



# Procesgebaseerde toetsing door de rechter

Leonie Huijbers

Paper Jonge Onderzoekersdag Staatsrechtkring 2016  
*26 januari 2016*

# Procesgebaseerde toetsing door de rechter

Leonie Huijbers\*

Sinds enige jaren is er een trend te onderscheiden bij het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM)<sup>1</sup> en het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJEU)<sup>2</sup> naar een meer procedurele toetsing van nationale besluiten door de rechter. Bij deze procesgebaseerde vorm van rechterlijke toetsing wordt niet zozeer naar de inhoud van nationale wetgeving, bestuursrechtelijke besluiten of eerdere rechterlijke beslissingen gekeken, maar beoordeelt de rechter juist de kwaliteit van de daaraan voorafgaande besluitvormingsprocedure. Deze vorm van toetsing zou gedefinieerd kunnen worden als 'het toetsen door de rechter van de procedure en/of het proces dat heeft geleid tot een besluit van een besluitvormingsorgaan'. Volgens sommigen zou procesgebaseerde toetsing een bijdrage kunnen leveren aan het vinden van een balans tussen rechterlijk toezicht en eveneens een bepaalde terughoudendheid ten aanzien van besluiten van de andere overheidsorganen.<sup>3</sup>

Regelmatig wordt aangegeven dat deze balans zoek is. In het kader van het EHRM wordt geklaagd over het feit dat dit Hof zich teveel zou mengen in de aangelegenheden van de staten.<sup>4</sup> Ook Nederlandse critici hebben zorgen geuit over de inbreuk van het Hof op de nationale soevereiniteit en over een gebrek aan democratische legitimiteit van de besluitvorming.<sup>5</sup> Daarnaast is in de nationale context de discussie over de positie van de rechter opgelaaaid door de *Urgenda*-uitspraak. In die zaak legde de Haagse rechtbank de Nederlandse staat de verplichting op om de uitstoot van CO<sub>2</sub> te verlagen met 25% in plaats van 20% in 2020 om daarmee de gevolgen van klimaatsverandering terug te dringen en (dreigende) mensenrechtenschendingen te voorkomen.<sup>6</sup> Veel academici en politici zijn hierover gevallen omdat het maar de vraag is of het aan de rechter is om een dergelijke verplichting op te leggen.<sup>7</sup>

---

\* Mr. L.M. (Leonie) Huijbers MA is promovenda bij de afdeling internationaal en Europees recht van de Radboud Universiteit Nijmegen.

<sup>1</sup> Zie onder meer J.H. Gerards, 'Procedural Review by the ECtHR – A Typology' *nog niet gepubliceerd* (op te vragen bij de auteur), E. Brems & L. Lavrysen, 'Procedural Justice in Human Rights Adjudication: The European Court of Human Rights' (2013) *Human Rights Quarterly* 35 (1), p. 176-200 en P. Popelier, 'The Court as Regulatory Watchdog: The Procedural Approach in the Case Law of the European Court of Human Rights', in P. Popelier e.a. (red.), *Role of Courts in a Context of Multilevel Governance* (Antwerpen, Intersentia 2012), p. 249-267.

<sup>2</sup> Zie onder meer M. Beijer, 'Procedural Fundamental Rights Review by the European Court of Justice' *nog niet gepubliceerd* (op te vragen bij de auteur), D. Keyaerts, 'Courts as Regulatory Watchdogs: Does the European Court of Justice Bark or Bite?' in P. Popelier e.a. (2012), *supra* noot 1, p. 269-290 en K. Lenaerts, 'The European Court of Justice and Process-oriented Review' (2012) *College of Europe Research Papers in Law 1/2012*, p. 1-19.

<sup>3</sup> Zie A. Sathanapally, 'It's the Journey that Matters? The Modest Promise of 'Procedural' Human Rights Review' *nog niet gepubliceerd* (op te vragen bij de auteur), P. Popelier (2012), *supra* noot 1, p. 251-254 en J.H. Gerards, *Het Prisma van de Grondrechten* (Inaugurele rede Radboud Universiteit Nijmegen, 3 november 2011), p. 21-23.

<sup>4</sup> Zie bijvoorbeeld D. Davis, 'Britain Must Defy the ECtHR on Prisoner Voting as Strasbourg is Exceeding Its Authority' in S. Flogaitis e.a. (red.), *The European Court of Human Rights and Its Discontents: Turning Criticism into Strength* (Edward Elgar, Cheltenham 2013), p. 65-70.

<sup>5</sup> J.H. Gerards en A. Terlouw, 'Solutions for the European Court of Human Rights: The Amicus Curiae Project' in S. Flogaitis e.a. (2013), *supra* noot 4.

<sup>6</sup> Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145, *Urgenda* (uitspraak van 24 juni 2015). Van Gestel & Loth geven aan dat ze dit niet zo zeer als een verkapt bevel te lezen is maar dat de rechter de staat houdt aan eerder gemaakte beleidsafspraken en daarbij beleidsvrijheid laat ten aanzien van de middelen die daartoe moeten

In deze kritieken klinken opvattingen door over de legitimiteit van de rol van de rechter: mag de rechter de beleidskeuzes van een democratisch gelegitimeerd orgaan, zoals de Nederlandse wetgever, toetsen en herzien? In dit korte essay beoog ik een eerste aanzet te geven tot een rechtstheoretisch antwoord op de vraag of procesgebaseerde toetsing door de rechter daadwerkelijk een bijdrage kan leveren aan het vinden van een balans tussen de rol van de rechter en die van de andere overheidsorganen. De *Urgenda*-zaak zal daarbij als een praktische illustratie fungeren. Om een antwoord te geven op de vraag wordt eerst ingegaan op de legitimiteit en de positie van de rechter. Dit wordt gevolgd door een bondige bespreking van de rol van de rechter aan de hand van drie te onderscheiden functies van rechterlijke organen: conserveren, beschermen en ontwikkelen. Alvorens in te gaan op wat procesgebaseerde toetsing inhoudt zal kort de spanning tussen de positie van de rechter en zijn rol worden uitgediept. Ten slotte zal een voorzichtige conclusie worden getrokken over de vraag of deze vorm van rechterlijke toetsing, ten minste vanuit een theoretisch perspectief, kan bijdragen aan het vinden van de hoognoedzakelijke balans.

