

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/314153953>

# Procedurele toetsing

Chapter · October 2016

---

CITATIONS

0

---

READS

91

2 authors:



**Janneke Gerards**  
Utrecht University

102 PUBLICATIONS 416 CITATIONS

[SEE PROFILE](#)



**Leonie Huijbers**  
Utrecht University

9 PUBLICATIONS 7 CITATIONS

[SEE PROFILE](#)

Some of the authors of this publication are also working on these related projects:



Argumentation strategies of the European Court of Human Rights [View project](#)



Procedural Review in Fundamental Rights Cases [View project](#)

# De rechter onder vuur

Redactie:  
Rolf Ortlep  
Frank Groothuijse  
Jeroen Kiewiet  
Remco Nehmelman



INSTITUUT VOOR STAATS- EN BESTUURSRECHT EN RECHTSTHEORIE



Universiteit Utrecht

# DE RECHTER ONDER VUUR

Redactie

Rolf Ortlep

Frank Groothuijse

Jeroen Kiewiet

Remco Nehmelman

# DE RECHTER ONDER VUUR

Instituut voor Staats- en Bestuursrecht en Rechtstheorie

ISBN 978-94-6240-336-9

Dit boek is een uitgave van:  
Wolf Legal Publishers (WLP)  
Postbus 313  
5060 AH Oisterwijk  
info@wolfpublishers.nl  
www.wolfpublishers.com

© Instituut voor Staats- en Bestuursrecht en Rechtstheorie | WLP 2016

Opmaak binnenwerk: K. Hoeberechts, Rechtsgeleerdheid, Universiteit Utrecht

*Alle rechten voorbehouden. Behoudens de door de Auteurswet 1912 gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden veeleelvoudigd (waaronder begrepen het opslaan in een geautomatiseerd gegevensbestand) of openbaar gemaakt, op welke wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. De bij toepassing van artikel 16B en 17 Auteurswet 1912 wettelijk verschuldigde vergoedingen wegens fotokopiëren, dienen te worden voldaan aan de Stichting Reprerecht. Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken op grond van artikel 16 Auteurswet 1912 dient men zich tevoren tot de uitgever te wenden. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten of onvolkomenheden.*

# PROCEDURELE TOETSING

*Leonie Huijbers en Janneke Gerards*

## 1. INLEIDING

Sinds enige jaren is er een trend zichtbaar bij het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) naar een meer procedurele of procesgebaseerde toetsing van nationale besluiten door de rechter.<sup>1</sup> 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 vooral de kwaliteit van de procedure en/of het proces dat heeft geleid tot een besluit of regeling. Door de aandacht te vestigen op de kwaliteit van besluitvormingsprocedures, kan het EHRM een dubbel resultaat bereiken. In de eerste plaats kan het nationale besluitvormende organen en rechters stimuleren om meer aandacht aan hun besluitvormingsprocessen te besteden. Daarbij zullen zij steeds ook vragen van grondrechtenconformiteit moeten betrekken. De veronderstelling is daarbij dat kwalitatief goede besluitvorming, procedurele zorgvuldigheid en bewuste aandacht voor grondrechtenkwesaties leiden tot minder schendingen van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EVRM). Als die veronderstelling juist is, is deze benadering voor het EHRM een goede manier om ervoor te zorgen dat grondrechten effectief worden beschermd, terwijl de primaire verantwoordelijkheid om dat te doen duidelijk bij de daartoe bevoegde nationale organen blijft liggen. In de tweede plaats heeft deze benadering tot voordeel dat het EHRM niet altijd de redelijkheid van de op nationaal niveau gemaakte belangenafweging hoeft 'na te toetsen'. Dat is gunstig voor het aanzien van het Hof, nu juist in die inhoudelijke toetsing vaak een te grote bemoeienis van de internationale rechter wordt gezien met nationale soevereine en democratisch gelegitimeerde beslissingen.<sup>2</sup>

---

1 Zie onder meer J.H. Gerards, 'Procedural Review by the ECtHR – A Typology', in: E. Brems & J.H. Gerards (red.), *Procedural review in European fundamental rights cases*, Cambridge: Cambridge University Press (te verschijnen); E. Brems & L. Lavrysen, 'Procedural Justice in Human Rights Adjudication: The European Court of Human Rights', 35 *Human Rights Quarterly* 2013, afl. 35, 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.

2 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*, Cheltenham: Edward Elgar 2013, p. 65-70.

Deze benadering van het EHRM is ook voor Nederlandse rechters interessant. Ook in de Nederlandse context laait de discussie over de positie en de taak van de rechter namelijk eens in de zoveel tijd weer op. Meest recent gebeurde dat naar aanleiding van 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 klimaatverandering terug te dringen en (dreigende) mensenrechtenschendingen te voorkomen.<sup>3</sup> Veel academici en politici hebben vervolgens de vraag opgeworpen of het wel aan de rechter is om een dergelijke verplichting op te leggen, en of hij de grenzen van zijn rechterlijke competentie daarmee niet heeft overschreden.<sup>4</sup> In deze kritieken klinkt het aloude debat 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?

Onze bijdrage heeft tot doel te onderzoeken in hoeverre de ‘procedurele toetsing’ zoals het EHRM die al toepast, ook voor de Nederlandse rechter bruikbaar zou kunnen zijn wanneer hij zich moet buigen over besluiten of nalaten van overheidsinstanties inzake gevoelige kwesties. Voor de Nederlandse context zal zo nu en dan verwezen worden naar de *Urgenda*-zaak als praktische illustratie. Om de potentie van procesgebaseerde toetsing voor de Nederlandse rechter te onderzoeken, besteden we eerst, vanuit een meer rechtstheoretisch perspectief, aandacht aan een aantal achtergronden. In dit verband gaan we in paragraaf 2 kort in op de legitimiteit en de positie van de rechter, 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. Paragraaf 3 zorgt voor enig inzicht in de manier waarop het EHRM de procedurele toetsing tot nu toe gebruikt en in de potentie die deze vorm van toetsing heeft in het licht van de in paragraaf 2 geschetste gezichtspunten. Ten slotte trekken we in paragraaf 4 een voorzichtige conclusie over

3 Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 (*Urgenda*), *TGMA* 2015/6, m.nt. E.H. Hulst, *AB* 2015/336, m.nt. Ch.W. Backes. 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 worden aangewend, zie R. Van Gestel & M. Loth, ‘*Urgenda*: Roekeloze Rechtspraak of Rechtsvinding 3.0?’, *NJB* 2015/1849, par. 4.3.

4 Zie onder meer R. Schutgens, ‘*Urgenda* en de Trias’, *NJB* 2015/1675, L. Bergkamp, ‘Het Haags Klimaatvonnis’, *NJB* 2015/1676; W. Voermans, ‘Staat Moet Wél in Hoger Beroep Gaan’, *De Volkskrant* 28 augustus 2015. Voor een overzicht van een aantal kritiekpunten, zie K.J. de Graaf & J.H. Jans, ‘The *Urgenda* Decision: Netherlands Liable for Role in Causing Dangerous Global Climate Change’, *Journal of Environmental Law* 2015, afl. 27, p. 517-527. De kabinetsaanpak is te vinden in een brief van Staatssecretaris Mansveld van 1 september 2015, *Kamerstukken II* 2014/15, 32813 nr. 103.

de vraag of deze vorm van rechterlijke toetsing ook in Nederland waarde zou kunnen hebben.

