

Tilburg University

De rechter als wetgever-plaatsvervanger

van Gestel, Rob

Published in:
RegelMaat

DOI:
[10.5553/RM/0920055X2023038004007](https://doi.org/10.5553/RM/0920055X2023038004007)

Publication date:
2023

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
van Gestel, R. (2023). De rechter als wetgever-plaatsvervanger. *RegelMaat*, 38(4), 333-347.
<https://doi.org/10.5553/RM/0920055X2023038004007>

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

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

OBJETS TROUVÉS

De rechter als wetgever-plaatsvervanger

R.A.J. van Gestel

1. Inleiding

Het debat over rechterlijk activisme en het optreden als wetgever-plaatsvervanger is zo oud als de weg naar Rome.¹ Toch is er reden om het er opnieuw over te hebben, al was het maar vanwege het Leidse proefschrift van Rowie Stolk over ‘procederende belangenorganisaties in de polder’.² Dit prachtige proefschrift gaat over toegang tot de rechter in algemeenbelangzaken, zoals wij die kennen in artikel 3:305a van het Burgerlijk Wetboek (BW) en artikel 1:2, derde lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), waarbij zij het debat hier heeft vergeleken met dat in de Verenigde Staten (hierna: VS). In de VS wordt, zoals in de meeste *common law*-landen, anders tegen de rechtsvormende taak van de rechter aangekeken. Dat heb ik ook in eigen rechtsvergelijkend onderzoek kunnen vaststellen waarbij ik naast de VS, India en Zuid-Afrika betrek.³

Interessant is vooral hoe aldaar wordt gereageerd op het argument dat de rechter in ‘public interest cases’ niet op de stoel van de wetgever zou mogen gaan zitten en bovendien niet in staat zou zijn om aan rechtsvorming te doen in zaken die in de woorden van Fuller een ‘polycentrisch’ karakter bezitten,⁴ hetgeen betekent dat ze niet goed passen binnen een systeem van rechtsbescherming, gericht op individuele geschillenbeslechting, omdat de beslissingen in dit type zaken juist bedoeld zijn om (ook) gevolgen te hebben voor anderen dan procespartijen. Het iconische voorbeeld in de VS is de zaak *Brown v Board of Education*, waarin een individuele zaak van een weigering van een zwarte leerling om toegelaten te worden tot een blanke school, werd aangegrepen door de National Association for the Advancement of Colored People (NAACP) om een juridisch einde te maken aan de discriminatie op scholen.⁵ Deze zaak vormde het startschot voor een nieuwe vorm van procederen, die bekend is geworden als *public interest litigation* (PIL). Interessant in dat verband

1 Zie o.a. https://max-eup2012.mpipriv.de/index.php/Judge-Made_Law.

2 R. Stolk, *Procederende belangenorganisaties in de polder. Een interdisciplinair perspectief op de toegang tot de rechter* (diss. Leiden), 2023 (hierna: Stolk 2023a). Ik bespreek de conceptversie die mij als lid van de promotiecommissie is toegezonden. Mijn bijdrage moet worden gezien als een aansporing voor eenieder om te zijner tijd de gehele dissertatie te gaan lezen, omdat ik er hier slechts één aspect uitlicht, namelijk de vraag naar de representativiteit van eisende belangenorganisaties. Een concept van deze bijdrage heb ik voorgelegd aan de promovenda.

3 NWO-project Supreme Courts in quest for legitimacy in public interest cases.

4 L. Fuller, ‘The Forms and Limits of Adjudication’, *Harvard Law Review* 1978, afl. 2, p. 353-409 (op p. 353). Fuller vergeleek polycentrische rechtsverhoudingen wel met een spinnenweb, waarin als men ergens aan één draadje trekt er ook op allerlei andere plekken bewegingen ontstaan.

5 *Brown v Board of Education of Topeka* 347 U.S. 483 (1954). Het de-facto-einde van de desegregatie is overigens tot op de dag van vandaag nog niet in zicht in de VS.

is overigens dat PIL in de VS juist wordt beschouwd als een beweging in de richting van een minder ‘adversarial’ en meer continentaal Europees proces van civiele rechtspraak met een actievare rol voor de rechter.⁶

Naast de vraag of de rechter effectief *kan* beslissen in PIL-zaken, gelet op de hem ter beschikking staande bevoegdheden, menskracht en middelen die nodig lijken om de rechter een meer probleemoplossende rol te geven, speelt zowel in de VS, Zuid-Afrika als India ook de vraag in hoeverre de rechter zich met meer politiek getinte beleidsgeoriënteerde (rechts)vragen *mag* bezighouden, omdat die zouden toekomen aan de ‘political branches of government’. Een soortgelijk debat zien we de laatste tijd in Nederland. Hierna wil ik twee aspecten van dat debat belichten. In de eerste plaats betreft dat de vraag, die Stolk in haar dissertatie behandelt, of de rechter bij algemeenbelangacties geen strengere eisen aan de representativiteit van belangenorganisaties zou moeten stellen als voorwaarde voor toegang tot de rechter.⁷ In de tweede plaats kijk ik op basis van eigen rechtsvergelijkend onderzoek naar de kritiek dat rechterlijke bevelen te gemakkelijk zouden neerkomen op een verboden opdracht van de rechter aan de wetgever om beleidsbeslissingen te nemen. Eerst ga ik echter nader in op de vraag wat onder algemeenbelangacties of PIL moet worden verstaan.

2. Wat zijn algemeenbelangacties?

Algemeenbelangacties of PIL-zaken zijn lastig te definiëren, omdat het om een kruising van publiek- en privaatrechtelijke procedures gaat, meestal in de vorm van een collectieve actie. De Zuid-Afrikaanse Law Commission heeft het procedurele verschil uitgelegd door te stellen:

“Class action” means an action instituted by a representative on behalf of a class of persons in respect of whom the relief claimed and the issues involved are substantially similar in respect of all members of the class, and which action is certified as a class action in terms of the Act.’

6 Een klassieker op dat punt is A. Chayes, ‘The Role of the Judge’, *Public Law Litigation Harvard Law Review* (89) 1976, afl. 7, p. 1281-1316. Meer recent ook: J. Fowkes, ‘Civil Procedure in Public Interest Litigation: Tradition, Collaboration and the Managerial Judge’, *Cambridge Journal of International and Comparative Law* (1) 2012, afl. 3, p. 235-253.