### Legitimiteit van de rechter

Regelmatig wordt betwijfeld of de rechter op een juiste wijze rechtspreekt. Ook in de *Urgenda*-zaak werd de legitimiteit van de rechter in twijfel getrokken, nu daar de vraag gesteld werd of de rechter wel het juiste orgaan is om een dergelijke verplichting aan de staat op te leggen.<sup>8</sup> Om te weten hoe deze legitimiteitszorgen kunnen worden weggenomen en om een antwoord te geven of procesgebaseerde toetsing daarbij een rol kan spelen, is het noodzakelijk om inzicht te hebben in wat rechterlijke legitimiteit *in abstracto* behelst. Dit is cruciaal omdat de rechters, 'in de afwezigheid van de beurs of het zwaard',<sup>9</sup> afhankelijk zijn van hun legitimiteit om 'te functioneren en gedijen'.<sup>10</sup>

Conceptueel gesproken kan daarin een drietal benaderingen worden onderscheiden,<sup>11</sup> waarvan de eerste vorm descriptief is en de overige twee normatief zijn.<sup>12</sup> Ten eerste is een sociologische opvatting van legitimiteit denkbaar. Daarin gaat het om de vraag of de specifieke uitspraak of de rechter als instantie als legitiem wordt ervaren door de maatschappij, zodanig

---

worden aangewend, zie R. Van Gestel & M. Loth, 'Urgenda: Roekeloze Rechtspraak of Rechtsvinding 3.0?' (2015) *NJB* 2015/1849, par. 4.3.

<sup>7</sup> Zie onder meer R. Schutgens, 'Urgenda en de Trias' (2015) *NJB* 2015/1675, L. Bergkamp, 'Het Haags Klimaatvonnis' (2015) *NJB* 2015/1676, W. Voermans, Staat Moet Wél in Hoger Beroep Gaan (De Volkskrant, 28 August 2015) < <http://www.volkskrant.nl/ opinie/ staat-moet-wel-in-hoger-beroep-gaan~a4130578/> > bezocht op 23 november 2015 en voor een overzicht van een aantal kritiekpunten K.J. de Graaf and J.H. Jans, 'The Urgenda Decision: Netherlands Liable for Role in Causing Dangerous Global Climate Change' (2015) *Journal of Environmental Law* 27, p. 517-527. De kabinetspositie is te vinden in de brief van Mansveld zie W.J. Mansveld, *Kabinetsreactie Vonnis Urgenda/Staat d.d. 24 juni jl.* (1 september 2015) < <https://www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/kamerstukken/2015/09/01/kabinetsreactie-vonnis-urgenda-staat-d-d-24-juni-jl/kabinetsreactie-vonnis-urgenda-staat-d-d-24-juni-jl.pdf> > bezocht op 24 november 2015.

<sup>8</sup> Bijvoorbeeld R. Schutgens (2015), *supra* noot 7 en L. Bergkamp (2015), *supra* noot 7.

<sup>9</sup> J.L. Gibson & G.A. Caldeira, 'Defenders of Democracy? Legitimacy, Popular Acceptance and the South-African Constitutional Court' (2003) *The Journal of Politics* 65 (1), p. 1-30, p. 2.

<sup>10</sup> O. Rabinovich-Einy, 'The Legitimacy Crisis and the Future of Courts' (2015) *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 17, p. 23-73, p. 24, 'Courts depend on legitimacy to function and thrive'.

<sup>11</sup> Volgens de toonaangevende leer van Fallon in R.H. Fallon (2005), 'Legitimacy and the Constitution' (2005) *Harvard Law Review* 118 (6), p. 1787-1853.

<sup>12</sup> Zie bijvoorbeeld D.A. Strauss, 'Reply: Legitimacy and Obedience' (2005) *Harvard Law Review* 118 (6), p. 1854-1866.

dat deze wordt geaccepteerd en gerespecteerd.<sup>13</sup> Sociologische legitimiteit ziet dus op de overtuigingskracht van een uitspraak of rechterlijke instantie en op het vertrouwen dat mensen in de redelijkheid en kwaliteit van de rechtspraak hebben. Ten tweede, is het mogelijk om een perspectief van juridische legitimiteit te kiezen, waarbij het vooral gaat om de vraag of rechterlijk handelen op voldoende rechtsgrondslag is gebaseerd.<sup>14</sup> Het gaat daarbij dus om de bevoegdheid van de rechter om bepaalde uitspraken te doen. Ten derde, kan een morele benadering van legitimiteit worden onderscheiden. Daarbij staat de ethische grondslag van een uitspraak centraal.<sup>15</sup> Morele legitimiteit concentreert zich daarbij op de verenigbaarheid van de rechter(lijke uitspraak) met onderliggende ethische normen.

Naast de verschillende benaderingen van legitimiteit – sociologisch, juridisch en moreel – bestaan legitimiteitsvraagstukken uit verschillende aspecten. Zo kan het gaan om legitimiteit die gerelateerd is aan de uitspraken van de rechter, ofwel de *jurisprudentiële legitimiteit*.<sup>16</sup> Enerzijds gaat het daarbij om inhoudelijke legitimiteit, waarbij gekeken wordt naar de specifieke juridische en feitelijke uitspraken van een rechter en de daaraan onderliggende waarden.<sup>17</sup> Zo is de legitimiteit van de uitspraak van de rechter afhankelijk van de morele waarden die ten grondslag liggen aan de uitspraak – bijvoorbeeld in zaken over abortus zal de rechter waarden kunnen onderschrijven zoals menselijke waardigheid, individuele autonomie en lichamelijke integriteit. Anderzijds betreft het de procedurele legitimiteit, waarbij het gaat om de wijze waarop de uitspraak is gedaan en de lijn die is uiteengezet in de rechtspraak.<sup>18</sup> Daarbij kan gedacht worden aan facetten zoals precedentwerking, samenhang en consistentie van de rechtspraak, transparantie met betrekking tot de besluitvorming, heldere argumentatie, etc. Zo kunnen inconsistente uitspraken strijd opleveren met juridische beginselen (vb. rechtszekerheid) waardoor de legitimiteit van de uitspraak in het geding komt.