## 2. LEGITIMITEIT, POSITIE EN ROL VAN DE RECHTER

### 2.1. Varianten van legitimiteit

Regelmatig wordt betwijfeld of de rechter wel op juiste wijze rechtspreekt. Ook naar aanleiding van de *Urgenda*-zaak wordt de legitimiteit van de rechter in twijfel getrokken en wordt de vraag gesteld of de rechter wel het juiste orgaan is om een vergaande verplichtingen aan de staat op te leggen.<sup>5</sup> Om te weten hoe deze legitimiteitszorgen kunnen worden weggenomen en om een antwoord te kunnen geven op de vraag of procesgebaseerde toetsing daarbij een rol kan spelen, is het waardevol om enig inzicht te hebben in wat rechterlijke legitimiteit *in abstracto* behelst. Rechters zijn immers, 'in de afwezigheid van de beurs of het zwaard',<sup>6</sup> afhankelijk van hun legitimiteit om 'te functioneren en gedijen'.<sup>7</sup>

Conceptueel gesproken kan een drietal benaderingen van rechterlijke legitimiteit worden onderscheiden,<sup>8</sup> waarvan de eerste vorm descriptief is en de andere twee normatief zijn.<sup>9</sup> De eerste legitimiteitsbenadering is sociologisch van aard. Daarbij gaat het om de vraag of de rechter als instantie of een specifieke uitspraak van die rechter als legitiem wordt ervaren door de maatschappij, zodanig dat deze wordt geaccepteerd en gerespecteerd.<sup>10</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. De tweede benadering kiest het perspectief van juridische legitimiteit. Daarbij gaat het vooral om de vraag of rechterlijk handelen op voldoende rechtsgrondslag is gebaseerd.<sup>11</sup> Bepalend voor legitimiteit is dan

5 Bijvoorbeeld Schutgens, *supra* noot 4 en Bergkamp, *supra* noot 4.

6 J.L. Gibson & G.A. Caldeira, 'Defenders of Democracy? Legitimacy, Popular Acceptance and the South-African Constitutional Court', *The Journal of Politics* 2003, afl. 65, p. 1-30, opp. 2.

7 O. Rabinovich-Einy, 'The Legitimacy Crisis and the Future of Courts', *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 2015, afl. 17, p. 23-73, op p. 24, 'Courts depend on legitimacy to function and thrive'.

8 Volgens de toonaangevende leer van Fallon in R.H. Fallon, 'Legitimacy and the Constitution', *Harvard Law Review* 2005, afl. 118, p. 1787-1853.

9 Zie bijvoorbeeld D.A. Strauss, 'Reply: Legitimacy and Obedience', *Harvard Law Review* 2005, afl. 118, p. 1854-1866.

10 Ontwikkeld in M. Rheinstein & M. Weber, *Max Weber on Law in Economy and Society*, Clarion: New York 1954; zie eveneens A. Hinarejos, 'Social Legitimacy and the Court of Justice of the European Union: Some Reflections on the Role of the Advocate-General', *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2012, afl. 14, p. 615-633.

11 Zie Fallon, *supra* noot 8, op p. 1789-1853 en voor een uitwerking daarvan M. de

dus de bevoegdheid van de rechter om bepaalde uitspraken te doen. Als laatste kan een morele benadering van legitimiteit worden onderscheiden, waarbij de ethische grondslag van een uitspraak centraal staat.<sup>12</sup> Morele legitimiteit concentreert zich daarbij op de verenigbaarheid van de rechter(lijke uitspraak) met ethische normen. De rechter kan bij de beoordeling van een besluit een duidelijk standpunt innemen over een morele kwestie of juist ruimte openlaten voor verschillende morele opvattingen.<sup>13</sup> Welk perspectief of welke waarden de rechter dan onderschrijft, zal zijn morele legitimiteit beïnvloeden.

Deze verschillende benaderingen van legitimiteit – sociologisch, juridisch en moreel – kunnen daarnaast betrekking hebben op verschillende aspecten van de rechtspraak. Zo kunnen legitimiteitskwesties worden gerelateerd aan de uitspraken van de rechter, wat kan worden aangeduid als *jurisprudentiële legitimiteit*.<sup>14</sup> Enerzijds gaat het daarbij om inhoudelijke legitimiteit, waarbij gekeken wordt naar de specifieke motivering van een uitspraak en de daaronder liggende waarden.<sup>15</sup> Zou een rechter in zaken over abortus waarden kunnen onderschrijven zoals menselijke waardigheid, individuele autonomie en lichamelijke integriteit. Anderzijds betreft deze vorm van legitimiteit de wijze waarop de uitspraak is gedaan en de lijn die is uitgezet in de rechtspraak.<sup>16</sup> Daarbij kan gedacht worden aan facetten zoals precedentwerking, samenhang en consistentie van de rechtspraak, transparantie met betrekking tot de besluitvorming, heldere argumentatie, etc.

---

S.-O.-L.'E Lasser, 'Transforming Deliberations' in: N. Huls e.a. (red.), *The Legitimacy of Highest Courts' Rulings: Judicial Deliberations and Beyond*, Den Haag: T.C.M. Asser Press 2008, p.33-53, op p.38.

- 12 Fallon, *supra* noot 8, op p. 1796-1801, en A.J. Simmons, 'Justification and Legitimacy', *Ethics* 1999, afl. 109, p. 739-771, op p. 740-741. Allebei maken een onderscheid tussen minimale, maximale en intermediaire morele theorieën.
- 13 Deze verschillende opvattingen vinden hun weerslag in de theorieën van moreel fundamentalisme en moreel pluralisme. Bij moreel fundamentalisme wordt er vanuit gegaan dat er één hoogste alomvattende waarde is, terwijl vanuit het idee van moreel pluralisme er meerdere waarden zijn die beschermd zouden moeten worden en die soms in conflict met elkaar kunnen zijn. Zie in het kader van moreel pluralisme, A. Zysset, 'Legal and Moral Pluralism: A Rejoinder (in European Human Rights Law)', *Oslo Law Review* 2015, afl. 2, p. 176-199.
- 14 In sociologische termen omschreven als 'specific support' door onder meer J.L. Gibson, 'The Legitimacy of the United States Supreme Court in a Polarized Society', *Journal of Empirical Legal Studies* 2007, afl. 4, p. 507-538.
- 15 M. Loth, 'Courts in Quest for Legitimacy: A Comparative Approach', in: M. Malsch & N. van Manen (red.), *De Begrijpelijkheid van de Rechtspraak*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007, p. 15-38, op 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.
- 16 Onder meer N. Bürli, 'Amicus Curiae as a Means to Reinforce the Legitimacy of the European Court of Human Rights', in: Flogaitis e.a., *supra* noot 2, p. 135-146, op p. 144-146.



Wanneer de rechter kritiek ontvangt op zijn uitspraak, dan wordt niet alleen de legitimiteit van de uitspraak in twijfel getrokken, maar vaak ook van de rechter als instantie.<sup>17</sup> Dit soort discussies betreft dan een ander aspect van de legitimiteit van de rechter, namelijk zijn *institutionele legitimiteit*. Die houdt allereerst verband met organisatorische facetten – een goed georganiseerde rechterlijke instantie zal meer vertrouwen genieten dan een ongestructureerde en slecht functionerende organisatie. Daarnaast gaat het om de vraag hoe de rechter zich verhoudt tot andere overheidsorganen – de wetgever en het bestuur.<sup>18</sup> Een belangrijk aspect daarbij betreft de manier waarop de rechter omgaat met waarden zoals representatie, de spreiding der machten en democratische besluitvorming. Gelet daarop wordt deze discussie soms als die over democratische legitimiteit aangeduid.

De meest fundamentele legitimiteitsvragen die in het Nederlandse debat worden gesteld, lijken de rechter als instantie in relatie tot de andere overheidsorganen te betreffen. Die discussie is daarmee vooral gerelateerd aan een juridisch-morele opvatting van de notie van democratische legitimiteit.<sup>19</sup> 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 dat een democratisch representatief orgaan dit soort gevoelige keuzes maakt (morele legitimiteit). Daarnaast, of beter gezegd, hierdoor, speelt in deze kritieken ook de sociologische legitimiteit van de rechter, nu met enige regelmaat wordt aangegeven dat zijn uitspraak het vertrouwen van de politiek en het volk in de rechter kan verminderen.

17 V.C. Jackson, 'The (Myth of un)amendability of the US Constitution and the Democratic Component of Constitutionalism', *International Journal of Constitutional Law* 2015, afl. 13, p. 575-605, op p. 599. 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: Flogaitis e.a., *supra* noot 2, p. 71-95, op p. 82.

18 Zie N. Huls, 'Introduction: From Legitimacy to Leadership', in: Huls e.a., *supra* noot 11, p. 3-30.

19 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, *supra* noot 1, op 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 & A. Terlouw (red.), *Amici Curiae: Adviezen aan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens*, Nijmegen: WLP 2013, p. 89-100, op p. 95.