7 Ten tijde van het schrijven van deze bijdrage was haar dissertatie nog niet gepubliceerd, maar wel al dit artikel dat de essentie van haar argumentatie op dit punt weergeeft: R. Stolk, ‘De algemeenbelangactie in strijd met het algemeen belang?’, *NJB* 2023, afl. 14, p. 1064-1071.

“[P]ublic interest action” means an action instituted by a representative in the interest of the public generally, or in the interest of a section of the public, but not necessarily in the representative’s own interest.⁸

Bij een traditionele collectieve actie gaat het met andere woorden om een bundeling van vergelijkbare (individuele) belangen, waarbij de vertegenwoordiger van de klasse ‘gecertificeerd’ moet worden om als representant van degenen die worden vertegenwoordigd in rechte op te kunnen treden.⁹ Daarbij moet er, zoals in de VS, doorgaans een opt-in- of opt-outmogelijkheid bestaan voor individuele leden van het collectief.¹⁰ Bij een algemeenbelangactie gaat het niet om een bundeling van individuele (persoonlijke) belangen, maar vaak om een optreden door een ‘*public spirited*’ persoon of maatschappelijke organisatie die opkomt voor collectieve belangen met een veelal meer ideëel karakter, die daardoor meer zijn dan de optelsom van individuele belangen.

Zeker in de Nederlandse context worden algemeenbelangacties doorgaans gekenschetst door de nadruk op de vraag wie toegang heeft tot de rechter, maar daarnaast geldt dat het doel van deze acties dikwijls veelzeggend is. Het gaat de eisende partij namelijk veelal niet (primair) om schadevergoeding, maar om verandering van beleid of recht richting de toekomst. Dit vergt een actieve, probleemoplossende en mediërende rol van de rechter, waarbij deze vaak niet kan volstaan met een declaratoir vonnis. Dat zien we ook in sommige *common law*-landen, waar door de rechter vaak uiteenlopende bevelsbevoegdheden worden ingezet en bijvoorbeeld ook gebruik wordt gemaakt van *amici curiae*, wetenschappers of andere deskundigen, hoorzittingen en monitoringscommissies die toezien op de naleving van rechterlijke bevelen.¹¹ Als stok achter de deur worden met name ook wel sancties gebruikt die wij in Nederland niet kennen, zoals een veroordeling voor ‘contempt

- 8 South African Law Commission, Project 88. ‘The recognition of class actions and public interest actions’, *South African Law*, augustus 1998, p. VI en V. Zie www.saflii.org/za/other/ZALRC/1998/6.pdf. Volgens R. Schutgens & J. Sillen, ‘Algemeenbelangacties bij de burgerlijke rechter’, in: A. Wirtgen e.a. (red.), *De algemeenbelangactie en de burgerlijke rechter* (Preadvies van de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), Antwerpen: Boom juridisch 2021, p. 156, geeft de algemeenbelangactie ‘privaatrechtelijke rechtspersonen de mogelijkheid om, zonder dat zij daartoe beschikken over een democratische legitimatie of specifieke bevoegdheid, via hun statuten voor zichzelf een bevoegdheid te creëren om bij de burgerlijke rechter op te komen voor algemene belangen, ongeacht of hun eigen (vermogens)rechten daardoor geraakt worden. Daarbij kan de toewijzing van de vordering een middellijke of onmiddellijke ingreep in de rechtspositie van medeburgers opleveren.’
- 9 Bij certificering gaat het om de beoordeling door de rechter of de zaak geschikt is om als collectieve procedure doorgang te vinden. Door in een vroeg stadium ongeschikte zaken weg te filteren kan een tijdrovende en kostbare, maar uiteindelijk vruchteloze inhoudelijke behandeling worden vermeden. Ook de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (WAMCA) onderscheidt om die reden de ontvankelijkheidsfase van de inhoudelijke behandeling. Zie P. Wissink, ‘De preliminaire ontvankelijkheidsbeslissing onder de WAMCA: hoe “inhoudelijk” mag de voorfase zijn?’, *TCR* 2021, afl. 1, p. 1-14.
- 10 Zie art. 23 van de U.S. Federal Rules of Civil Procedure: www.uscourts.gov/sites/default/files/federal_rules_of_civil_procedure_dec_1_2021.pdf.
- 11 A. Maglica, ‘Public End Through Private Means: A Comparative Study on Public Interest Litigation in Europe’, *Erasmus Law Review* 2023, afl. 2, p. 1-15.

of court', die de rechter in staat stelt bestuurders persoonlijk aansprakelijk te houden. Ook zien we regelmatig dat de rechter zelf nieuwe normen en regels introduceert wanneer sprake is van een lacune in het geldende recht.

3. De representativiteit van belangenorganisaties in algemeenbelangacties

Hoewel civielrechtelijke algemeenbelangacties lange tijd tamelijk onomstreden waren, lijkt daar sinds het *Urgenda*-arrest van de Hoge Raad verandering in gekomen.¹² Het debat spitst zich sindsdien toe op de vraag of – vaak gesubsidieerde – maatschappelijke organisaties laagdrempelige toegang tot de rechter verdienen om op te komen voor de belangen van andere personen tegen de Staat, of dat evenals bij massaschadezaken strenge representativiteitseisen gesteld dienen te worden om vast te stellen wat de achterban van deze organisaties is en in hoeverre deze zich adequaat vertegenwoordigd weet.

3.1 Strengere representativiteitseisen aan algemeenbelangacties

Omdat in 2014 via de Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM) nog een vereiste aan artikel 3:305a BW werd toegevoegd dat belangenorganisaties enkel ontvankelijk zijn wanneer zij de belangen van de personen voor wie zij opkomen voldoende waarborgen,¹³ achtte de regering het onnodig daarnaast nog een representativiteitsvereiste in te voeren. Daarmee zou immers eenzelfde doel worden gediend, aldus ook het advies van de Raad van State.¹⁴

Bij de invoering van de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (WAMCA) in 2020 werd evenwel na evaluatie van de WCAM alsnog via een amendement zo'n representativiteitseis van toepassing verklaard op algemeenbelangacties, samen met eisen van *good governance* en transparantie.¹⁵ Dit om meer waarborgen te bieden voor de achterban van belangenorganisaties, waarbij overigens vooral problemen rond massaschadezaken reden leken voor de aanscherping.¹⁶

3.2 Transplantatie van representatie-eisen in massaschadezaken naar algemeenbelangacties

De indieners van het amendement leken bevreesd dat wanneer algemeenbelangacties zouden worden uitgezonderd van de representativiteitseis, dit een achterdeur zou vormen voor dubieuze claimorganisaties die uit zijn op het financieel plukken

12 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006.