Wanneer de rechter kritiek ontvangt op zijn uitspraak, dan wordt niet alleen de legitimiteit van de uitspraak in twijfel getrokken, maar vaak ook de legitimiteit van de rechter als juridische instantie.<sup>19</sup> Dit kan worden vertaald als de *institutionele legitimiteit* van de rechter.

---

<sup>13</sup> Ontwikkeld in M. Rheinstein & M. Weber, *Max Weber on Law in Economy and Society* (A Clarion Book: New York 1954) en zie eveneens A. Hinarejos (2003), 'Social Legitimacy and the Court of Justice of the European Union: Some Reflections on the Role of the Advocate-General' (2012) *SSRN* <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2146138&download=yes](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2146138&download=yes)> bezocht op 23 november 2015.

<sup>14</sup> Zie Fallon (2005), *supra* noot 11, p. 1789-1853 en voor een uitwerking daarvan M. De S.-O.-L.'E Lasser, 'Transforming Deliberations' in N. Huls e.a. (red.), *The Legitimacy of Highest Courts' Rulings: Judicial Deliberations and Beyond* (T.C.M. Asser Press, The Hague 2008), p. 33-53, p. 38.

<sup>15</sup> Fallon (2005), p. 1796-1801, *supra* noot 11 en A.J. Simmons, 'Justification and Legitimacy' (1999) *Ethics* 109 (4), p. 739-771, p. 740-741. Allebei maken een onderscheid tussen minimale, maximale en intermediaire morele theorieën.

<sup>16</sup> In sociologische termen omschreven als 'specific support', J.L. Gibson, 'The Legitimacy of the United States Supreme Court in a Polarized Society' (2006) *Social Science Research Network* 6.

<sup>17</sup> M. Loth, 'Courts in Quest for Legitimacy: A Comparative Approach' (2007) in M. Malsch & N. van Manen, *De Begrijpelijkheid van de Rechtspraak* (Boom Juridische Uitgevers, Den Haag 2007), p. 15-38, p. 35 'present-day society people seem to appreciate output-legitimacy more than input-legitimacy', dat wil zeggen dat de uitspraak zelf voor de burger belangrijker is (inhoudelijke legitimiteit) dan de wijze waarop rechters worden gekozen en andere factoren van institutionele legitimiteit.

<sup>18</sup> Onder meer N. Bürli, 'Amicus Curiae as a Means to Reinforce the Legitimacy of the European Court of Human Rights' in S. Flogaitis e.a. (2013), *supra* noot 4, p. 135-146, p. 144-146.

<sup>19</sup> V.C. Jackson, 'The (Myth of un)amendability of the US Constitution and the Democratic Component of Constitutionalism' (2015) *International Journal of Constitutional Law* 13 (3), p. 575-605, p. 599 en de link tussen diffuse (institutioneel) en specifieke (jurisprudentiële) legitimiteit wordt ook gelegd door T. Zwart, 'More Human Rights than Court: Why the Legitimacy of the European Court of Human Rights is in Need of Repair and How it Can Be Done' in S. Flogaitis e.a. (2013), *supra* noot 4, p. 71-95, p. 82.

Dit ziet dan niet alleen op organisatorische facetten van een instantie – zo kan worden gesteld dat een goed georganiseerde rechterlijke instantie meer vertrouwen geniet dan een organisatorisch slecht functionerende. Maar het gaat ook om democratische kenmerken van de rechter waarmee deze zich als rechtsprekend orgaan onderscheidt van andere overheidsorganen – de wetgever en de bestuursorganen.<sup>20</sup> Dit laatste wordt ook wel democratische legitimiteit genoemd en ziet op democratische waarden zoals representatie, de wil van het volk, de spreiding der machten en de onafhankelijkheid van de rechter.

Door deze verduidelijking van de legitimiteitsvraagstukken die de rechter omringen, komt naar voren waar de meest kritische geluiden op zien.<sup>21</sup> De meest fundamentele legitimiteitsvragen lijken de rechter als instantie in relatie tot de andere overheidsorganen te betreffen, hetgeen gerelateerd is aan een juridisch-morele opvatting van de notie van democratische legitimiteit. De *Urgenda*-kritieken spelen bijvoorbeeld niet alleen in op een gebrekkige juridische grondslag (juridische legitimiteit), maar eveneens op bepaalde morele concepties over de rol van de rechter bij beleidsmatige keuzes. Ook benadrukken zij de noodzaak van een democratisch representatief orgaan voor het maken van dit soort gevoelige keuzes (morele legitimiteit). Daarnaast, of beter gezegd, hierdoor, speelt in deze kritieken ook de sociologische legitimiteit van de rechter, doordat wordt aangegeven dat deze uitspraak het vertrouwen van de politiek en het volk in de rechter zal verminderen. Onafhankelijk van de vraag of deze kritische geluiden geldig, juist of zelfs maar overtuigend zijn, dringen ze aan op het onderzoeken van de positie van de rechter.

### **De positie van de rechter**

De democratische legitimiteit van de rechter heeft dus te maken met de positie die de rechter inneemt in een democratische samenleving, dat wil zeggen, welke positie hij heeft ten aanzien van de andere overheidsorganen. Deze positie van de rechter is complex. Deze complexiteit is erin gelegen dat de rechter zich in een web van relaties bevindt. In dit web kunnen, mijns inziens, drie typen relaties worden onderscheiden – horizontale, verticale en ‘interregime’-relaties. De eerste variant (de horizontale relaties) ziet enerzijds op de verdeling van de machten binnen een staat – de klassieke *trias politica*. In die relatie onderscheidt de rechter zich van de wetgever en de uitvoerende macht. Anderzijds betreft deze relatie de verdeling van rechtsbevoegdheid van rechters over verschillende ‘typen’ van jurisdicties. Zo is in Nederland een onderverdeling denkbaar in onder meer de straf-, bestuurs- en civiele rechter.