## 2.2. 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, de positie die hij heeft ten aanzien van de andere overheidsorganen. Deze positie van de rechter is complex, vooral doordat de rechter zich in een web van relaties bevindt. De rechter heeft zich immers te verhouden tot verschillende actoren. Naast een bepaalde verhouding tot de partijen in een zaak – een aspect dat hier buiten beschouwing wordt gelaten – kan het bijvoorbeeld gaan om de wetgever, een bestuursrechtelijk orgaan of een andere rechter. De complexiteit van de positie en de houding die de rechter in dat verband wil aannemen, zijn daarbij afhankelijk van de vraag welke relatie in een concrete zaak centraal staat. De positie van een rechter zal bijvoorbeeld anders zijn wanneer hij in hoger beroep een beroep verwerpt, dan wanneer het gaat om een lagere rechter die de juridische houdbaarheid van een wet toetst.

De relaties van een rechter kunnen worden opgedeeld in drie categorieën, die steeds mede worden bepaald door de positie die de andere actor inneemt in de democratische samenleving. De eerste categorie betreft de rol van de rechter ten opzichte van die van de andere actoren in de democratische samenleving. In feite vloeit deze set van relaties voort uit de leer van de trias politica, dus de klassieke problematiek van functionele machtenscheiding en machtenspreiding.<sup>20</sup> Als gevolg daarvan zal een rechter zich daarbij op een andere manier verhouden tot de wetgevende en de uitvoerende macht dan tot een andere rechter.

Een tweede categorie houdt verband met theorieën over constitutionalisme en pluralisme. Constitutionalisme gaat daarbij uit van een hiërarchisch ordening van de staat, waarbij het niet alleen gaat om een normenhiërarchie, maar veelal ook om rangorde binnen de besluitvormingsorganen.<sup>21</sup> Bezien vanuit dit perspectief kunnen er verhoudingen van hiërarchie bestaan, zoals bij de verhouding tussen lagere en hogere rechters.<sup>22</sup> De theorie van het pluralisme gaat juist niet uit van een hiërarchische ordening tussen de verschillende

20 Zie voor een moderne bespreking van de trias politica o.a. E. Carolan, *The New Separation of Powers: A Theory of the Modern State*, Oxford: Oxford University Press 2009 en P.A. Gerangelos, *The Separation of Powers and Legislative Interference in Judicial Process: Constitutional Principles and Limitations*, Oxford: Hart Publishing 2009, in het bijzonder p. 1-55.

21 Zie onder meer N. Krisch, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford: Oxford University Press 2010, op p. 23. De theorie van constitutionalisme wordt veelal gestoeld op de invloedrijke positivistische theorie van Kelsen, zie H. Kelsen, *Pure Theory of Law*, New Jersey: The Lawbook Exchange 2006 (*Reine Rechtslehre* 1967, vertaald door M. Knight).

22 Constitutionalisme, in een meer radicale vorm, zou maar één hoogste beslissingsorgaan toestaan, immers ‘nobody can serve two masters’, zie Kelsen, *supra* noot 21, p. 329 en 276.

normen en besluitvormingsorganen, maar stelt fragmentatie en gelijkwaardigheid voorop.<sup>23</sup> Daardoor wordt aanvaard dat meerdere normen gelijktijdig van toepassing kunnen zijn en dat sprake kan zijn van heterarchische relaties tussen verschillende overheidsinstanties.<sup>24</sup> Te denken valt aan de relaties tussen verschillende rechters die gespecialiseerd zijn op andere functionele rechtsgebieden.

De derde categorie van relaties heeft te maken met de rechtsregimes waarin actoren zich vinden.<sup>25</sup> De verhoudingen tussen het Hof uit Luxemburg of Straatsburg en de nationale rechters en overheidsinstanties worden bijvoorbeeld gekenmerkt door het feit dat deze actoren zich in verschillende rechtssystemen bevinden.<sup>26</sup> Het soort onderlinge relaties dat binnen deze categorie bestaat kan opnieuw worden beheerst door opvattingen van constitutionalisme of van pluralisme, vooral waar het gaat om situaties van meerlagigheid. In die verhouding betekent constitutionalisme dat een rechter uit het ene rechtsregime zich maar tot op zekere hoogte mag of wil uitspreken over bepaalde kwesties vanwege het bestaan van een ander rechtsregime.<sup>27</sup> Binnen de Europese Unie zal het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJEU) zich bijvoorbeeld niet bevoegd achten om zich inhoudelijk uit te laten over aangelegenheden die tot de exclusieve bevoegdheden behoren van de lidstaten. Tegelijkertijd wordt vanuit een perspectief van pluralisme vaak aangenomen dat in deze onderlinge verhouding geen van de beide rechters verheven is

- 
- 23 Zie o.m. Krisch, *supra* noot 21, op p. 23 en 69-105, M. Delmas-Marty, *Ordering Pluralism: A Conceptual Framework for Understanding the Transnational Legal World*, Oxford: Hart Publishing 2009 (*Le pluralisme ordonné, Les forces imaginantes du droit* 2006, vertaald door N. Norberg); L.L. Fuller, *The Morality of Law*, New Haven: Yale University Press (1969) 1977, op p. 110 en 122-123 en N. MacCormick, *Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in the European Commonwealth*, Oxford: Oxford University Press 1999, op p. 104 en 117-122.
- 24 De term heterarchisch is gedefinieerd als 'the relation of elements to one another when they are unranked or when they possess the potential for being ranked in a number of different ways' door C.L. Crumley, 'Heterarchy and the Analysis of Complex Societies', *Archeological Papers of the American Anthropological Association* 1995, afl. 6, p. 1-5, op p. 3.
- 25 Zie bijvoorbeeld Y. Shany, *Regulating Jurisdictional Relations Between National and International Courts*, Oxford: Oxford University Press 2007, op p. 107-122.
- 26 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', *Ars Aequi* 2012, afl. 7-8, 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)*, Brussel: Bruylant 1972, p. 103-126, op 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'.
- 27 Bijvoorbeeld, binnen de Europese Unie zal het HvJEU zich bijvoorbeeld niet bevoegd achten om zich inhoudelijk uit te laten over aangelegenheden die tot de exclusieve bevoegdheden behoren van de lidstaten.

boven de andere, zodat zij in feite in een gelijkwaardige relatie tot elkaar staan en geen van beide het laatste woord heeft.<sup>28</sup> Naast deze internationale relaties, hebben Van Gestel en Loth, in het kader van de *Urgenda*-zaak, erop gewezen dat 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>29</sup>

Deze categorieën van verhoudingen tussen de rechter en andere actoren laten zien dat er een variëteit bestaat aan relaties die rechters kunnen hebben. Binnen dit complexe web van verbindingen zal de rechter zich moeten positioneren. Dat wil niet zeggen dat de rechter steeds terughoudend moet zijn, maar het geeft wel aan dat de relaties tussen rechter en andere instituties invloed kunnen hebben op de wijze waarop hij zijn rol als rechtsprekend orgaan vervult. Bij een beoordeling van de *Urgenda*-uitspraak zou dus niet alleen gekeken moeten worden naar de rol van rechter in het licht van relaties tussen de rechter en de wetgevende en uitvoerende macht, maar bijvoorbeeld ook naar de vraag of de rechtbank af kan wijken van lijnen die zijn uitgezet 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>30</sup>

### 2.3. De functies van de rechter

Om de potentie van een procesgebaseerde toetsing door de Nederlandse rechter te kunnen inschatten, is het ten slotte nuttig om iets te zeggen over de functies van de rechter als rechtsprekend orgaan.<sup>31</sup> Daarbij kan een onderscheid worden gemaakt tussen drie functies, namelijk de conserverende, de beschermende en de ontwikkelende.

28 Zie hiervoor o.m. R. Barents, 'De voorrang van unierecht in het perspectief van constitutioneel pluralisme', *SEW* 2009, afl. 21, p. 44-53 en G. Boogaard & J. Uzman, "'Wie zijn zij, dat zij dit mogen doen?'" Over de legitimatie van de Straatsburgse rechtspraak, Preadvies Jonge Staatsrechtstag 2012.

29 Van Gestel & Loth, *supra* noot 3, par. 5.

30 Van Gestel & Loth, *supra* noot 3, par. 4.1.

31 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', *The American Journal of Comparative Law* 1998, afl. 46, p. 617-636.