13 Waarmee beoogd werd belangenbehartigers met onzuivere of louter commerciële motieven te weren, zie *Kamerstukken II* 2011/12, 33126, nr. 3, p. 4-6.

14 *Kamerstukken II* 2011/12, 33126, nr. 4.

15 *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 14.

16 Zoals de problemen rond de collectieve actie van de Stichting Loterijverlies, waarbij de oprichter er met inschrijfgeld en donaties van gedupeerden vandoor ging, waardoor deze met een kater bleven zitten nadat de stichting door de Hoge Raad in het gelijk was gesteld voor wat betreft de misleidende reclame waarvan de Staatsloterij gebruik had gemaakt. Zie HR 15 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1109. Vgl. ook M. de Monchy & T. Kluwen, 'De WAMCA leeft! In vogelvlucht door twee jaar rechtspraak', *MvV* 2022, afl. 3, p. 83-94.

van individuele belanghebbenden om hun slag te slaan.¹⁷ Waarop deze vrees gebaseerd was, is tijdens de parlementaire behandeling niet aan bod gekomen. De gedachte leek niettemin om de rechter een extra toetsingsinstrument in handen te geven om dubieuze schadevergoedingsclaims uit te filteren.

De jurisprudentie laat tot op heden echter zien dat de rechter bij algemeenbelangacties soms wel en soms niet aan het vereiste toetst.¹⁸ Dat dit tot vreemde situaties kan leiden, blijkt mede uit een zaak die was aangespannen door de Stichting Viruswaarheid over door de overheid genomen coronamaatregelen, waarbij de rechtbank de representativiteit niet toetste,¹⁹ maar het gerechtshof deze eis juist aangreep om de stichting niet-ontvankelijk te verklaren, aangezien de stichting weliswaar claimde voor alle Nederlanders op te komen, maar:

‘Zij heeft in de inleidende dagvaarding gesteld dat zij opkomt voor 300.000 Nederlandse burgers en bedrijven die een adhesieverklaring hebben ondertekend, maar zij heeft niet aangegeven wat die adhesieverklaring inhoudt en wie de burgers en bedrijven zijn die deze adhesieverklaring hebben ondertekend. Zonder deze informatie kan het hof niet vaststellen of het gaat om een groep personen met gelijksoortige belangen en of Viruswaarheid voldoende representatief is voor deze groep.’²⁰

Deze redenering van het hof is te volgen waar het de onduidelijkheid van de motieven voor ondertekening van de steunbetuiging aan Viruswaarheid betreft, maar roept tegelijkertijd de vraag op wanneer een ideële belangenorganisatie als voldoende representatief geldt, zeker wanneer het algemeen abstracte belangen betreft, zoals het belang van andere personen bij de bescherming van natuur en milieu, of wanneer mede wordt opgekomen voor belangen van toekomstige generaties. Hoe stel je dan vast dat een belangenorganisatie ‘voldoende representatief’ is? Voor zover ideële belangenorganisaties al leden kennen – bij stichtingen dus niet –, zal representativiteit toetsen toch vaak iets meer en iets anders moeten zijn dan koppen tellen, aangezien dat bij grote diffuse groepen nauwelijks gaat.

3.3 Verdere aanscherping representativiteitseisen

In februari 2023 stemde een Kamermeerderheid niettemin in met een motie om de bestaande representativiteitseis in artikel 3:305a, tweede lid, BW aan te scherpen, nu de rechter hieraan niet indringend zou toetsen. Volgens de indieners van de motie zouden belangenorganisaties moeten worden verplicht een financiële bijdrage te verlangen van de personen tot bescherming van wier belangen de rechtsvordering strekt, zodat acties tegen de Staat niet langer louter of vooral met over-

17 *Kamerstukken II* 2018/19, 34608, nr. 14.

18 T.M. Sweerts & J.F. Hackeng, ‘Eén voor allen en allen door één. Over representativiteit in het collectieve actierecht’, *NTBR* 2022, afl. 8, p. 284-294 en H.K. Schrama & M.J. Bosselaar, ‘Een jaar WAMCA; het eerste stof neergedaald?’, *TOP* 2021, afl. 2, p. 20-28.

19 Zie ook S. van Deursen & M. Vetzo, ‘Het avondklokoordeel in context. Over partij-overstijgende, politiek geladen en constitutionele rechtspraak tijdens de coronacrisis’, *NTBR* 2021, afl. 9, p. 255-260.

20 Hof Den Haag 19 april 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:643, r.o. 6.5.

heidssubsidies worden gefinancierd.²¹ Stolk heeft er evenwel terecht op gewezen dat het juist kenmerkend is voor ideële organisaties dat ze door anderen dan direct belanghebbenden worden gefinancierd, aangezien de aard van de belangen waarvoor deze organisaties opkomen ervoor zorgt dat leden of donateurs er – anders dan bij massaschadezaken – niet direct iets (financieel) voor terugkrijgen.²² Minister Weerwind heeft in reactie aangegeven dat dit punt pas zal worden meegenomen in een algemene evaluatie van de WAMCA in 2025. Dat een Kamermeerderheid voor de motie heeft gestemd, geeft evenwel aan dat de toegang van belangenorganisaties tot algemeenbelangacties in Nederland geen rustig bezit vormt.

3.4 *Representativiteit door buitenlandse ogen bekeken*

Eenzijds is het paradoxaal dat in de VS – het land waar PIL ontstaan is – sterk wordt vastgehouden aan individuele rechtsbescherming,²³ waardoor belangenorganisaties nauwelijks zelfstandig als procespartij kunnen optreden. Anderzijds kent het *class action*-systeem daar juist diverse mogelijkheden voor belangenorganisaties om een individuele procespartij te kiezen en te ondersteunen, waarbij die individuele partij dan wel concrete schade moet aantonen. Tegelijkertijd zien we in de VS dat het vereiste van concrete en individualiseerbare schade die de procespartij met anderen gemeenschappelijk heeft soms tamelijk ruim wordt uitgelegd, zoals in het geval van verlies van natuurgenot.

