

Constitutioneel procesrecht

Over Nederlandse constitutionele
rechtspraak, rechterlijke grensbepaling en
procesrechtelijke modificatie

Constitutional Procedure
On Constitutional Adjudication in the Netherlands, the
Limits of the Judicial Role, and Procedural Change
(with a summary in English)

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan de
Universiteit Utrecht
op gezag van de
rector magnificus, prof. dr. H.R.B.M. Kummeling,
ingevolge het besluit van het College voor Promoties
in het openbaar te verdedigen op

vrijdag 10 januari 2025 des middags te 2.15 uur

door

Max John Vetzo

geboren op 4 juli 1994
te Utrecht

Promotoren:

Prof. mr. J. Uzman

Prof. mr. J.H. Gerards

Beoordelingscommissie:

Prof. mr. G. Boogaard

Prof. mr. M. Claes

Prof. mr. I. Giesen

Prof. mr. A.E.M. Leijten

Prof. mr. R.J.B. Schutgens

VOORWOORD

Het voorwoord bij een proefschrift is een bijzonder genre. De lat ligt hoog voor de auteur. Hij hoopt wellicht op iets anders, maar weet stiekem ook wel dat die eerste paar pagina's van zijn boek waarschijnlijk het meest worden gelezen. De lezer verwacht misschien een leuk grapje, een ludieke invalshoek en persoonlijke ontboezemingen, of vraagt zich af of zijn naam genoemd wordt. Echt grappig wordt het in dit voorwoord echter niet; ook voor *juice* moet men elders zijn. Wel hoop ik dat degenen die hun naam hier verwachten, deze ook daadwerkelijk aantreffen. Een proefschrift is immers het resultaat van de inspanning en betrokkenheid van velen. Voorwoorden zijn dan ook doorgaans vooral dankwoorden. Bij die traditie sluit ik mij graag aan.

Mijn dank gaat in de eerste plaats uit naar Jerfi Uzman en Janneke Gerards. Het was een voorrecht dat ik dit boek met hen als promotoren mocht schrijven. Hun begeleiding getuigde van ongeëvenaarde inhoudelijke kennis, analytische scherpzinnigheid en oprechte persoonlijke betrokkenheid. Daarnaast dank ik hen voor het voortdurende vertrouwen in de goede afronding van dit proefschrift. Daardoor ben ik er op enig moment toch ook zelf maar in gaan geloven.

Vicki Jackson ontving mij hartelijk voor een onderzoeksverblijf aan Harvard Law School. Daar, in Cambridge (Massachusetts), kreeg het proefschrift de juiste vorm. Daarvoor dank ik niet alleen haar, maar ook Mark Tushnet, Richard Fallon en Michael Klarman, die mij aan lieten schuiven bij hun colleges en alle tijd namen om met mij van gedachten te wisselen over het (Amerikaanse en vergelijkende) staatsrecht en de rol van de rechter. Deze geweldige ervaring was niet mogelijk geweest zonder de financiële steun van het Cultuurfonds, het Hendrik Mullerfonds, het Montaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging en het REBO Visiting Fellowship. Dankzij de gastvrijheid van Graham Virgo kon ik in de afrondende fase van het boek een poosje terugkeren naar Downing College in het andere Cambridge. Dat was niet alleen een *trip down memory lane*, maar ook een mooie plek voor een korte 'eindsprint'.

De Afdeling Staatsrecht, Bestuursrecht en Rechtstheorie van de Universiteit Utrecht is al jaren een vertrouwde omgeving. Dat begon toen ik er lang geleden aan de slag ging als student-assistent. Voor die vroege periode dank ik Remco Nehmelman, Henk Kummeling en Titia de Kramer, die bij mij een staatsrechtelijk vuurtje aanwakkerden dat vermoedelijk niet meer zal doven. De gezelligheid en inhoudelijke belangstelling van mijn Utrechtse (oud-)collega's Stijn van Deursen, Julian Boer, Martijn van Gils, Charlotte van Oirsouw, Melanie van Zanten, Ida Mae de Waal, Lisette Mustert, Niels Graaf en Eva van Vugt maakten het schrijven van het proefschrift tot een prettig tijdverdrijf, zowel onder het

systeemplafond van de Newtonlaan als na terugkeer naar Achter Sint Pieter. De vakkundige ondersteuning van Dennis Wegink, Lisa Wiggers en Myrthe Mijsters bij het nalezen van delen van het manuscript en het opstellen van de literatuurlijst was uiterst behulpzaam. Dat geldt overigens ook voor de muzikale ondersteuning van Bruce, Van, Thomas en Paul.