In zijn *conserverende functie* treedt de rechter op als hoeder van het bestaande rechtssysteem. Zonder een goed functionerende rechter zou het immers lastig zijn om het recht binnen een democratische samenleving in stand te houden.<sup>32</sup> Deze conserverende functie omvat de wezenlijke taak van geschilbeslechting,<sup>33</sup> net als het vaak minder belichte aspect van het stabiliseren van normatieve verwachtingen.<sup>34</sup> Met zijn uitspraken scheidt de rechter immers niet alleen duidelijkheid over de interpretatie en betekenis van de wet, maar ook over wat men op basis van die wet van anderen mag verwachten.<sup>35</sup> De *beschermende functie* van de rechter houdt, daarentegen, in dat hij rechtsstatelijkheid bewaakt 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>36</sup> Op die manier beschermt de rechter individuen en groepen tegen de ‘tirannie’ van de ander en de staat. Ten slotte betreft de *ontwikkende functie* de rol van de rechter bij het verder verfijnen en uitwerken van het recht. De rechter kan deze rol op zich nemen door rechtsvorming en rechtsvinding: het formuleren van nieuwe regels,<sup>37</sup> het interpreteren van bestaande regels (waardoor een debat wordt gestimuleerd)<sup>38</sup> en het vullen van gaten in wetgeving waardoor de wetgever wordt aangespoord om actie te ondernemen<sup>39</sup> – het laatste was ook in de *Urgenda*-uitspraak het geval.

32 Zie eveneens Y. Shany, ‘Assessing the Effectiveness of International Courts: A Goal-Based Approach’, *American Journal of International Law* 2012, afl. 106, p. 225-270.

33 Shany, *supra* noot 32, op p. 245-246 en A. Von Bogdandy & I. Venzke, ‘On the Functions of International Courts: An Appraisal in Light of Their Burgeoning Public Authority’, *Leiden Journal of International Law* 2013, afl. 26, p. 49-72, op p. 53-54.

34 Zie hierover in het kader van internationale rechters Bogdandy & Venzke, *supra* noot 33, op p. 54-55. 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’, *Journal of Legal Studies* 2002, afl. 31, p. 303-326.

35 Zie voor een kort en helder overzicht van de theorieën over de rol van de wet in de sociale ordening B.Z. Tamanaha, *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford: Oxford University Press 2001, op p. 1-10 en met betrekking tot rechtspraak L.L. Fuller, ‘The Forms and Limits of Adjudication’, *Harvard Law Review* 1978, afl. 92, p. 353-409.

36 Wat betreft internationale rechters zie Shany, *supra* noot 32, op p. 246-247 en Von Bogdandy & Venzke, *supra* noot 33, op p. 57-59.

37 Zie G. Ulfstein, ‘International Courts and Judges: Independence, Interaction and Legitimacy’, *New York University Journal of International Law & Politics* 2014, afl. 46, p. 849-857, opp. 860.

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

39 In het kader van procesgebaseerde toetsing zie A. Sathanapally, ‘It’s the Journey that Matters? The Modest Promise of ‘Procedural’ Human Rights Review’, in: E. Brems & J.H. Gerards (red.), *supra* noot 1.

## 2.4. Spanningen

Uit het voorgaande 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 ook dat hij tegelijkertijd zijn functies als rechter moet (blijven) vervullen. De keuzes die hij daarbij maakt, hangen nauw samen met de rechterlijke legitimiteit. De legitimiteit van de rechter kan bijvoorbeeld in het gedrang komen als de rechter bij zijn beoordeling van wetgeving tot een inhoudelijk andere belangenafweging komt dan de wetgever. Mogelijk heeft de rechter dan immers onvoldoende rekening gehouden met zijn positie ten opzichte van de wetgever. 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 taken uitoefent en of hij wel recht doet aan zijn relatie tot het EHRM. Ook dat kan op zijn beurt weer leiden tot vragen over legitimiteit.

Natuurlijk is het niet zo dat elke rechter in elke zaak zich bewust is en hoeft te zijn van deze spanningsverhoudingen en legitimiteitskwesaties. Vele zaken zijn eenvoudig te beslechten op basis van de wet of de lijn uitgezet in eerdere jurisprudentie. Niettemin zijn er zaken waar de functie-uitoefening door de rechter leidt tot kritiek, zoals het geval was bij de *Urgenda*-zaak. Over het algemeen zal het gaan om zaken waarin de wet onduidelijk is of waarin de rechter wordt gevraagd de juridische houdbaarheid van wetgeving of beleidsvoering te toetsen,<sup>40</sup> of om zaken die in meer Dworkiniaanse zin als ‘hard cases’ kunnen worden aangeduid<sup>41</sup> en waarbij redelijk denkende mensen tot tegengestelde uitkomsten kunnen komen. In zaken over fundamentele rechten zijn dit soort ingewikkeldheden vaak zichtbaar, nu daarin regelmatig debat mogelijk is op basis van juridische, democratische of morele gronden. De rechter wordt daarin dan ook bij uitstek uitgedaagd om een balans te vinden tussen de verschillende hiervoor benoemde gezichtspunten.

In dit soort zaken kan het problematisch zijn als een rechter zich al te 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. In hoeverre zou de rechter, bijvoorbeeld, in de *Urgenda*-zaak

40 Met name het toonaangevende werk van Tushnet en Waldron; zie onder meer M. Tushnet, ‘Non-Judicial Review’, *Harvard Journal on Legislation* 2003, afl. 40, p. 456-492 en J. Waldron, ‘Moral Truth and Judicial Review’, *The American Journal of Jurisprudence* 1998, afl. 43, p. 75-97.

41 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: Leiden University Press 2007, p. 121-136 en R. Dworkin, ‘Hard Cases’, *Harvard Law Review* 1975, afl. 88, p. 1057-1109.

de beleidskeuzes van de wetgever moeten herzien, terwijl daar op basis van het recht onvoldoende expliciete grondslag voor lijkt te zijn en politieke en morele gevoeligheden geen eenduidige benadering toestaan? Het is die vraag waarop de rechter zelf steeds een adequaat antwoord moet zien te geven.

### 3. PROCEDURELE TOETSING ALS OPLOSSING? HET VOORBEELD VAN HET EHRM

#### 3.1. Inleiding

Eén manier waarop de rechter met de hierboven besproken problemen om zou kunnen gaan is procesgebaseerde of procedurele toetsing.<sup>42</sup> Zoals in de inleiding al aangegeven, onderzoekt de rechter bij deze vorm van toetsing niet zozeer de inhoudelijke redelijkheid van een besluit of wettelijke regeling, maar baseert hij de uitspraak, of een deel daarvan, op de kwaliteit van de daaraan voorafgaande besluitvormingsprocedure.<sup>43</sup> 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 daarin 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>44</sup> Ten aanzien van het EHRM is deze vorm van toetsing dan ook wel gekarakteriseerd als een middenweg tussen eerbiediging van de besluiten van staten ('deference') en het garanderen van de individuele mensenrechtenbescherming.<sup>45</sup>

De vraag die logischerwijs opkomt is wat zo'n procesgebaseerde toetsing dan zou kunnen inhouden. Om daarvan een beeld te geven, geeft deze paragraaf een kort overzicht van de toepassing door het EHRM hiervan. Daaruit zal blijken dat procedurele toetsing zeker potentie heeft om ook op nationaal niveau te worden toegepast, maar dat de bijdrage aan het oplossen van de eerder geschetste spanningsverhoudingen ook samenhangt met de manier waarop aan procedurele toetsing invulling wordt gegeven.

---

42 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', *European Constitutional Law Review* 2013, afl. 9, p. 230-262, op p. 323.

43 Zie nader hierover ook I. Bar-Siman-Tov, 'Semiprocedural Judicial Review', *Legisprudence* 2012, afl. 6, p. 271-300.

44 Gerards, *supra* noot 1.

45 Zie Popelier, *supra* noot 1, p. 251-254.

### 3.2. Procedurele verplichtingen

Om te kunnen beoordelen of een besluit via een zorgvuldige en goede besluitvormingsprocedure tot stand is gekomen, is het allereerst nodig om de eisen en voorwaarden te formuleren waaraan zo'n procedure dan zou moeten voldoen. Deels vloeien die logisch voort uit algemene noties als die van procedurele zorgvuldigheid en rechtsstatelijkheid. Het behoeft bijvoorbeeld nauwelijks betoog dat transparantie, participatie, het afleggen van verantwoording, en het beantwoorden aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur, behoorlijke wetgeving of een goede procesorde belangrijke parameters zijn voor goede besluitvorming.