Hier komt bij dat in de Amerikaanse literatuur en rechtspraktijk ook wat anders lijkt te worden aangekeken tegen de rol van de rechter waar het gaat om bijvoorbeeld het toetsen of wetgeving wel in overeenstemming is met fundamentele rechten. Hier speelt juist een belangrijke rol dat binnen het wetgevingsproces sprake kan zijn van ondervertegenwoordiging van bepaalde minderheidsgroepen, waardoor ‘legislative failures’ ontstaan. Dit zou kunnen rechtvaardigen dat de rechter in dat soort gevallen een actievare houding aanneemt. Stolk wijst hierbij op de zaak *United States v Carolene Products*,²⁴ waarin het hooggerichtshof zelf aangeeft dat:

‘[t]he possibility that legislation that undercuts democratic control and legislation directed at minorities who are cut out of the deal so that they cannot form effective pressure groups may deserve heightened judicial attention’.²⁵

Ely heeft er in dat kader op gewezen dat *judicial review* in dit soort gevallen juist mede kan dienen om de ondervertegenwoordiging van bepaalde (groepen) burgers

21 *Kamerstukken II 2022/23*, 36169, nr. 37.

22 Stolk 2023a, p. 85 (ongepubliceerde manuscriptversie in mijn archief).

23 Dit vloeit voort uit art. 3, tweede lid, van de Amerikaanse Grondwet, waarin de zogeheten ‘Case or Controversy Clause’ is vervat. Deze beperkt de bevoegdheid van de federale rechter tot ‘actual cases and controversies, meaning that federal judicial power does not extend to cases which are hypothetical, or which are proscribed due to standing, mootness, or ripeness issues’.

24 Stolk 2023a, p. 207.

25 USSC 25 april 1938, 304 U.S. 144 (*United States v Carolene Prods. Co.*), voetnoot 4.

in het wetgevingsproces te compenseren.²⁶ In het verlengde hiervan ziet Keane PIL als onderdeel van een nieuwe invulling van het democratiebegrip, dat hij aanduidt als de ‘monitory democracy’, waarin rechterlijke rechtsvorming niet alleen de rechten van minderheidsgroepen beschermt, maar ook een aanvulling vormt op de door politieke partijen geleide representatieve democratie.²⁷ De situatie in India lijkt evenwel nog aanzienlijk verder te gaan. Volgens Holladay wijkt het perspectief op democratische legitimatie ten faveure van de rechter daar op drie manieren af van de traditionele liberale conceptie van democratie door:

‘(1) the empowerment of the individual through collective action; (2) a strong emphasis on the creation of positive rights through a broad rendering of Article 21 of the Indian Constitution; and (3) a blurring of the traditional circumscriptions of the powers of government’.²⁸

PIL wordt in India gekenmerkt door extreem ruime toegang tot de rechter voor burgers en maatschappelijke organisaties in geval van schending van fundamentele rechten, waarbij die rechten bovendien niet beperkt zijn tot klassieke vrijheidsrechten, maar ook sociale grondrechten omvatten, terwijl het Supreme Court niet schroomt om bijvoorbeeld zelf bestuurlijke of regulatieve maatregelen te treffen in geval van bestuurlijke of legislatieve inertie. Een duidelijk voorbeeld daarvan is de ontwikkeling door het hooggerechtshof, na het tirannieke ‘emergency regime’ onder premier Indira Gandhi,²⁹ van wat ‘epistolary jurisdiction’ is gaan heten. Daarbij heeft de hoogste rechter in het land het bijvoorbeeld mogelijk gemaakt dat gevangenen of daklozen via een ansichtkaart, telegram of briefje, waarin zij een schending van een grondrecht claimden, toegang werd verschaft tot de rechter. In de woorden van rechter Bhagwati was dat gerechtvaardigd, omdat:

‘[w]hen a person or class of persons to whom legal injury is caused by violation of a fundamental right is unable to approach the Court for judicial redress on account of poverty or disability or socially or economically disadvantaged position, any member of the public acting bona fide can move the Court for relief under Article 32 (...) so that the fundamental rights may become meaningful not only for the rich and the well-to-do who have the means to approach the Court but also for the large masses of people who are living a life of want and destitution and who are by reasons of lack of awareness, assertiveness and resources unable to seek judicial redress’.³⁰

26 J.H. Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, MA: Harvard University Press 1980, p. 103.

27 J. Keane, *The Life and Death of Democracy*, New York: W.W. Norton & Co. 2009.

28 Zie Z. Holladay, ‘Interest Litigation in India as a Paradigm for Developing Nations’, *Indiana Journal of Global Legal Studies* (19) 2012, afl. 2, p. 555-573 (p. 565).

29 G. Prakash, *Emergency Chronicles: Indira Gandhi and Democracy’s Turning Point*, Princeton, NJ: Princeton University Press 2019.

30 *Bandhua Mukti Morcha v Union of India*, A.I.R. 1984 S.C. 802, 813.

De rechter in India gaat echter nog verder door ook *suo moto* – dat wil zeggen op eigen initiatief – PIL-zaken te starten. Order 38, Rule 12(1)(a) in the Supreme Court Rules 2013 bepaalt dat: ‘a PIL may commence following a suo motu petition in pursuance of the orders of the Chief Justice or any other Judge’.³¹ De bevoegdheid daartoe voor het Supreme Court wordt afgeleid uit artikel 32 van de Grondwet en voor de High Courts uit artikel 226. In de praktijk wijst de rechter in zo’n geval vaak een *amicus curiae* aan om als eisende partij op te treden namens het volk. Er zijn echter ook wel klachten over het gebruik van deze bevoegdheid, omdat het tot willekeur zou leiden wanneer rechters op grond van berichten in bijvoorbeeld de media besluiten een PIL te starten. Niettemin lijkt er sprake van brede acceptatie van de ‘epistolary jurisdiction’, omdat het in de Indiase samenleving wordt beschouwd als de enige effectieve manier om een stem te geven aan noodlijdende burgers en kwetsbare groepen die ondervertegenwoordigd zijn in het democratische proces.³²

4. Rechterlijke bevelen als verkapte vorm van wetgeven

Het *Urgenda*-arrest van de Hoge Raad heeft de discussie heropend over de vraag hoever rechterlijke verboden en bevelen mogen gaan. Sommigen zagen in het bevel van de rechter aan de Staat om 25 procent CO₂ te reduceren in 2020 namelijk een verkapt wetgevingsbevel, hetgeen in strijd zou zijn met eerdere rechtspraak van diezelfde Hoge Raad.