Het tweede type van relaties betreft de verticale verhoudingen waarin de rechter zich bevindt. Dit gaat over de hiërarchische positie van de rechter, waarbij de lagere rechter zich grotendeels zal moeten schikken naar de rechtslijnen uitgezet door de hogere rechter (bijv. Hoge Raad, de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, Centrale Raad van Beroep). Daarnaast kan er sprake zijn van een juridische ‘meerlagigheid’.<sup>22</sup> Dat wil zeggen dat de rechter

---

<sup>20</sup> Zie N. Huls, ‘Introduction: From Legitimacy to Leadership’ in Huls e.a. (2008), *supra* noot 14, p. 3-30.

<sup>21</sup> De legitimiteit van de rechter bij rechtszaken zou voornamelijk gebaseerd zijn op percepties van neutraliteit zoals eerlijkheid, onpartijdigheid en het beraadslagingsproces en zaaksrelevante informatie (jurisprudentiële legitimiteit vanuit sociologisch perspectief) en minder door institutionele legitimiteit vanuit moreel en juridisch perspectief. Zie Brems & Lavrysen (2013), *supra* noot 1, p. 180 en J.H. Gerards, ‘Een Alternatieve Strategie voor het EHRM. Naar een Betere Afbakening van Grondrechten en een Procedurele Toetsing’ in J. Gerards en A. Terlouw, *Amici Curiae: Adviezen aan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens*, p. 89-100, p. 95.

<sup>22</sup> Een term ontleent aan Van Gestel & Loth (2015), *supra* noot 6, para. 4.1, hoewel zij het veeleer als een vorm van rechterlijk pluralisme lijken toe te passen.

zich maar tot een bepaalde mate uit zou mogen laten over een zaak vanwege een verspreide hiërarchische bevoegdheid met andere overheidsorganen. Bijvoorbeeld in het geval van de Europese Unie is het HvJEU niet bevoegd zich inhoudelijk uit te laten over aangelegenheden die tot de exclusieve bevoegdheden behoren van de lidstaten. Een andere uitwerking kan bijvoorbeeld gevonden worden bij het EHRM, dat de staten een bepaalde beoordelingsmarge ('margin of appreciation') laat.

Het derde type relatie waarin de rechter zich kan bevinden, is de verhouding die hij heeft tot andere regimes; dit zijn de *interregime-relaties*. Met name bij internationale rechters is deze vorm terug te vinden doordat zij binnen een bepaald juridisch systeem opereren en daarmee rechtsbevoegdheid moeten delen met organisaties en rechters van andere rechtsregimes die op gelijk niveau functioneren. Dit komt bijvoorbeeld terug in de wijze waarop internationale rechters verwijzen naar de jurisprudentie van andere rechters en nog specifiek in artikel 35 (2) (b) van het EVRM, waaruit blijkt dat het EHRM een zaak niet-ontvankelijk verklaart wanneer een andere internationale instantie de zaak al behandelt of heeft behandeld. Naast deze internationale interregime-relaties, wordt door sommigen ook binnen de nationale context gesproken over 'rechterlijk pluralisme', waarbij de relaties van rechters tussen verschillende systemen niet als hiërarchisch maar als aanvullend wordt omschreven.<sup>23</sup> Bijvoorbeeld volgens Van Gestel & Loth zullen nationale rechters steeds vaker rechterlijke beslissingen moeten nemen 'in de context van internationale netwerken van rechtsontwikkeling, die niet noodzakelijk institutioneel, grondwettelijk, hiërarchisch of in een systeem van geformaliseerde 'checks and balances' verankerd zijn'.<sup>24</sup> Een dergelijke benadering past daarmee binnen deze laatste categorie van relaties.

In al deze typen van verbindingen zal de rechter zich moeten positioneren. De rol van de rechter is daarmee complex. Iedere rechter, nationaal, Europees of internationaal, zal zich dan ook binnen zijn rechtspraak bewust moeten zijn van zijn positie in het grotere geheel en zal zich daartoe moeten verhouden. Dat wil niet zeggen dat de rechter daarom steeds terughoudend zou moeten toetsen, maar het geeft wel aan dat zijn positie invloed kan hebben op de wijze waarop het zijn rol als rechtsprekend orgaan uitvoert. Bij het geven van een kritische kijk op de *Urgenda*-uitspraak zou dus niet alleen gekeken moeten worden naar de rol van rechter in het licht van horizontale relaties, maar bijvoorbeeld ook naar de vraag of de rechtbank af kan wijken van de lijn die uitgezet is door de Hoge Raad, het HvJEU en het EHRM. Of, zoals Van Gestel en Loth het stellen: '[h]et *Urgenda*-vonnis laat duidelijk zien hoe normstelling op internationaal, Europees en nationaal niveau op elkaar ingrijpt en uiteindelijk samenkomt op het niveau van een individuele rechtbank'.<sup>25</sup>

## De rol van de rechter

De rol van de rechter is door velen al besproken en velerlei indelingen zijn bekend. Voor de doelen van het onderzoek naar het voordeel van een procesgebaseerde toetsing door rechters

---

<sup>23</sup> Zie voor een korte bespreking in de context tussen de nationale en Europese rechter H. van Harten, 'Zoekt en Gij Zult (rechts)vinden: Over het Gedeeld Gezag in de Europese Rechtsorde' (2012) *Ars Aequi* 7-8 (1), p. 541-549 en zie eveneens A.M. Donner, 'Uitlegging en Toepassing' in *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch, Studia Ab Discipulis Amicisque in Honorem Egregii Professoris Edita (Vol. 2)* (Bruylant, Brussel 1972), p. 103-126, p. 114-115, 'Zo is de nationale rechter, ook voor wat de toepassing van het gemeenschapsrecht betreft, niet aan het gezag van de gemeenschapsrechter onderworpen, maar staat naast hem'.

<sup>24</sup> Van Gestel & Loth (2015), *supra* noot 6, par. 5.

<sup>25</sup> Van Gestel & Loth (2015), *supra* noot 6, par. 4.1.

van verschillende niveaus, is het nuttig om een functionele analyse te kiezen en van daaruit een indeling te ontwikkelen.<sup>26</sup> Op basis van deze analyse zou bij het typeren van de rol van de rechter als rechtsprekend orgaan een onderscheid kunnen worden gemaakt in drie functies: conserverende, beschermende en ontwikkelende.