Het EHRM heeft in zijn rechtspraak een aantal van deze factoren nader benoemd. Soms doet het dat in heel algemene zin, zoals bij het noemen van algemene vereisten van machtscheiding, rechtszekerheid, transparantie van regelgeving en het niet uitsluiten van minderheidsgroepen van het politieke debat.<sup>46</sup> In andere gevallen heeft het vrij concrete verplichtingen geformuleerd.<sup>47</sup> Zo zijn er in de Straatsburgse rechtspraak verplichtingen te vinden tot informatievoorziening bij ingrijpende omgevingsrechtelijke besluiten,<sup>48</sup> of tot het vaststellen van eenduidige regelgeving over 'informed consent' bij geneeskundige behandelingen.<sup>49</sup> Daarnaast heeft het Hof allerlei eisen gesteld van procedurele zorgvuldigheid bij de rechtspraak, variërend van regels rondom onafhankelijkheid en onpartijdigheid van rechters<sup>50</sup> tot minimale eisen van motivering<sup>51</sup> en zorgvuldige omgang met deskundigenbewijs.<sup>52</sup>

46 Zie voor een nadere analyse D. Kosar, 'Policing Separation of Powers: A New Role for the European Court of Human Rights?', *European Constitutional Law Review* 2012, afl. 8, p. 33-62 en H.M. ten Napel, 'The European Court of Human Rights and Political Rights: The Need for More Guidance', *European Constitutional Law Review* 2009, afl. 5, p. 464-480. Voor voorbeelden uit de rechtspraak, zie nader Gerards, *supra* noot 1, par. 2.2.

47 Zie voor een vollediger overzicht Gerards, *supra* noot 1, par. 2.3.1.

48 EHRM (GK) 30 november 2004, nr. 48939/99 (Öneryildiz t. Turkije), *EHRC* 2005/10 m.nt. red., *NJ* 2005/210, m.nt. E.A. Alkema, *AB* 2005/43, m.nt. A.J.Th. Woltjer, par. 90; zie uitgebreid hierover ook D.G.J. Sanderink, *Het EVRM en het materiële omgevingsrecht*, Kluwer: Deventer 2015, pp. 287 e.v.

49 Bijv. EHRM 2 juni 2009, nr. 31675/04 (Codarcea t. Roemenië), *EHRC* 2009/96 m.nt. Hulst, par. 102 e.v.; zie nader J.H. Gerards, 'De EHRM-rechtspraak als richtsnoer. Een reality check aan de hand van de wetsvoorstellen over gedwongen zorg', *NTM/NJCM-Bull.* 2015, afl. 40, p. 296-315, pp. 306 e.v.

50 Zie reeds EHRM 23 juni 1981, nrs. 6878/75 en 7238/75 (Le Compte, Van Leuven en De Meyer t. België), *NJ* 1982/602, par. 55; EHRM (GK) 6 mei 2003, nrs. 39343/98 e.a. (Kleyn e.a. t. Nederland), *NJ* 2004/15, m.nt. P.J. de Boon, *AB* 2003/211, m.nt. L.F.M. Verhey & B.W.N. de Waard, *EHRC* 2003/54, m.nt. J.H. Gerards, *JB* 2003/119, m.nt. A.W. Heringa.

51 Zie reeds EHRM (GK) 21 januari 1999, nr. 30544/96 (Garcia Ruiz t. Spanje), *JB* 1999/42, m.nt. A.W. Heringa, par. 26.

52 Bijv. EHRM 2 oktober 2012, nr. 41242/08 (Plesó t. Hongarije), *EHRC* 2013/9, *NJ* 2014/245, m.nt. J. Legemaate.



Via het formuleren van dit soort verplichtingen heeft het EHRM geleidelijk aan duidelijk gemaakt wanneer besluitvormingsprocedures op nationaal niveau als goed en zorgvuldig kunnen worden aangeduid. Achter het op deze manier benadrukken van de noodzaak tot procedurele zorgvuldigheid gaan verschillende rationales schuil.<sup>53</sup> Deels lijkt het Hof er vanuit te gaan dat betere procedures en zorgvuldigere besluitvorming leiden tot betere uitkomsten, en daarmee tot minder problematische inbreuken op de fundamentele rechten.<sup>54</sup> Voor een ander deel kan worden aangenomen dat procedurele zorgvuldigheid een inherente waarde vertegenwoordigt voor de rechtsstaat.<sup>55</sup> Alleen al daarom verdient de kwaliteit en goede inrichting van procedures en van regelgeving al de bijzondere aandacht van het EHRM.<sup>56</sup> Daarmee sluiten deze procedurele vereisten aan bij de hiervoor, in par. 2.3, benoemde functies van de rechter, voornamelijk de conserverende en beschermende functie. Door goed oog te houden voor de kwaliteit van procedures draagt de rechter immers bij aan het in stand houden van een goed rechtssysteem, terwijl er bovendien (in ieder geval tot op zekere hoogte) vanuit mag worden gegaan dat goede procedures leiden tot besluiten die de individuele rechtspositie zoveel mogelijk respecteren en beschermen.

In nauw verband hiermee staat het gegeven dat procedurele zorgvuldigheid in de vorm van ‘procedural fairness’ helpt bij de acceptatie van rechterlijke beslissingen, al vallen die uit in het nadeel van de betrokkene.<sup>57</sup> Het Hof levert, in ieder geval vanuit een sociologisch perspectief, daarmee een bijdrage aan de jurisprudentiële legitimiteit. Duidelijk is ook dat dit soort eisen van nut is voor de verbetering van de institutionele en democratische legitimiteit van besluitvorming en van wetgeving (al kan het stellen van al te hoge en te specifieke eisen ook worden opgevat als bemoeizucht van het Hof, zoals we hierna nog verder zullen bespreken).<sup>58</sup>

### 3.3. Modaliteiten van procedurele toetsing door het EHRM

Als keerzijde van de procedurele verplichtingen die het EHRM aan de staten heeft opgelegd, kan het EHRM consequenties verbinden aan het al dan niet

53 Zie voor een mooi overzicht E. Brems, ‘The “logics” of procedural-type review by the European Court of Human Rights’, in: E. Brems & J.H. Gerards (red.), *supra* noot 1.

54 Dit is de rationale van ‘processefficiency’; zie J. Christoffersen, *Fair Balance: Proportionality and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden: Martinus Nijhoff 2009, opp. 462; zie verder Brems, *supra* noot 53, par. 2.

55 Vgl. bijv. Fuller, *supra* noot 23.

56 Zie nader Brems, *supra* noot 53, par. 2.3.

57 Brems, *supra* noot 53, par. 2.4.

58 Zie nader A. Nussberger, ‘Procedural Review by the ECHR – View From the Court’, in: E. Brems & J.H. Gerards (red.), *supra* noot 1.

naleven daarvan. In de rechtspraak van het EHRM kunnen daarbij grofweg drie verschillende modaliteiten of gradaties worden onderscheiden.<sup>59</sup>

Het meest vergaand is de situatie waarin het Hof zijn eindoordeel over de voorgelegde zaak rechtstreeks en uitsluitend baseert op argumenten die zijn gerelateerd aan procedurele zorgvuldigheid. Dit is een relatief zeldzaam situatietype: in veruit de meeste gevallen onderzoekt het Hof ook de inhoudelijke redelijkheid van een besluit. Toch zijn er gevallen waarin het Hof aan die inhoudelijke beoordeling niet meer toekomt, omdat het al heeft kunnen vaststellen dat de besluitvorming zelf gebrekkig was. In het bijzonder beperkt het Hof zich soms tot het constateren van een schending van een procedurele positieve verplichting, bijvoorbeeld die tot het vaststellen van duidelijke beleidsregels of uitvoeringsmaatregelen.<sup>60</sup>