4.1 Wetgevingsbevelen in strijd met grondwettelijke bevoegdheidsverdeling en legaliteitsbeginsel?

Volgens Bovend’Eert zou onze hoogste rechter, in weerwil van de eerdere Waterpakt-jurisprudentie,³³ inmiddels een wetgevingsbevel toelaatbaar achten teneinde een bepaald doel te bereiken, zolang dat bevel niet neerkomt op een bevel om wetgeving met een bepaalde, specifieke inhoud tot stand te brengen.³⁴ Ook zo’n algemeen bevel zou volgens hem in strijd zijn met de grondwettelijke bevoegdheidsverdeling tussen de rechterlijke macht en de wetgevende macht en inbreuk maken op de zelfstandige en onafhankelijke positie van de Staten-Generaal.³⁵ Bovendien acht Bovend’Eert het onderscheid tussen een algemeen en een specifiek (wetgevings) bevel onduidelijk en ziet hij niet waarom een algemeen bevel geen rechtsgevolgen in het leven zou roepen voor anderen dan procespartijen, hetgeen de Hoge Raad zelf eerder nog ongeoorloofd zou hebben geacht. Dit zou bovendien in strijd met het legaliteitsbeginsel zijn.³⁶ Bovend’Eert heeft bijval gekregen van Keus, die ook

31 Zie daarover o.a. M. Galanter & V. Ram, ‘Suo Motu Intervention and the Indian Judiciary’, in: G.N. Rosenberg, S. Krishnaswamy & S. Bail (red.), *A Qualified Hope. The Indian Supreme Court and Progressive Social Change*, Cambridge: Cambridge University Press 2019, p. 92-122.

32 Holladay 2012, p. 570-572.

33 HR 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE8462.

34 P.P.T. Bovend’Eert, ‘Machtenscheiding en rechtsstaat (of rechtersstaat?) na Urgenda’, *RegelMaat* 2021, afl. 3, p. 132-144 (p. 135).

35 Bovend’Eert 2021, p. 138-139.

36 Bovend’Eert 2021, p. 140-141.

vindt dat het *Urgenda*-arrest in strijd is met eerdere jurisprudentie van de Hoge Raad. Dat bepaalde minder verstrekkende voorzieningen toelaatbaar zijn om aan het bevel te voldoen om 25 procent CO₂ te reduceren, impliceert volgens hem geenszins dat, zoals de Hoge Raad in rechtsoverweging 8.2.6 concludeert, de rechterlijke abstinentie met betrekking tot wetgevingsbevelen zou zijn beperkt tot de opportuniteit van wetgeving met een bepaalde, specifieke inhoud.³⁷

4.2 Ook een algemeen wetgevingsbevel niet toelaatbaar?

De motivering van de Hoge Raad dat een algemeen bevel niet zou afdoen aan de vrijheid van de wetgever om zelf te bepalen of wetgeving met een bepaalde inhoud tot stand komt, overtuigt Keus niet, aangezien dit in feite het (politieke) prerogatief van de wetgever op het initiatief tot wetgeven beknoot. Die vrijheid zou in een democratische rechtsstaat van grotere importantie zijn dan de ruimte om middelen te kiezen om een bepaald doel te bewerkstelligen.³⁸

Ter ondersteuning van dit laatste verwijst Keus mede naar een artikel van mijn hand, waarin ik heb aangegeven dat het onderscheid tussen doelvoorschriften en middelvoorschriften in de praktijk betrekkelijk is, omdat naarmate de doelen die de wetgever volgens de rechter moet bereiken ambitieuzer zijn, de vrijheid van middelenkeuze overeenkomstig afneemt, totdat er vaak nog slechts één middel rest om het doel te realiseren.³⁹ Daarmee bedoelde ik echter niet te zeggen dat een wetgevingsbevel door de rechter in mijn optiek onder geen enkele omstandigheid mogelijk dient te zijn. Eerder heb ik namelijk al eens verdedigd dat wanneer uit supranationaal recht een plicht voortvloeit die de nationale wetgever nauwelijks keuzeruimte laat, ik niet goed zie waarom de nationale rechter dat niet zou mogen vertalen naar een wettelijke plicht.⁴⁰

4.3 Onmogelijke bevelen disproportioneel

Keus wijst er ook op dat rechterlijke bevelen effectief en proportioneel moeten zijn overeenkomstig artikel 13 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Hij vraagt zich af of dat geldt voor het bevel om 25 procent CO₂ te reduceren, aangezien dit de gevaren van klimaatverandering voor Nederlandse inwoners niet zou wegnemen. Het gaat bij klimaatverandering immers om een mondiaal probleem; bijvoorbeeld het sluiten van kolencentrales in ons land zou er best toe kunnen leiden dat wij over moeten schakelen op geïmporteerde stroom die op voor het klimaat meer belastende wijze elders wordt geproduceerd.⁴¹ Daar komt bij dat waarschijnlijk voor geen enkel al-

37 L.A.D. Keus, 'Urgenda-arrest en wetgevingsbevel', *RegelMaat* 2021, afl. 3, p. 145-160 (p. 148).

38 Keus 2021, p. 150.

39 R. van Gestel, 'Urgenda: een doorbraak in het klimaataansprakelijkheidsrecht?', *AV&S* 2020, afl. 2, p. 71.

40 R.A.J. van Gestel & M.S. Groenhuijsen, 'Geen rechterlijk bevel tot wetgeven, of toch ...?', *NJB* 2006, afl. 36, p. 2050-2056.

41 Keus 2021, p. 152-153.

ternatief voor 25 procent CO₂-reductie in 2020 een parlementaire meerderheid bestond.⁴²

4.4 *Legislatieve inertie: een overzees voorbeeld*

Het bezwaar tegen algemene wetgevingsbevelen komt in een ander licht te staan zodra men zich realiseert dat de rechter soms de enige is die de wetgever in beweging kan krijgen. Een voorbeeld daarvan is te vinden in de rechtspraak van de overzeese landen van het Koninkrijk.

Ik doel op de algemeenbelangactie van de stichting Clean Air Everywhere tegen het Land Curaçao vanwege het schenden van artikel 8 EVRM door geen deugdelijk wettelijk normenstelsel vast te stellen voor de emissie van zwaveldioxide en fijnstof vanwege de Isla-olieraffinaderij op het eiland, terwijl deze stoffen ernstige gezondheidsklachten veroorzaakten. De emissienormen in de vergunning voor de raffinaderij waren ontleend aan Amerikaanse wetgeving uit de jaren zeventig en de milieuvergunning uit 1997 was nooit geactualiseerd. Het Land had bovendien verzuimd relevante luchtkwaliteitswetgeving vast te stellen.