Ten eerste de *conserverende functie* van de rechter, waarin de rechter als hoeder van het bestaande rechtssysteem optreedt. Daarbij heeft hij een belangrijke rol in het verzekeren van een stabiele en vredige samenleving. Zonder een goed functionerende rechter zou het immers lastig zijn om het juridische systeem in een democratische samenleving in stand te houden.<sup>27</sup> Deze behoudende functie omvat ook de veelgenoemde rechterlijke taak van geschilbeslechting,<sup>28</sup> net als het vaak minder belichte aspect van het stabiliseren van normatieve verwachtingen die partijen en de samenleving kunnen koesteren op basis van de wet.<sup>29</sup> Door de rechtspraak schept de rechter niet alleen duidelijkheid over de wet maar ook over wat men op basis van die wet van anderen mag verwachten – rechtspraak heeft daarmee dus een functie in de sociale ordening van de samenleving.<sup>30</sup>

Ten tweede kan de *beschermende functie* van de rechter worden genoemd. Deze functie houdt in dat het aan de rechter is om de rechtsstatelijkheid te bewaken middels het controleren en legitimeren van handelingen en het handhaven van de naleving van de wet. De rechter speelt dan een rol bij het voorkomen van eigenrichting, maar hij houdt ook toezicht op het handelen van de overheidsinstanties.<sup>31</sup> Daarmee zorgt de rechter dus voor daadwerkelijke naleving van de normen die de door de samenleving zijn verankerd in de wet. Op die manier beschermt de rechter individuen en groepen tegen de ‘tirannie’ van de ander en de staat.

Als laatste en derde functie kan de *ontwikkelende functie* van de rechter worden onderscheiden. Het betreft hier de rol van de rechter als een orgaan dat het rechtssysteem helpt te ontwikkelen. De rechter kan deze rol op zich nemen door rechtsvorming en rechtsvinding: bijvoorbeeld het formuleren van nieuwe regels,<sup>32</sup> middels het interpreteren van bestaande regels (waardoor een debat wordt gestimuleerd)<sup>33</sup> of door het invullen van gaten in wetgeving

---

<sup>26</sup> Het voordeel van een functionele benadering is dat het gebruikt wordt voor rechtsvergelijkend onderzoek waarbinnen een *tertium comparationis* wordt ontwikkeld. Op basis daarvan kan de rol van verschillende rechters worden vergeleken en wordt niet direct een normatief standpunt ingenomen, immers geeft het niet direct weer of een bepaalde rechter (in een zaak) een specifieke functie op zich zou moeten nemen. Zie onder meer R. Michaels, ‘The Functional Method of Comparative Law’ in M. Reimann & R. Zimmermann (red.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford, Oxford University Press 2006), p. 339-382 en J.C. Reitz, ‘How to Do Comparative Law’ (1998) *The American Journal of Comparative Law* 46, p. 617-636.

<sup>27</sup> Zie eveneens Y. Shany, *Assessing the Effectiveness of International Courts: A Goal-Based Approach* (2012) *American Journal of International Law* 106, p. 225-270.

<sup>28</sup> Idem, p. 245-246 en A. Von Bogdandy & I. Venzke, ‘On the Functions of International Courts: An Appraisal in Light of Their Burgeoning Public Authority’ (2012) *Amsterdam Center for International Law Research Paper No.* 2012-10, p. 6-7.

<sup>29</sup> Zie hierover in het kader van internationale rechters Bogdandy & Venzke (2012), *supra* noot 28, p. 7-9. Wanneer niet aan deze verwachtingen wordt voldaan dan schaadt dat de reputatie van een staat en kan het belangrijke praktische consequenties hebben, aldus A.T. Guzman, ‘The Cost of Credibility: Explaining Resistance to Interstate Dispute Resolution Mechanisms’ (2002) *Journal of Legal Studies* 31, p. 303-326.

<sup>30</sup> Zie voor een overzicht van de theorieën over de rol van de wet in de sociale ordening B.Z. Tamanaha, *A General Jurisprudence of Law and Society*, p. 1-10 en met betrekking tot rechtspraak L.L. Fuller, ‘The Forms and Limits of Adjudication’ (1978-1979) *Harvard Law Review* 92, p. 353-409.

<sup>31</sup> Wat betreft internationale rechters zie Shany (2012), *supra* noot 27, p. 246-247 en Von Bogdandy & Venzke (2012), *supra* noot 28, p. 11-13.

<sup>32</sup> Zie G. Ulfstein, ‘International Courts and Judges: Independence, Interaction and Legitimacy’ (2014) *New York University Journal of International Law & Politics* 46, p. 849-857, p. 860.

<sup>33</sup> Zie onder meer T. Ginsberg, ‘Bounded Discretion in International Judicial Lawmaking’ (2005) *Virginia Journal of International Law Association* 45, p. 631-673, p. 635-637 en M. Shapiro, ‘Judges as Liars’ (1994) *Harvard Journal of Legal and Public Policy* 17, p. 155-156.

waardoor de wetgever wordt aangespoord om actie te ondernemen<sup>34</sup> – zoals in de *Urgenda*-uitspraak. Rechtspraak kan dus (juridische) veranderingen in de maatschappij teweeg brengen.

### **Spanning rol van de rechter en zijn positie**

Uit het voorstaande volgt dat het voor de rechter niet alleen noodzakelijk is om zich goed te verhouden tot andere instanties die een eigen rol toegedicht hebben gekregen, maar hij zal tegelijkertijd zijn functies als rechter moeten blijven vervullen. Enerzijds wil dat zeggen dat de legitimiteit van de rechter in het geding zou kunnen komen wanneer hij een wetsvoorstel op basis van een andere belangenafweging vernietigt. Anderzijds betekent dit dat wanneer hij juist erg terughoudend is bij het toetsen van strijdigheid van wetgeving met bijvoorbeeld het EVRM, de vraag kan rijzen of hij in voldoende mate zijn rechterlijke rol uitoefent.