Ook denkbaar, maar in de praktijk nog zeldzamer, is de omgekeerde situatie. Het Hof neemt dan juist aan dat geen sprake is van een schending van het EVRM omdat de nationale besluitvorming zo zorgvuldig is geweest. Die benadering koos het bijvoorbeeld in de zaak *Maurice t. Frankrijk*, waar een wettelijke compensatieregeling bij 'wrongful birth' volgens het Hof het resultaat was van een buitengewoon uitgebreid, intensief en zorgvuldig wetgevingsproces.<sup>61</sup> Gelet daarop zag het Hof vervolgens geen reden meer om het resultaat inhoudelijk te toetsen, nu het immers geen betere belangenafweging kon maken dan de Franse wetgever al had gedaan.<sup>62</sup>

Veel meer voorkomend is een tweede modaliteit, namelijk die waarin het Hof weliswaar bepaalde gevolgtrekkingen verbindt aan procedurele zorgvuldigheid, maar die niet doorslaggevend zijn voor de uitkomst. De beoordeling van de nationale procedure geeft dan vooral een argument om uiteindelijk de inhoud van het besluit meer of minder terughoudend te toetsen. Houdt een nationaal bestuursorgaan bijvoorbeeld te weinig rekening met de procedurele en zorgvuldigheidscriteria die het Hof in zijn rechtspraak heeft geformuleerd, dan zal het Hof daar uiterst kritisch over zijn. In de zaak *Czaja t. Polen*, bijvoorbeeld, wees het erop dat de overheid volgens vaste rechtspraak van het Hof bij intrekking van pensioenen moet handelen in overeenstemming met de

59 Zie veel uitgebreider Gerards, *supra* noot 1, par. 3 en 4; voor het doel van de onderhavige bijdrage is een andere indeling gemaakt, maar deze is gebaseerd op het eerder geanalyseerde materiaal.

60 Zie bijv. EHRM (GK) 16 december 2010, nr. 25579/05 (A., B. en C. t. Ierland), EHRC 2011/40, m.nt. A.C. Hendriks & J.H. Gerards, NJ 2011/216, m.nt. E.A. Alkema en EHRM 14 mei 2013, nr. 67810/10 (Gross t. Zwitserland), EHRC 2013/152, m.nt. Hendriks. Zie voor nadere voorbeelden Gerards, *supra* n. 1, par. 4.3.

61 EHRM (GK) 6 oktober 2005, nr. 11810/03 (Maurice t. Frankrijk), NJ 2006/464, m.nt. P.J. Boon.

62 Idem, par. 124.

algemene beginselen van behoorlijk bestuur.<sup>63</sup> In het onderhavige geval hadden de autoriteiten ontdekt dat bij het toekennen van een pensioen een fout was gemaakt, maar ze hadden nagelaten dat meteen en op een nette manier recht te zetten.<sup>64</sup> Volgens het Hof had dat wel gemoeten. Een schending van het EVRM was dan vrij gemakkelijk vast te stellen, zelfs zonder dat het Hof naar de inhoudelijke redelijkheid van de intrekking zou kijken. Toch doet het Hof dat in dit soort zaken wel. In *Czaja* onderzocht het bijvoorbeeld of het verlies van het pensioen tot een individuele last voor de klager leidde, gelet op de bijzondere omstandigheden waarin hij verkeerde. De tekortkoming in procedurele zorgvuldigheid had daarbij wel belangrijke consequenties voor de beoordeling. Waar normaal gesproken het Hof in socialezekerheidskwesties heel terughoudend is en zelden een schending aanneemt,<sup>65</sup> was de toetsing hier aanmerkelijk strenger en concludeerde het Hof dat art. 1 Eerste Protocol EVRM was geschonden.

Ook komt het voor dat een nationale wetgever, bestuursorgaan of rechter juist heel zorgvuldig zijn geweest in hun overwegingen en de criteria van het Hof uitdrukkelijk in hun eigen overwegingen hebben betrokken. In dat geval impliceert deze tweede modaliteit van procesgebaseerde toetsing vooral een terughoudende inhoudelijke toets. Daarbij heeft het Hof, zoals het zelf zegt, ‘strong reasons’ nodig om zijn eigen oordeel in de plaats te stellen van dat van de nationale autoriteiten.<sup>66</sup> Ook hier beoordeelt het Hof vervolgens nog inhoudelijk of de bereikte uitkomst door de beugel kan, waarmee de procedurele zorgvuldigheid hier dus niet doorslaggevend is voor het oordeel over EVRM-conformiteit.<sup>67</sup> De inhoudelijke beoordeling is dan echter beperkt tot de vaststelling of sprake is van een ‘manifest error or appreciation’.<sup>68</sup> In dat

63 EHRM 2 oktober 2012, nr. 5744/05 (*Czaja t. Polen*), *EHRC* 2012/227 m.nt. A.E.M. Leijten, *AB* 2013/29, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, par. 70.

64 *Czaja*, par. 71.

65 Zie nader A.E.M. Leijten, ‘From Stec to Valkov: Possessions and Margins in the Social Security Case Law of the European Court of Human Rights’, *Human Rights Law Review* 2013, afl. 13, p. 309-349.

66 Zie al EHRM 12 juni 2012, nr. 39401/04 (*MGN Limited t. het Verenigd Koninkrijk*), *EHRC* 2011/69 m.nt. S. Smet & D. Voorhoof, par. 150 en 155, later bevestigd in de bekendere zaak *Von Hannover (Nr. 2) t. Duitsland*, EHRM 7 februari 2012, nrs. 40660/08 en 60641/08, *EHRC* 2012/72, m.nt. R. de Lange & J.H. Gerards, *NJ* 2013/250, m.nt. E.J. Dommering, par. 107.

67 Zie voor een aantal voorbeelden Gerards, *supra* n. 1, par. 4.2.

68 EHRM 14 februari 2012, nr. 31965/07 (*Hardy & Maile t. het Verenigd Koninkrijk*), *EHRC* 2012/103. De procedurele zorgvuldigheid soms ook een factor te zijn in de afweging, die maakt dat een inbreuk sneller toelaatbaar is; vgl. bijv. EHRM (GK) 22 april 2013, nr. 48876/08 (*Animal Defenders International t. het Verenigd Koninkrijk*), *EHRC* 2013/149, m.nt. J.H. Gerards, par. 116. Zie hierover uitgebreider O.M. Arnardóttir, ‘Organised Retreat? The Move from “Substantive” to “Procedural” Review in the ECtHR’s Case Law on the Margin of Appreciation’, *European Society of International Law 2015 Annual Conference*, [ssrn.com/abstract=2709669](http://ssrn.com/abstract=2709669).

geval zal het Hof maar zelden geneigd zijn zijn eigen oordeel in de plaats te stellen van dat van de nationale instanties.

Een derde en laatste modaliteit is zichtbaar in de gevallen waarin het Hof wel procedurele argumenten noemt, maar ze geen bijzondere waarde lijken te hebben voor de uitkomst van de zaak. Een voorbeeld van deze benadering is te vinden in *Lindheim t. Noorwegen*, een zaak over pachtwetgeving.<sup>69</sup> Het Hof besteedde in zijn uitspraak veel aandacht aan het zorgvuldige wetgevingsproces; ook gaf het expliciet aan te waarderen dat de Noorse Hoge Raad de criteria uit de EHRM-rechtspraak expliciet in zijn overwegingen had betrokken in de nationale procedure over de litigieuze bepalingen.<sup>70</sup> Vervolgens ging het Hof over tot een eigen onderzoek van de belangen in de zaak. Daarbij kende het een ander gewicht toe aan bepaalde factoren dan de nationale autoriteiten hadden gedaan, wat resulteerde in de constatering van een schending van het EVRM. Die beoordeling werd daarbij niet zichtbaar of rechtstreeks gedragen door de overwegingen over de procedurele zorgvuldigheid op nationaal niveau.<sup>71</sup> Hoewel deze modaliteit niet zoveel toegevoegde waarde lijkt te hebben, past die wel in de argumentatieve traditie van het Hof.<sup>72</sup> Daarbij werpt het een soort 'net' van argumenten uit,<sup>73</sup> die allemaal ogenschijnlijk van even groot belang zijn. Het procedurele argument is er dan maar één te midden van vele, maar samen met de andere argumenten ondersteunt het toch de uitkomst van de procedure.