Het Gerecht in eerste aanleg van Curaçao oordeelde daarom dat het Land van het achterwege laten van wetgeving geen voordeel mocht hebben en verplicht is de hoeveelheid zwaveldioxide en fijnstof in overeenstemming te brengen met de WHO-richtlijnen voor luchtkwaliteit, die als weerslag van breedgedragen wetenschappelijke inzichten gezien zouden mogen worden. Het Gerecht liet de mogelijkheid open voor het Land om voor alternatieve normen te kiezen, zolang deze de toets aan artikel 8 EVRM zouden kunnen doorstaan, waarbij betekenis toekomt aan de WHO-normen als referentiewaarden.⁴³ In hoger beroep houdt het Gemeenschappelijk Hof deze uitspraak overeind en oordeelt het dat de vlak daarvoor tot stand gebrachte ministeriële regeling met emissienormen voor zwaveldioxide en fijnstof, die niet alleen deels soepeler is dan de WHO-richtlijnen, maar tevens uitgaat van jaargemiddelden qua emissiegrenzen en intussen ronduit schadelijke 24-uursgemiddelden toestaat, geen deugdelijke wettelijke grondslag biedt. Volgens het Gemeenschappelijk Hof is dat omdat de ministeriële regeling buiten de Staten om tot stand is gekomen en derhalve door de minister ook zonder parlementaire medebetrokkenheid weer teruggedraaid kan worden.⁴⁴

Deze uitspraken laten zien dat de rechter soms moeilijk ontkomt aan een algemeen wetgevingsbevel, zeker wanneer de overheid een jarenlange geschiedenis kent van weigeren om effectief te handhaven.⁴⁵

42 Onder verwijzing naar J. Spier & B. Kock, 'De harde werkelijkheid van het Urgenda-arrest', *RegelMaat* 2021, afl. 3, p. 177-194 (p. 180).

43 GiEA Curaçao 26 augustus 2019, ECLI:NL:OGEAC:2019:172, r.o. 2.32 jo. r.o. 2.36.

44 Gem. Hof 1 juni 2021, ECLI:NL:OGHACMB:2021:167, r.o. 3.36. Dit is overigens geen zeldzaamheid op de eilanden. Zie daarover ook A. Balentina, 'David versus Goliath; of hoe de Arubaanse burger tegen de overheid moet vechten', *CJB* 2021, p. 315-328.

45 Zie ook R. van Gestel & J. Sybesma, 'Het primaat van de rechter', in: A. Marchena-Slot, G. Rekwest & M. Snel (red.), *De meergelaagde Curaçaose rechtsorde*, Den Haag: Boom juridisch 2023, p. 44 e.v.

4.5 *Het wetgevingsbevel door (andere) buitenlandse ogen bekeken*

Het eerdergenoemde standpunt van Bovend'Eert dat rechtsvorming door de rechter zonder directe grondslag in de wet in strijd met de beginselen van de democratische rechtsstaat zou zijn, doet negentiende-eeuws aan. Inmiddels wordt zowel in Nederland als daarbuiten namelijk breed aanvaard dat rechtsvorming geen exclusieve taak voor de wetgever is. In de woorden van Feteris:

“Today, it is generally recognised in many countries that law-making is not exclusively a task for the legislator, but also for the court. (...) The court has to explain what the law is, also if the answer is not clear or legislation on the subject is completely absent.”⁴⁶

Met name in *common law*-rechtsstelsels gaat de rechter vaak aanzienlijk verder dan die bij ons in zijn rechtsvormende optreden.⁴⁷ Zo is het in India vrij gebruikelijk dat de rechter in PIL-zaken rechtsvormend optreedt zonder dat er een specifieke wettelijke bevoegdheid bestaat. De rechter baseert zijn rechtsvormende taak daar op artikel 142 van de Grondwet.⁴⁸ Het Supreme Court schroomt daarbij niet zo nodig zelf rechtsvormend op te treden, zoals bijvoorbeeld bleek in een zaak over een groepsverkrachting waarbij een lokale rechter de daders vrijsprak, omdat niet aanvaardbaar zou zijn gemaakt dat mannen uit een hogere kaste de vrouw uit een lagere kaste zouden willen verkrachten. Daarop stelde het Supreme Court zelf regels op voor de bescherming van vrouwen tegen seksueel grensoverschrijdend gedrag op de werkvloer. Justice Verma oordeelde in dat verband:

“The primary responsibility for ensuring such safety and dignity through suitable legislation, and the creation of a mechanism for its enforcement is of the legislature and the executive. When, however, instances of sexual harassment resulting in violation of fundamental rights of women workers under Articles 14, 19, and 21 are brought before us for redress under Article 32, an effective redressal requires that some guidelines should be laid down for the protection of these rights to fill the legislative vacuum.”⁴⁹

Dit voorbeeld staat niet op zichzelf. De hoogste rechter in India gebruikt met enige regelmaat zijn bevelsbevoegdheden om maatregelen te nemen die bestaand beleid wijzigen of nieuwe regels introduceren. Zo heeft het Supreme Court in de veelbesproken ‘Delhi vehicular pollution’-zaak met behulp van rechterlijke bevelen de lokale overheid gedwongen om de luchtverontreiniging in deze metropool terug te dringen door het openbaar vervoer te laten overschakelen van het gebruik van die-

46 M. Feteris, ‘Development of the Law by Supreme Courts in Europe’, *Utrecht Law Review* (13) 2017, afl. 1, p. 155-169 (p. 156).

47 Zie bijv. M. Feeley & E. Rubin, *Judicial Policy Making and the Modern State*, New York: Cambridge University Press 1999.

48 Dit artikel stelt o.a.: ‘The Supreme Court in the exercise of its jurisdiction may pass such decree or make such order as is necessary for doing complete justice in any cause or matter pending before it.’ Zie voor de complete tekst <https://legislative.gov.in/constitution-of-india/>.

