Marbury v. Madison*, de rechtstheorie van Kelsen en nog veel meer. In de slotbeschouwing worden de twee onderzoeksvragen wel zo ongeveer beantwoord, maar de lezer moet goed zoeken om die antwoorden eruit te halen.

Echter, voor mij ontleent het boek aan zijn meanderende karakter en het daarmee samenhangende vertelplezier juist een groot deel van zijn charme. Het boek heeft wellicht meer weg van een bundel essays dan van een systematische reconstructie of evaluatie van het positieve recht. De auteur heeft de lezer evenwel veel te vertellen, en wat hij vertelt is vaak de moeite waard.

Bovendien getuigt de tekst van inzicht en van een ‘eigen geluid’. Joop van den Berg verwonderde zich ooit over het diepe geloof van veel juristen in het ‘zegenrijke karakter van hun werk’.²² Mochten er inderdaad veel van dergelijke juristen bestaan, dan is Boogaard er duidelijk geen van. Hij is veeleer een constitutione-

le realist met een scherp oog voor institutionele verhoudingen.²³ De tekst is doordrongen van het besef dat de mogelijkheden van de rechter om de wetgever bij te sturen, beperkt zijn. De auteur waarschuwt voor gezagsverlies van de rechter als deze de politieke ambten te vaak in de wielen rijdt. Naast de reeds genoemde kwaliteiten van het boek, is het ook interessant omdat de auteur – in tegenstelling tot wat in de staatsrechtelijke literatuur soms gebruikelijk is of lijkt – zich niet voegt in een lange rij van auteurs die pleiten voor meer toetsing en meer rechterlijke bevoegdheid. Alleen al deze nogal pragmatische benadering lijkt mij een verrijking van het constitutionele debat. Deze recensent heeft zich dan ook zeer met Boogaards dissertatie geamuseerd en er veel van opgestoken. Lezing is van harte aan te bevelen.

R.J.B. Schutgens²⁴
Ubbergen, maart 2014

1. HR 21 maart 2003, *NJ* 2003/691 (*Waterpakt*).
2. HR 1 oktober 2004, *NJ* 2004/679 (*Faunabescherming/Fryslân*).
3. Al heeft zij ook bijval gekregen, zie L.F.M. Besselink, commentaar op *Waterpakt*, *SEW* 2004, p. 232-238.
4. Boogaard, p. 45. In dit geval vormt de rechter recht als hij uit globale, hogere normen, concretere verplichtingen tot regelstelling afleidt waar de wetgever zich aan dient te houden.
5. Op p. 46 motiveert Boogaard waarom hij de wat verwarrende term materieel wetgevingsbevel gebruikt.
6. In hoofdstuk VII betoogt Boogaard dat er bij nadere beschouwing goede gronden zijn voor dit schijnbaar tegenstrijdige onderscheid, zie par. 3 van deze bespreking.
7. Zie par. 3.
8. HR 12 mei 1999, *NJ* 2000/170 (*Arbeidskostenforfait*); HR 9 april 2010, *NJ* 2010/388 (*SGP*).
9. Boogaard, p. 50 en 97.
10. Boogaard, p.83.
11. Deze ‘strengere’ opvatting van Boogaard over het concept van de dialoog past naadloos in zijn ‘institutioneel-realistische’ benadering: hij weigert die term te gebruiken in gevallen waarin zij verhoudt dat de rechter de beslissingsruimte van een andere staatsmacht inperkt.
12. Boogaard, p. 89-92. De term is van Boogaard.
13. Boogaard, p. 120-121.
14. Zie art. 258 en 260 VWEU.
15. De rechter creëert natuurlijk wel de bijkomende verplichting om het bevel

- na te leven. Inhoudelijk is die nieuwe verplichting in deze benadering echter een herhaling van de rehtens al bestaande wetgevingsplicht.
16. (1) Hoe politiek dat wetgevingsinitiatief ook zij; de wetgever is rehtens gehouden Europese richtlijnen en andere wetgevingsplichten na te leven. (2) In een rechtsstelsel dat groot gezag toekent aan uitspraken van de hoogste rechter, hebben die uitspraken altijd gevolgen voor derden. De hoogste rechter dient dat onder ogen te zien en er rekening mee te houden bij het vaststellen van de inhoud van zijn uitspraken.
 17. Vergelijk de parlementaire immuniteit: hoewel parlementariërs zich tijdens de vergadering aan de strafwet moeten houden, beoordeelt niet de rechter, maar de Kamervoorzitter óf zij dat doen, art. 71 Gw.
 18. Dit is een prikkelende stelling, waar overigens wel op valt af te dingen. De trias politica vergt inderdaad een (zekere) formele afbakening van bevoegdheidssferen, maar volgens mij moet die altijd vergezeld gaan van een materiële triasconceptie; wie de trias zuiver formeel invult, heft haar net zo goed op. Uiteenlopende staatsrechtelijke concepten en ideeën, zoals de Straatsburgse *margin of appreciation*, de regel dat ministers zich in de pers niet uitlaten over een zaak die onder de rechter is, of Boogaards eigen opvatting dat de Hoge Raad er mogelijk verstandig aan had gedaan zich buiten de SGP-discussie te houden (p. 253), zijn slechts vanuit een materiële triasconceptie te verklaren.
 19. Boogaard, p. 251.
 20. R.J.B. Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2009, hfdst. 15.
 21. Idem.
 22. J.Th.J. van den Berg, 'Met welk recht? Grensschermselingsen tussen wetgevende en rechterlijke macht in Nederland', *Trema* 1996, afl. 3, p. 51.
 23. Het mijns inziens terechte doorprikken van het 'frame' van de constitutionele dialoog (zie hiervoor) is een goed voorbeeld van dat realisme.
 24. **Prof. mr. R.J.B. Schutgens is hoogle-raar Algemene rechtswetenschap aan de Radboud Universiteit Nijmegen. De auteur dankt zijn collega's Broeksteeg en Witpaard voor hun nuttige suggesties.**