De spanning tussen het functioneren van de rechter en zijn positie binnen de rechtsstaat is ingewikkeld en zal niet eenvoudig op te lossen zijn. Natuurlijk is het niet zo dat elke rechter in elke zaak zich bewust is en hoeft te zijn van deze spanningsverhouding. Vele zaken zijn eenvoudig te beslechten op basis van de wet of de lijn uitgezet in eerdere jurisprudentie. Niettemin zijn er ook zaken waar de functie-uitoefening door de rechter ingewikkeld is en leidt tot spanning, zoals het geval was bij de *Urgenda*-zaak. Over het algemeen zal het gaan om zaken waarin de wet onduidelijk is, de rechter wordt gevraagd de juridische houdbaarheid van wetgeving of beleidsvoering te toetsen,<sup>35</sup> of in zaken die in meer Dworkeniaanse zin als 'hard cases' kunnen worden aangeduid<sup>36</sup> – vaak dus zaken over mensenrechten. Deze controversiële zaken lijken onderwerpen te betreffen waarbij onduidelijkheid bestaat op basis van juridische, democratische of morele gronden en waardoor de rechter wordt uitgedaagd om een balans te vinden tussen de verschillende hiervoor benoemde gezichtspunten.

In dit soort zaken kan het problematisch zijn voor de rechter wanneer hij zich eenduidig en principieel uitlaat over de vraag hoe de bestaande onduidelijkheden opgelost zou moeten worden. Hij spreekt zich dan inhoudelijk uit over de juridische houdbaarheid van een besluit. Uit het gezichtspunt van de beschermende en ontwikkelende functie van de rechter zou dit noodzakelijk kunnen zijn, maar vanuit de democratische legitimiteit van de rechter kan dat problematisch worden. Immers in hoeverre zou de rechter, bijvoorbeeld, in de *Urgenda*-zaak de beleidskeuzes van de wetgever moeten herzien wanneer daar op basis van het recht onvoldoende expliciete grondslag voor is, of waarin morele gevoeligheden geen eenduidige benadering toestaan? Daar kan tegenin worden gebracht dat wanneer de rechter in die zaak te terughoudend zou zijn, dit negatieve gevolgen zou hebben voor de mensenrechtenbescherming (die op het spel staat als gevolg van de dreigende klimaatverandering).

---

<sup>34</sup> In het kader van procesgebaseerde toetsing zie A. Sathanapally, *supra* noot 3, p. 19-25.

<sup>35</sup> Met name het toonaangevende werk van Tushnet en Waldron, zie onder meer M. Tushnet, 'Non-Judicial Review' (2003) *Harvard Journal on Legislation* 40, p. 456-492 en J. Waldron, 'Moral Truth and Judicial Review' (1998) *The American Journal of Jurisprudence* 43, p. 75-97.

<sup>36</sup> Zie daarover J.H. Gerards, 'Hard Cases in the Law' in A. In 't Groen e.a. (red.), *Knowledge in Ferment: Dilemmas in Science, Scholarship and Society* (Leiden University Press, Leiden 2007), p. 121-136.



## Procesgebaseerde toetsing als oplossing?

Een manier waarop de rechter met de hierboven besproken problemen om zou kunnen gaan is procesgebaseerde toetsing.<sup>37</sup> Bij deze vorm van toetsing kijkt de rechter niet zozeer naar de uitkomst van een besluit, maar baseert hij (een deel van) de uitspraak op de kwaliteit van de daaraan voorafgaande besluitvormingsprocedure. In veel zaken zal immers voorafgaand aan de rechterlijke toetsing een besluit zijn genomen door een ander overheidsorgaan waarin de verschillende rechten en belangen van betrokkenen al tegen elkaar (zouden moeten) zijn afgewogen. Door de besluitvormingsprocedure te toetsen kan de rechter stilstaan bij de vraag of in die procedure de relevante inhoudelijke standaarden voldoende zorgvuldig zijn toegepast en of het besluitvormingsorgaan de noodzakelijke inspanning heeft geleverd om de relevante belangen te identificeren en af te wegen.<sup>38</sup> Ten aanzien van het EHRM is deze vorm van toetsing dan ook gekarakteriseerd als een middenweg tussen eerbiediging van de besluiten van staten ('deference') en het garanderen van de individuele mensenrechtenbescherming.<sup>39</sup>

Naast institutionele redenen voor deze vorm van rechterlijke toetsing, worden vaak nog andere voordelen genoemd. Zo wordt het toetsen van de procedure gewaardeerd vanwege de bijdrage die dit zou leveren aan het vinden van een goede uitkomst in een zaak<sup>40</sup> en het positieve psychologische effect dat procedurele rechtvaardigheid blijkt op te leveren.<sup>41</sup> Hoewel deze aspecten niet zozeer zien op het vinden van een juiste positie van de rechter, lijken zij uiteindelijk een gunstige weerslag te hebben op de legitimiteit van de rechter – ten minste vanuit een sociologisch en moreel perspectief. Vanuit deze inzichten lijkt procesgebaseerde toetsing in spanningszaken in beginsel een nuttige toetsingsvorm te zijn voor de rechter.

Wat procesgebaseerde toetsing is kan wellicht het best worden uitgelegd aan de hand van een recente abortuszaak bij het EHRM – *Annen tegen Duitsland*.<sup>42</sup> In die zaak werd de klager beschuldigd van het aantasten van de persoonlijkheidsrechten van abortusartsen, vanwege het beheeren van een website en het uitdelen van flyers nabij abortusklinieken waarin de werkzaamheden van deze artsen als onwettig werden aangemerkt en geassocieerd werden met de misdaden begaan in Auschwitz. Waar de nationale rechter de artsen in het gelijk stelde, kwam het EHRM tot een andere waardering, gedeeltelijk op basis van procesgebaseerde toetsing. Met betrekking tot de website overwoog het Hof dat het de taak heeft om te toetsen of de nationale overheden criteria hebben toegepast die overeenstemmen met de beginselen van artikel 10 EVRM (vrijheid van meningsuiting).<sup>43</sup> Volgens het EHRM was het onvoldoende dat de nationale rechter zijn oordeel ten aanzien van de website baseerde op de overwegingen betreffende de flyers. Het Hof concludeerde, nadat het uitdrukkelijk had aangegeven dat het geen inhoudelijk oordeel kon vellen over de zaak, dat de nationale rechter daarmee niet voldaan had aan de in dit recht vervatte procedurele vereisten.<sup>44</sup>

---

<sup>37</sup> Procesgebaseerde toetsing, ook wel procedurele toetsing, wordt soms gekenmerkt als een 'institutionally sensitive' benadering, zie onder meer P. Popelier & C. Van De Heyning, 'Procedural Rationality: Giving Teeth to the Proportionality Analysis' (2013) *European Constitutional Law Review* 9, p. 230-262, p. 323.