49 *Visaka v Rajasthan*, A.I.R. 1997 S.C. 3011 (India).

selmotoren naar het schonere CNG.⁵⁰ In de beroemde *Forest case* wist het Supreme Court zelf de juridische bescherming van bossen uit te breiden buiten natuurreservaten en allerlei economische activiteiten binnen die bosgebieden, zoals houtkap, zagerijen en mijnbouw, te verbieden zonder vergunning.⁵¹ En in *National Legal Services Authority v Union of India* erkende het Supreme Court officieel transgenders als ‘the third gender’ en stelde het een recht op zelfidentificatie vast.⁵²

Minstens zo interessant is echter dat in landen als India en Zuid-Afrika,⁵³ in navolging van de VS, ook andere vormen van rechterlijke bevelen zijn ontwikkeld met een sterk regulatief karakter. In de VS zijn die bekend geworden als ‘structural injunctions’, die met name in de jaren zestig en zeventig heel populair waren in *civil rights*-zaken,⁵⁴ waarbij de (federale) rechter in geval van schending van fundamentele rechten zelf vaak vergaande bevelen gaf om bijvoorbeeld segregatie op scholen tegen te gaan door op statelijk niveau bijvoorbeeld ‘busing programs’ voor te schrijven (transport van studenten om te zorgen voor evenwichtiger samengestelde scholen), regels te stellen omtrent gevangeniscondities, zorg voor patiënten in instellingen voor geestelijke gezondheidszorg enzovoort.

De *structural injunctions* hebben idealiter drie basiskennmerken:

- 1 Het gaat niet om (financiële) compensatie voor schade uit het verleden, maar het zijn juist maatregelen die gericht zijn op het voorkomen van toekomstige schade of het beëindigen van een bestaande onrechtmatige toestand, waarbij het bevel ook voor derden consequenties kan hebben.
- 2 Het bevel wordt niet eenzijdig opgelegd, maar is voorwerp van onderhandeling.
- 3 De rechter monitort de naleving ervan en houdt de zaak na de uitspraak aan om desnoods handhavend op te treden.⁵⁵

Hoewel de *structural injunction* in de VS sinds de jaren tachtig wat in onbruik is geraakt,⁵⁶ lijkt deze bevelsbevoegdheid in India en Zuid-Afrika – ook wel bekend als ‘structural interdicts’ – juist herontdekt. Dit komt mede omdat ze een mogelijkheid bieden om structurele schendingen van fundamentele rechten ongedaan te

50 Daarover o.a. A. Bhunia, *Courting the People*, Cambridge, VK: Cambridge University Press 2017.

51 S. Khanna, ‘Boundaries of Forest Land: The Godavarman Case and Beyond’, in: S. Lele & A. Menon (red.), *Democratizing Forest Governance in India*, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 225-260 en A. Rosencranz & S. Lélé, ‘Supreme Court and India’s Forests’, *Economic and Political Weekly* (43) 2008, afl. 5, p. 11-14.

52 *National Legal Services Authority v Union of India* (2014) 5 SCC 438.

53 Zie bijv. C. Chintan, ‘Anticorruption by Fiat: Structural Injunctions and Public Interest Litigation in the Supreme Court of India’, *Socio-Legal Review* (14) 2018, afl. 2, p. 170-189 en M. Ebadolahi, ‘Using Structural Interdicts and the South African Human Rights Commission to Achieve Judicial Enforcement of Economic and Social Rights in South Africa’, *New York University Law Review* (83) 2008, afl. 5, p. 1565-1606.

54 O. Fiss, *The Civil Rights Injunction*, Bloomington/Londen: Indiana University Press 1978.

55 A. Chayes, ‘The Role of the Judge in Public Law litigation’, *Harvard Law Review* 1976, p. 1302. Zie voor een meer theoretische onderbouwing S. Sturm, ‘A Normative Theory of Public Law Remedies’, *Georgetown Law Journal* (79) 1991, p. 1355-1446.

56 J. Parkin, ‘Aging Injunctions and the Legacy of Institutional Reform Litigation’, *Vanderbilt Law Review* (70) 2017, p. 167-220 en M. Gilles, ‘An Autopsy of the Structural Reform Injunction: Oops ... It’s Still Moving’, *University of Miami Law Review* (58) 2003, p. 143-172.

maken die het gevolg zijn van tekortschietende wetgeving of – minstens zo vaak – gebreken in de uitvoering daarvan, terwijl het bovendien mogelijk is om bij schending van sociale grondrechten te kiezen voor ‘progressive implementation’, een stapsgewijze en getemporeerde aanpak bij de verwerkelijking ervan.

In bepaald opzicht geeft het gebruik van *structural injunctions* ook een antwoord op de constitutionele bezwaren zoals Bovend’Eert en anderen die geuit hebben. De in de praktijk meest voorkomende vorm ervan – het zogeheten ‘report back to court model’ – gaat namelijk uit van een dialoog tussen de staatsmachten. In de kern komt dat model erop neer dat de rechter een schending van fundamentele rechten constateert als gevolg van wetgevingsfalen of gebrekkige uitvoering en de overheid vervolgens de opdracht geeft om binnen een bepaalde periode met een plan te komen, waarin concreet uiteengezet wordt hoe aan deze onrechtmatige situatie een einde gemaakt kan worden. De eisende partij krijgt daarbij doorgaans de mogelijkheid om inhoudelijk op dat voorgestelde plan te reageren en soms roept de rechter daarbij ook nog deskundigen in om bijvoorbeeld vast te stellen of de beloftes haalbaar en effectief zijn. Indien dit het geval is, wordt het plan inhoudelijk omgezet in het bevel en gebruikt de rechter doorgaans de ‘writ of continuïng mandamus’ om de zaak open te houden, zodat hij controle kan houden op de naleving en de eisende partij dus niet een compleet nieuwe procedure hoeft op te starten wanneer de overheid later alsnog in gebreke blijft.⁵⁷ De rechter treedt hier met andere woorden in een constitutionele dialoog met de uitvoerende en de wetgevende macht en legt deze niet zijn wil op door te bepalen welke nieuwe regels er gaan gelden en hoe die uitgevoerd moeten worden, maar houdt wel een vinger aan de pols.⁵⁸

5. Conclusie

Overall waar algemeenbelangacties of PIL-zaken in opkomst zijn, lijkt een (verhit) debat over rechterlijk activisme nooit ver weg. Dat zien we momenteel ook in Nederland. De vraag die daarbij door juristen doorgaans helaas wordt overgeslagen, luidt: wat verklaart dat burgers en maatschappelijke organisaties in toenemende mate een beroep doen op de rechter waar het gaat om de bescherming van algemene belangen tegen rechtsinbreuken? Mocht het immers zo zijn dat er sprake is van legislatieve of bestuurlijk inertie, terwijl maatschappelijke organisaties die opkomen voor ideële belangen ook nog eens relatief moeilijk toegang hebben tot de wetgevende of de uitvoerende macht in vergelijking tot organisaties die vooral economische belangen vertolken, zoals Stolk beweert,⁵⁹ dan is het niet per se ondemocratisch dat deze organisaties hun toevlucht tot de rechter zoeken. Sterker nog,

57 Zie bijv. C. Mbazira, ‘From Ambivalence to Certainty: Norms and Principles for the Structural Interdict in Socio-Economic Rights Litigation in South Africa’, *South African Journal on Human Rights* (24) 2008, afl. 1, p. 1-28.