### 3.4. De potentie van procedurele toetsing voor het EHRM

Het EHRM heeft zelf aangegeven te hopen dat dit soort modaliteiten van procesgebaseerde toetsing een zekere 'feedback loop' opleveren.<sup>74</sup> Daarbij lijkt de

69 EHRM 12 juni 2006, nrs. 13221/08 & 2139/10 (*Lindheim e.a. t. Noorwegen*), *EHRC* 2012/173, m.nt. Spath, *NJ* 2014/1, m.nt. P.C.E. van Wijmen.

70 *Lindheim*, par. 135.

71 Vgl. ook A. Kavanagh, 'Proportionality and Parliamentary Debates: Exploring Some Forbidden Territory', *Oxford Journal of Legal Studies* 2014, afl. 34, p. 443-479. De spiegelbeeldige situatie, waarbij het EHRM enige waarde hecht aan het *ontbreken* van zorgvuldige besluitvorming maar dit niet doorslaggevend is, is te zien in EHRM (GK) 6 oktober 2005, nr. 74025/01 (*Hirst (Nr. 2) t. het Verenigd Koninkrijk*), *EHRC* 2005/115, m.nt. J.L.W. Broeksteeg, op p. 234, *NJCM-Bull.* 2005, m.nt. H. Sackers, par. 79-80.

72 Zie daarover nader S. Smet, *Resolving Conflicts between Human Rights: A Legal Theoretical Analysis in the Context of the ECHR* (diss. Universiteit Gent 2014) en J.H. Gerards, 'European Court of Human Rights', in: A. Jákab, A. Dyevre & G. Itzcovich (red.), *Comparative Constitutional Reasoning*, Cambridge: Cambridge University Press (te verschijnen).

73 Zie voor dit beeld Smet, *supranoot* 72.

74 Zie *Contribution of the Court to the Brussels Conference*, 26 January 2015, par. 6 en vgl. R. Spano, 'Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity', *Human Rights Law Review* 2014, afl. 14, p. 487-502, op p. 498 (Spano is de

veronderstelling dat nationale autoriteiten meer geneigd zijn tot verbetering van hun besluitvormingsprocedures als duidelijk is dat zorgvuldig handelen wordt beloond (door een terughoudender toetsing), terwijl onzorgvuldig handelen wordt afgestraft (door al snel een schending te vinden van het EVRM). Als op nationaal niveau de besluitvormingsprocedures verbeteren, zo luidt de volgende veronderstelling, zullen uiteindelijk minder ongerechtvaardigde inbreuken op EVRM-rechten worden gemaakt.<sup>75</sup> Of deze veronderstellingen correct zijn, is vooralsnog een open vraag.<sup>76</sup> Er is nog geen empirisch onderzoek gedaan naar de causale verbanden tussen verbeteringsprocessen bij regelgeving en nationale rechtspraak en de rechtspraak van het EHRM, net zomin als naar de vraag of die verbeteringen uiteindelijk leiden tot een hoger niveau van grondrechtenbescherming. Of dat laatste het geval is, lijkt in ieder geval geen gegeven – het is immers nog maar de vraag of een kwalitatief goede procedure ook altijd leidt tot een rechtvaardig besluit,<sup>77</sup> en bovendien kan te veel aandacht voor procedures leiden tot ‘windowdressing’ en overmatig formalisme op nationaal niveau.

Dit betekent dat de potentie van procesgebaseerde toetsing moeilijk te beoordelen is vanuit empirisch perspectief. Op basis van de rechtstheoretische uiteenzetting in par. 2 kunnen we echter wel degelijk iets zeggen over de waarde van procesgebaseerde toetsing vanuit een perspectief van legitimiteit, positiebepaling en functie-uitoefening.<sup>78</sup> De inhoudelijke beoordelingen van ‘hard cases’ door het EHRM stuiten vaak op kritiek van uiteenlopende aard. Soms richt die zich op institutionele legitimiteit, waarbij twijfel wordt uitgesproken over de onpartijdigheid en kwaliteit van de rechters die in Straatsburg zetelen.<sup>79</sup> In andere gevallen richt die zich op democratische legitimiteit, waarbij het problematisch wordt gevonden dat het EHRM zich van grote afstand bemoeit met formele wetgeving.<sup>80</sup> In weer andere situaties is de kritiek moreel van aard, en zijn critici het niet eens met de waarden die tot

---

IJslandse rechter in het EHRM).

75 Zie over deze feedback loop Christoffersen, *supra* noot 54, p. 463 en Brems, *supra* n. 53, par. 2.1.

76 Al wordt er in toenemende mate onderzoek naar gedaan, vooral in EU-rechtelijk verband; zie bijv. de bijdrage van Kartner en Meuwese aan E. Brems & J.H. Gerards (red.), *supra* noot 1 en zie A. Alemanno, ‘A Meeting of Minds on Impact Assessment. When Ex Ante Evaluation meets Ex Post Judicial Control’, *European Public Law* 2011, afl. 17, p. 485-505.

77 Zie bijvoorbeeld Nussberger, *supra* noot 58 en Kavanagh, *supra* noot 71.

78 Brems noemt dit de ‘subsidiarity rationale’ voor procesgebaseerde toetsing; Brems, *supra* noot 53, par. 2.2.1.

79 Zie nader Steering Committee for Human Rights (CDDH), *Report on the longer-term future of the system of the European Convention on Human Rights*, Straatsburg 11 december 2015, CDDH(2015)R84 Addendum 1, par. 100 e.v.

80 Zie voor een overzicht van dergelijke kritiek J.H. Gerards & A.B. Terlouw, ‘Inleiding’, in *Amici Curiae*, *supra* noot 19, par. 8-9.

uitdrukking komen in uitspraken over onderwerpen als godsdienstvrijheid of abortus. Die legitimiteitskritieken houden steeds nauw verband met het complexe web van relaties waarin het EHRM zich als supranationaal Hof beweegt.<sup>81</sup> Het heeft zich daarbij te verhouden tot nationale wetgevers en bestuursorganen en tot nationale rechters, maar bijvoorbeeld ook tot het HvJEU en tot internationale (semi-)rechterlijke instanties. Naast het rekening houden met deze verhoudingen (bijvoorbeeld door in de reikwijdte van de beoordelingsmarge van staten te variëren), moet het EHRM niet alleen recht doen aan zijn beschermende functie (door het beoordelen van individuele klachten over inbreuken op grondrechten), maar ook aan zijn ontwikkelende functie (door de bepalingen van het EVRM verder uit te leggen en te verfijnen).<sup>82</sup>

Voor een Hof dat zich in een zo complex veld moet bewegen, biedt de procedurele toetsing een bij uitstek interessant instrument. Dat geldt vooral wanneer kwesties sterk moreel beladen zijn of uiterst gevoelig liggen in een bepaalde staat. Als het dan, zoals in de hierboven besproken zaak *Maurice*, tot de conclusie komt dat een wetgevings- of besluitvormingsproces voldoende zorgvuldig is geweest, hoeft het hoogstens nog licht te toetsen of de uitkomst niet kennelijk onredelijk was. Andersom kan het de inhoudelijke bal terugspelen naar de nationale autoriteiten als een beslissing onvoldoende zorgvuldig is voorbereid. Het kan dan een schending van het EVRM vinden zonder al te zwaar naar de inhoud te kijken. Kritiek van morele aard of over zijn democratische legitimiteit kan het Hof daardoor vermijden, terwijl het zijn beschermende functie nog steeds blijft uitoefenen.<sup>83</sup>

Toch is de procedurele benadering van het Hof niet zonder kritiek gebleven.<sup>84</sup> Gewezen is bijvoorbeeld op het feit dat procedurele toetsing ook heelingrijpend kan zijn. Rusland heeft het Hof bijvoorbeeld niet in dank afgenomen dat het in de zaak *Konstantin Markin* – over ouderschapsverlof voor militairen – stevige kritiek uitte op de manier waarop het Russische constitutionele hof deze kwestie had beoordeeld.<sup>85</sup> Het effect was daardoor eerder averechts. Het Hof is bovendien verweten dat het te weinig zicht heeft op de kwaliteit van

81 Zie voor een nadere analyse ook P. Popelier & S. Lambrechts (red.), *Criticism of the European Court of Human Rights. Shifting the Convention System: Counter-dynamics at the National and EU Level*, Antwerpen: Intersentia, (te verschijnen).