<sup>38</sup> Gerards (nog niet gepubliceerd), *supra* noot 1 en Gerards (2011), *supra* noot 3, p. 21.

<sup>39</sup> Zie P. Popelier (2012), *supra* noot 1, p. 251-254.

<sup>40</sup> E. Brems, 'The 'Logics' of Procedural-type Review by the European Court of Human Rights' nog *niet gepubliceerd* (op te vragen bij de auteur) en J. Christoffersen, *Fair Balance: Proportionality and Primarity in the European Convention on Human Rights* (Martin Nijhoff Publishers, Leiden 2009), p. 461-463.

<sup>41</sup> Brems (nog niet gepubliceerd), *supra* noot 40 en Loth (2007), *supra* noot 17.

<sup>42</sup> EHRM 26 november 2015, app. no. 3690/10 (*Annen/Duitsland*).

<sup>43</sup> *Idem*, par. 71 en voor de standaarden die het in deze zaak van belang achtte zie par. 68-70.

<sup>44</sup> *Idem*, par. 73-74.

Door deze toepassing van procesgebaseerde toetsing voorkwam het EHRM dat het zich in een lastige positie moest wringen waarin het zich inhoudelijk uit zou moeten laten over een morele zaak van 'acute sensitiviteit'.<sup>45</sup> Het Hof neemt dus een positie aan waarin het de inhoudelijke beoordeling van de zaak overlaat aan de Duitse rechter, die dichterbij de Duitse samenleving staat en daardoor wellicht een betere afweging kan maken in de specifieke context.<sup>46</sup> Daarmee kan controversie worden voorkomen, nu het EHRM zich goed weet te verhouden tot de nationale overheidsorganen – het Hof spreekt zich niet uit over de vraag wat de belangenafweging van de Duitse rechter had moeten zijn, noch of abortus gelegitimeerd zou moeten worden door de wetgever. Tegelijkertijd voorkomt het Hof dat het zich zo terughoudend opstelt dat het geen mensenrechtelijke bescherming biedt. Juist door te controleren of de nationale rechter wel op een correcte manier heeft getoetst, biedt het die bescherming immers wel degelijk – zoals ook blijkt uit het feit dat het EHRM in deze zaak een schending van art. 10 EVRM constateerde.

Dat een andere, meer inhoudelijke aanpak niet altijd (even) wenselijk is, blijkt ook wel uit de spanningszaken waarin het EHRM zich wel inhoudelijk heeft uitgelaten over de belangenafweging. In een aantal gevallen heeft juist dat tot veel kritiek geleid. Zo is de legitimiteit betwist van de controversiële *M.S.S.*- en *V.M.*-uitspraken over het beginsel van wederzijds vertrouwen van de Dublin-Verordening en de opvang van asielzoekers,<sup>47</sup> en zijn er hevige reacties gekomen op het oordeel van het Hof in *Vinter* over de strijdigheid van levenslange gevangenisstraffen met artikel 3 EVRM (verbod van foltering).<sup>48</sup> De geuite legitimiteitszorgen zien daarbij niet alleen op de legitimiteit van die specifieke uitspraak (jurisprudentiële legitimiteit), maar hebben ook een weerslag op de legitimiteit van het EHRM als rechterlijke instantie (institutionele legitimiteit).<sup>49</sup> Zo hebben de uitspraken van het EHRM over de rechten van gevangenen geleid tot een zeer kritische houding van het VK ten aanzien van het Hof en zelfs tot het voorstel zich te onttrekken aan zijn jurisdictie.<sup>50</sup> Een zelfde maar wat mildere houding is ook in Nederland te bespeuren.<sup>51</sup>

---

<sup>45</sup> Idem, par. 62.

<sup>46</sup> Voor een uitvoerige bespreking van het 'better placed-argument' zie J.H. Gerards, *EVRM: Algemene Beginselen* (SdU Uitgevers, Den Haag 2011), p. 184-186 en 199-215.

<sup>47</sup> EHRM (GK) 21 januari 2001, app. no. 30696/09 (*M.S.S./België en Griekenland*) *EHRC* 2012, 51 (m.nt. Van Roemburg) en EHRM 7 juli 2015, app. no. 60125/11 (*V.M. e.a./België*), *EHRC* 2015, 197 (m.nt. Den Heijer). Voor kritiek op de *M.S.S.*-zaak zie onder meer M. Bossuyt, 'Is the European Court of Human Rights on a Slippery Slope?' in S. Flogaitis e.a. (2013), *supra* noot 4, p. 27-36.

<sup>48</sup> EHRM (GK) 9 juli 2013, app. nos. 66069/09, 130/10 en 3896/10 (*Vinter e.a./VK*) *EHRC* 2013, 254 (m.nt. Kalmthout) al heeft de Kamer onlangs een hele andere lijn ingeslagen in *Hutchinson* zie EHRM 3 februari 2015, app. no. 57592/08 (*Hutchinson/VK*) *EHRC* 2015, 96 (m.nt. Meijer). De zaak is nu aanhangig bij de Grote Kamer. Voor kritiek op de *Vinter*-zaak zie onder meer C. Ryngaert & A.A. Abdalla, 'Extradition of Terrorism Suspects: European Court of Human Rights Rules on the Compatibility of Life without Parole with the European Convention. The Case of Nizar Trabelsi v. Belgium' (Blog Ucall, 16 januari 2015) <<http://blog.ucall.nl/index.php/2015/01/extradition-to-terrorism-suspects-european-court-of-human-rights-rules-on-the-compatibility-of-life-without-parole-with-the-european-convention-the-case-of-nizar-trabelsi-v-belgium/>> laatst bezocht op 15 december 2015.