58 Volgens G. Budlender, ‘The Role of the Courts in Achieving the Transformative Potential of Socio-economic Rights’, *ESR Review* (8) 2007, afl. 1, p. 9-11, zou dit juist een democratiserend effect hebben: ‘structural interdicts can be deeply democratising. They create spaces for dialogue between the court, the government and civil society actors. In this way, they strengthen and deepen accountability and participation – the key elements of democracy.’

59 Stolk 2023a, p. 180.

zowel in de VS, Zuid-Afrika als met name ook India wordt ondervertegenwoordiging van bepaalde moeilijk te mobiliseren belangen in het wetgevingsproces juist als een belangrijke rechtvaardiging opgevoerd voor PIL.

De vraag is vervolgens of de maatschappelijke organisaties die bij de rechter willen opkomen voor algemene belangen aan een strengere representativiteitseis onderworpen zouden moeten worden. Stolk lijkt daar niet bij voorbaat tegen, maar bepleit terecht dat bij algemene belangen kwantitatieve maatstaven om representativiteit te meten geen soelaas bieden. Die observatie deel ik, maar het is mij vervolgens nog niet duidelijk welke concrete representativiteitsindicatoren haar dan voor ogen staan en in hoeverre die ook praktisch hanteerbaar zijn bij toetsing door de (burgerlijke) rechter.⁶⁰ De vraag is bovendien voor welk probleem een strengere representativiteitseis voor maatschappelijke organisaties die op grond van artikel 3:305a BW een algemeenbelangactie willen starten precies de oplossing is. Niet duidelijk is waaruit zou volgen dat de Nederlandse burgerlijke rechter de deuren te wijd open heeft gezet voor maatschappelijke organisaties die via de rechter willen opkomen voor ideële belangen, zeker wanneer men dat vergelijkt met landen als Zuid-Afrika en India. Daar komt bij dat de huidige mogelijkheden voor dit soort organisaties om algemeen verbindende voorschriften aan te vechten beperkt zijn, terwijl collectieve acties aangevoerd door maatschappelijke organisaties juist op dat punt een belangrijke meerwaarde kunnen hebben in de sfeer van de effectieve rechtsbescherming, doordat individuen vaak niet de expertise en de middelen bezitten om wetgeving aan te vechten.⁶¹

Zodra de rechter tot de conclusie komt in een algemeenbelangactie dat bestaand overheidsoptreden onrechtmatig is, omdat het bijvoorbeeld in strijd is met grond- of mensenrechten, zal hij vaak weinig anders kunnen dan ingrijpen. Wat daarbij opvalt is dat wij in Nederland verhoudingsgewijs erg krampachtig lijken om te gaan met bevelen van de rechter richting de wetgever, hoewel die in tal van varianten denkbaar zijn, die geenszins een ontoelaatbare inbreuk op democratische besluitvorming hoeven te betekenen. Zo lijkt mij de beslissing van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie in de zaak over het ontbreken van adequate luchtkwaliteitseisen, waarin het besliste dat het Land Curaçao zich niet kan verschuilen achter de eigen legislatieve inactiviteit, alleszins gerechtvaardigd. Daarbij lijkt mij de benadering waarin de wetgever tijd wordt gegeven om zelf in actie te komen, maar wel met een opdracht om met normen te komen die niet door de ondergrens zakken

60 Stolk lijkt zich bij haar pleidooi voor een representativiteitseis voor belangenorganisaties aan het slot van haar proefschrift ineens vooral op de bestuursrechter te richten, hoewel ook de civiele rechtspraak laat zien dat de burgerlijke rechter thans reeds moeite heeft met het beoordelen van de representativiteitseis voor belangenorganisaties in art. 3:305a BW.

61 Belangenorganisaties worden niet bij de burgerlijke rechter ontvankelijk verklaard in een civiele vordering die zich richt tegen algemeen verbindende voorschriften als de individuen voor wier belangen deze opkomen, een bestuursrechtelijke procedure kunnen voeren tegen de uitvoeringsbesluiten en zo de regeling of exceptie kunnen laten toetsen. Het resultaat daarvan is echter dat belangenorganisaties vaak zowel bij de burgerlijke rechter als bij de bestuursrechter voor een gesloten deur staan als het gaat om het opkomen tegen onrechtmatige regelgeving. In die zin ook Schutgens & Sillen 2021, p. 177.

van wat wetenschappelijk gezien qua gezondheid acceptabel is, gelet op de WHO-richtlijnen zeer wel verdedigbaar.

Meer in het algemeen lijkt mij dat er voor Nederland veel te leren valt van rechtsvergelijking met de VS, Zuid-Afrika en India, waarin veel ervaring bestaat met PIL en rechters in het verleden vaak op creatieve wijze gebruik hebben gemaakt van hun bevelsbevoegdheden in situaties van legislatief falen. Met name de inzet van 'structural injunctions' zou tot inspiratie kunnen dienen, omdat het een manier voor de rechter is om in een constitutionele dialoog te treden met wetgever en bestuur in geval van geconstateerde rechtsinbreuken. Door bijvoorbeeld een plan te verlangen van de Staat hoe bestaande rechtsinbreuken zullen worden opgeheven met daarin ook een tijdspad en mogelijkheid tot overleg met de eisende partij en eventuele andere belanghebbenden of deskundigen, laat de rechter enerzijds de middenkeuze over aan de overheid, maar kan hij anderzijds ook een vinger aan de pols houden, zodat er ook effectief een einde aan de onrechtmatige situatie wordt gemaakt. De vraag is in dat verband of zoiets binnen ons huidige burgerlijk procesrecht, waarin wij bijvoorbeeld geen 'writs of mandamus' kennen, reeds mogelijk zou zijn. Zo niet, dan verdient het misschien toch eens nader onderzoek, al was het maar om te voorkomen dat de rechter steeds vaker zelf inhoudelijk regulerend moet gaan optreden.