82 Dit is in ieder geval het uitgangspunt dat het Hof zelf standaard hanteert; zie reeds EHRM 18 januari 1978, nr. 5310/71 (Ierland t. het Verenigd Koninkrijk), par. 154.

83 Zie hierover ook Bar-Siman-Tov, *supra* noot 49, p. 1940; Popelier, *supra* noot 1; Popelier & Van de Heyning, *supra* noot 49.

84 Een uitgebreid overzicht van kritieken is te vinden bij Bar-Siman-Tov, *supra* noot 49.

85 De kritiek was alleen verwoord in de kamerbeslissing (EHRM 22 maart 2012, nr. 30078/06, EHRC 2011/4, m.nt. J.H. Gerards) en kwam, nadat hogere voorziening was gevraagd, niet meer terug in de uitspraak van de Grote Kamer het EHRM. Zie nader Nussberger, *supra* noot 58.

de nationale besluitvorming of op de daarbij geldende gewoonten; vanuit dat perspectief zou het zich beter bij zijn inhoudelijke mensenrechtenleest kunnen houden.<sup>86</sup> Bij de toetsing van de procedurele zorgvuldigheid van rechterlijke uitspraken is het Hof er ook meer dan eens van beschuldigd dat het zich als ‘rechter in vierde instantie’ gedraagt, en zich te veel bemoeit met de nationale rechterlijke besluitvorming.<sup>87</sup> Ten slotte is er op gewezen dat het Hof door een al te sterk procedurele benadering onvoldoende invulling zou geven aan zijn ontwikkelende functie.<sup>88</sup> Natuurlijk kan het Hof nationale rechters erop afrekenen dat zij de inhoudelijke toetsingsmaatstaven van het Hof onvoldoende in acht hebben genomen, maar dan moeten die maatstaven wel duidelijk zijn. Het verhelderen en ontwikkelen van criteria, factoren en gezichtspunten vergtechter een inhoudelijke toelichting en argumentatie van het Hof. Het kan dus niet altijd volstaan met een puur procedurele benadering (zoals bij de eerste modaliteit, zie par. 3.3), maar zal ook inhoudelijk actief moeten blijven.

### 3.5. Conclusie

Gelet op deze korte bespreking van de rechtspraak van het EHRM kan worden geconcludeerd dat procedurele toetsing zeker potentie heeft voor onder meer de beoordeling van ‘hard cases’ op het terrein van de fundamentele rechten, gezien vanuit de gezichtspunten van legitimiteit, positie en functies van het EHRM. Die potentie lijkt daarbij vooral te kunnen worden verwezenlijkt bij de tweede modaliteit van procesgebaseerde toetsing, waarbij procedurele zorgvuldigheid een zwaarwegend element vormt in de beoordeling, zonder een inhoudelijke toetsing volledig te vervangen.<sup>89</sup>

## 4. CONCLUSIE: POTENTIE VAN PROCEDURELE TOETSING VOOR DE NEDERLANDSE RECHTSPRAAK

Ons doel voor deze bijdrage was om na te gaan of procedurele toetsing potentie heeft voor de Nederlandse rechtspraak in ‘hard cases’. Die vraag hebben we niet op basis van empirische vaststellingen beantwoord, maar aan de hand van de rechtstheoretische gezichtspunten van legitimiteit, positie en functies van de rechter. Vanuit die gezichtspunten gezien heeft een methode potentie als die kan helpen de rechter effectief zijn functies te laten vervullen, zonder dat dit leidt tot spanningen met andere staatsmachten of rechters, en zonder dat

<sup>86</sup> Nussberger, *supra* noot 58.

<sup>87</sup> Nussberger spreekt in dit verband van het risico van ‘micro-justice’, *supra* noot 58.

<sup>88</sup> Vgl. ook Nussberger, *supra* noot 58, die er ook op wijst dat het voor rechtzoekenden onbevredigend kan zijn als hun inhoudelijke argumenten onbeantwoord blijven.

<sup>89</sup> Brems noemt dit ‘substance-flavoured procedural review’, *supra* noot 53, par. 3.1.

dit leidt tot legitimiteitskritiek. Aan de hand van de werkwijze van het EHRM hebben we laten zien dat procesgebaseerde toetsing deze potentie inderdaad heeft, mits de modaliteit daarvan zorgvuldig wordt gekozen. Procedurele toetsing zou inhoudelijke toetsing bijvoorbeeld niet zonder meer mogen vervangen en er moet voldoende ruimte blijven voor ontwikkeling van grondrecht-doctrines en -concepten.

Ook als de Nederlandse rechter gevraagd wordt om wetgeving of besluiten te toetsen of zich uit te spreken in 'hard cases', zou gekozen kunnen worden voor een toetsing waarbij rekening wordt gehouden met het besluitvormingsproces. Bestuursrechters dienen bijvoorbeeld te toetsen of bij een bestuurlijke of wettelijke belangenafweging alle relevante belangen zijn verzameld en meegewogen, zonder de inhoudelijke waarde van die belangen zelf te wegen of de wetgevende belangenafweging volledig over te doen.<sup>90</sup> Niet alle rechters zullen echter gebruik kunnen maken van deze methode. Een civiele rechter die eigenstandig een afweging moet maken tussen de vrijheid van meningsuiting en de bescherming van iemands eer en goede naam, heeft weinig voorhanden waarvan hij de procedurele correctheid kan toetsen. Noodzakelijkerwijs zal hij dus zelf een afweging moeten maken. Bruikbaar lijkt de methode wanneer de civiele rechter zich uit moet spreken in zaken aangaande overheidsinstanties, bijvoorbeeld in kwesties van aansprakelijkheid als gevolg van uitvoeringsbesluiten of wetgeving. Daarbij komt de positie van de rechter ten aanzien van deze andere overheidsinstanties immers centraal te staan. Desalniettemin lijkt deze methode lastig in een zaak zoals *Urgenda*, omdat het daar niet gaat om een concreet aangevochten besluit of regeling, maar juist om een nalaten van de Nederlandse overheid. Met een procedurele toets kan de rechter niet beoordelen of het redelijk is om de Nederlandse Staat een bevel te geven om de uitstoot van CO<sub>2</sub> met minimaal 25% te verminderen. Toch kunnen de 'lichtere' modaliteiten zoals het EHRM die hanteert hierbij nog wel een rol spelen. Zo zou de rechter enige waarde hebben kunnen hechten aan de wijze waarop de Staat in het gehele proces van vermindering van uitstoot is opgetreden. Zou daarbij van grote activiteit en zorgvuldigheid zijn gebleken, dan was er misschien minder reden geweest voor de rechter om in te grijpen en een bevel te geven.<sup>91</sup> Op zichzelf zou dat een bijdrage kunnen leveren aan de legitimatie van deze uitspraak.

90 Dit doen ze tot op zekere hoogte ook al, bijvoorbeeld bij toepassing van het specialiteitsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel; vgl. J.H. Gerards, 'Het evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 lid 2 Awb en het Europese recht', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & E. Steyger (red.), *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, p. 73-113, opp. 102-104.

91 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 wel degelijk een belangenafweging heeft gemaakt, maar op basis van de



Ook voor de Nederlandse rechtspraak is procesgebaseerde toetsing dus interessant, nu de ook Nederlandse rechter steeds vaker wordt uitgedaagd om zich op een juiste wijze te verhouden tot de andere overheidsorganen.<sup>92</sup> Dit geldt niet alleen voor de bestuursrechter, die al in grote mate gebruik maakt van procedurele toetsing, maar juist ook voor de burgerlijke rechter zoals in de *Urgenda*-zaak en de strafrechter. Dit wil echter nog niet zeggen dat deze vorm van rechterlijke toetsing altijd een belangrijke rol zal kunnen en moeten spelen, procesgebaseerde toetsing heeft in ieder geval de potentie om in controversiële zaken de rechter te helpen bij het vinden van zijn weg op het spanningsveld van legitimititeit, positiebepaling en functieuitoefening.

---

wetenschappelijke bevindingen in de klimaatrapporten, kan de vraag worden gesteld of dat voldoende zorgvuldig is gebeurd.

92 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. D.J. Veegens.