<sup>49</sup> Zie hiervoor onder meer Jackson (2015), *supra* noot 17, p. 599, Zwart (2013), *supra* noot 19, p. 82.

<sup>50</sup> E. Bates, 'The Brighton Declaration and the "Meddling Court"' (UK Human Rights Blog, 22 April 2012) <<http://ukhumanrightsblog.com/2012/04/22/the-brighton-declaration-and-the-meddling-court/>> laatst bezocht op 23 november 2015 en N. Watt & R. Mason, 'Cameron Committed to Breaking Link with European Court of Human Rights' (The Guardian, 1 June 2015) <<http://www.theguardian.com/law/2015/jun/01/david-cameron-european-court-of-human-rights>> laatst bezocht op 23 November 2015.

<sup>51</sup> Onder meer J. Taverne, '65 Years ECHR: A Call for Vision, Dedication and Self-Restraint' (rede op 4 november 2015 bij de Leiden Law School) en zie voor de kritische houding van de Nederlandse overheid de afgelopen jaren Gerards & Terlouw (2013), *supra* noot 5, p. 163.

Onafhankelijk van de vraag of deze reacties correct of juridisch houdbaar zijn, hebben deze controversiële inhoudelijke uitspraken klaarblijkelijk gevolgen voor de perceptie van de legitimiteit van het Hof – zijn sociologische legitimiteit. Voor het EHRM zou het gunstig kunnen zijn om in dit type zaken de spanning uit de lucht te halen door zich toe te spitsen op een procesgebaseerde toetsing. Dat wil echter niet zeggen dat deze vorm van rechterlijke toetsing in alle gevallen nuttig of wenselijk is. Het kan bijvoorbeeld lastig zijn voor de rechter om de kwaliteit van besluitvormingsprocessen op een adequate wijze te toetsen en het is twijfelachtig of een kwalitatief goede procedure ook altijd leidt tot een rechtvaardig besluit.<sup>52</sup>

Bovendien lenen niet alle zaken zich even goed voor deze vorm van toetsing. Het is bijvoorbeeld goed denkbaar dat procesgebaseerde toetsing in de *Urgenda*-zaak niet bruikbaar is omdat het gaat om een zaak over de nalatigheid van de Nederlandse overheid. Hoewel het in deze zaak zeker gaat over het positioneren van de rechter ten opzichte van de wetgever en de uitvoering van zijn waakhondfunctie, wordt de rechter gevraagd om een bevel te geven aan de Nederlandse Staat om de uitstoot van CO<sub>2</sub> met minimaal 25% te verminderen. Met een procedurele toets zou de rechter niet tot een antwoord kunnen komen op deze vraag. Immers kan hij daar inhoudelijk geen oordeel over vellen. Wel zou de rechter aan kunnen geven dat er grondig naar het huidige beleid gekeken zou moeten worden. Bij het opstellen van het beleid zouden, voor een zorgvuldige belangenafweging, dan ook de belangen die door *Urgenda* worden vertegenwoordigd mee moeten worden genomen.<sup>53</sup>

In het vervolgonderzoek naar procesgebaseerde toetsing zal daarom stil moeten worden gestaan bij de vraag welke (soorten) zaken geschikt zijn voor deze vorm van rechterlijke toetsing en in welke zaken deze beter niet toegepast zou moeten worden.

## Conclusie

In de inleiding werd aangegeven dat in dit korte essay een eerste aanzet zou worden gegeven naar een antwoord op de vraag of procesgebaseerde toetsing door de rechter daadwerkelijk een bijdrage kan leveren bij het vinden van een balans tussen de rol van de rechter en die van de andere overheidsorganen. Uit het voorgaande is duidelijk dat procesgebaseerde toetsing in sommige zaken inderdaad een positieve weerslag lijkt te hebben op de legitimiteit van de rechter en zijn uitspraken. Zo kon het EHRM in de abortuszaak tegen Duitsland grote(re) controversie voorkomen doordat het een gedeelte van die zaak niet inhoudelijk maar alleen op procedurele gronden beoordeelde. Procesgebaseerde toetsing lijkt de rechter dus te kunnen helpen bij het vinden van een bepaalde balans, doordat het enerzijds voorkomt dat de rechter zich dermate terughoudend moet opstellen dat het zijn functies niet meer uitvoert en anderzijds bevordert dat de rechter zich op een juiste wijze verhoudt tot de andere spelers – o.a. de wetgever en uitvoerende macht. Dit is ook interessant voor de Nederlandse rechtspraak nu de Nederlandse rechter steeds vaker wordt uitgedaagd om zich op een juiste wijze te verhouden tot

---

<sup>52</sup> Zie bijvoorbeeld Gerards (nog niet gepubliceerd), *supra* noot 1, A. Nussberger, 'Procedural Review by the ECHR – View From the Court' *nog niet gepubliceerd* (op te vragen bij de auteur) en A. Kavanagh, 'Proportionality and Parliamentary Debates: Exploring Some Forbidden Territory' (2014) *Oxford Journal of Legal Studies* 34 (3), p. 443-479.

<sup>53</sup> Daarentegen zou in de *Urgenda*-zaak kunnen worden gesteld dat door de beleidswijziging (van 25% naar 20%-vermindering van CO<sub>2</sub> uitstoot in 2020) het kabinet toch weldegelijk een belangenafweging heeft gemaakt, maar het lijkt erop dat de zorgvuldigheid ontbreekt op basis van de wetenschappelijke bevindingen over het klimaat.

de andere overheidsorganen – zoals het geval was in de *Urgenda*-zaak.<sup>54</sup> Dit wil nog niet zeggen dat deze vorm van rechterlijke toetsing altijd een belangrijke rol zal kunnen en moeten spelen, maar wel dat het in sommige controversiële zaken de rechter kan helpen bij het in standhouden van zijn legitimiteit.

---

<sup>54</sup> Daarnaast zou procesgebaseerde toetsing een interessant nieuw licht kunnen werpen op de formele zijde van het toetsingsverbod zoals neergelegd in artikel 120 Grondwet en erkend in het *Van den Bergh*-arrest, HR 27 januari 1961, ECLI:NL:HR:1961:AG2059 (Prof. Van den Bergh), *NJ* 1963, 248 (m.nt. Veegens).