De trouwe vriendschap en wijze raad van Aart zijn voor mij al sinds onze gezamenlijke tijd op het Utrecht Law College van grote betekenis. Dat gold in het bijzonder tijdens het werken aan dit proefschrift. Eva is al sinds Tilia-bestuur IV een bron van fijne gesprekken, waarin ik ook nog eens een trouwe PhD-partner vond. En al sinds het Niftarlake College maken Martijn, Daniel, Ronald, Mickey, Ryan, Emiel en Sander het leven een heel stuk gezelliger. Ook de afgelopen jaren was die blijvende, hechte band onmisbaar. Net als heel veel pagina's van dit boek is ook het voorwoord geschreven aan de Oudegracht 118a te Utrecht. Dat was echter niet alleen een plek om te werken. Chiem, Danny, Rik, Mathijs, Simon, Boris en Wilbert maakten er vooral een warm thuis van. De vele huisavonden, uitjes, weekenden weg en vakanties waren veel meer dan alleen welkome afleiding. Ik heb daarvan genoten en het boek heeft er veel baat bij gehad. Daarvoor: dank, dank, dank! Ook zonder de steun van Maxime was dit boek nooit afgekomen. Daarvoor ben ik haar heel dankbaar, meer dan ik tot uitdrukking kan brengen.

Ik prijs me gelukkig met een hechte familie die altijd voor je klaarstaat, ook tijdens het schrijven van dit proefschrift. Dat geldt te meer omdat zij zich soms zullen hebben afgevraagd waar ik de afgelopen vier jaar nou eigenlijk precies mee bezig ben geweest. Ik weet niet of mijn uitleg ('lezen', 'typen', 'boekje schrijven') veel heeft verhelderd. Dat weerhield hen er niet van om telkens te informeren naar de voortgang en mijn persoonlijke welzijn. Ik ben trots dat mijn oma Joke en opa Bé de afronding van dit boek meemaken. Dat zij bij ongeveer ieder bezoekje vroegen wanneer ik nu eigenlijk klaar was met studeren, relativerde en droeg eraan bij dat de vaart er enigszins in bleef. Sigrid, Richard en Helga betekenen voor mij veel meer dan de aanduidingen 'tante' en 'oom' doen vermoeden. Op hen kan ik altijd rekenen. Die steun en voortdurende aanwezigheid zijn mij heel veel waard. Met mijn geweldige nichtje Britt kan ik het niet alleen over leuke, maar ook over minder spannende universitaire en advocatuurlijke dingen hebben. Ook dat hielp. Mijn neef (beter: broer) Nick vergezelt mij al zolang ik mij kan herinneren op alle belangrijke en minder belangrijke momenten in het leven. Ik ben blij dat hij dat ook de afgelopen jaren deed, en ik kijk ernaar uit om dat samen nog heel lang zo te blijven doen.

Mijn vader en lieve zusjes Noah en Nina droegen elk op hun eigen manier enorm bij aan de voltooiing van dit boek. Dat geldt ook voor mijn moeder. Om een proefschrift af te ronden heb je maar een klein beetje van haar doorzettingsvermogen nodig. Daarvoor – en voor nog heel veel meer – ben ik haar eindeloos dankbaar.

Utrecht, oktober 2024

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord / VII

Lijst van afkortingen / XXIII

HOOFDSTUK 1

Inleiding / 1

- 1 Opvallende afwezigheid / 1
- 2 De groeiende constitutionele rol van de Nederlandse rechter / 2
- 3 Het belang van het constitutioneel procesrecht / 4
- 4 Onderzoeksonderwerp / 6
- 4.1 Procesrechtelijke modificatie / 6
- 4.2 Rechterlijke grensbepaling / 8
- 5 Onderzoeksvraag en afbakening / 9
- 6 Onderzoeksbenadering / 11
- 6.1 Doctrinair / 11
- 6.2 Rechtsvergelijking / 12
- 7 Opbouw / 13

DEEL I

Nederlandse constitutionele rechtspraak en constitutioneel procesrecht / 15

HOOFDSTUK 2

Nederlandse constitutionele rechtspraak / 19

- 1 Inleiding / 19
- 2 Van eng naar ruim / 19
- 2.1 Bron: voorbij de grondwet / 20
- 2.2 Functie: voorbij de toetsing van de wet / 21
- 2.3 Organisatie: voorbij één constitutionele rechter / 22
- 2.4 Tussenconclusie / 23
- 3 Varianten en vormen / 23
- 3.1 Constitutionele toetsing in ruime zin / 24
- 3.1.1 Indirecte constitutionele toetsing / 25
- 3.1.2 Directe constitutionele toetsing / 29
- 3.2 Institutionele en democratische kwesties / 32

- 3.2.1 Institutionele geschillen / 33
- 3.2.2 Democratische kwesties / 35
- 4 Enkele stelselkenmerken / 36
- 4.1 Geïnternationaliseerd / 36
- 4.2 Gespreid / 37
- 4.3 Hoofd- en hulpfunctie / 38
- 5 Conclusie / 39

HOOFDSTUK 3

Constitutioneel procesrecht / 41

- 1 Inleiding / 41
- 2 Materieel recht en procesrecht / 43
- 3 Structurering: drie fasen – eng en ruim / 45
- 3.1 Toegang, inhoud, remedie / 45
- 3.2 Constitutioneel procesrecht in enge en ruime zin / 47
- 4 Het domein van het Nederlands constitutioneel procesrecht / 48
- 4.1 Toegang / 48
- 4.1.1 Enge zin / 49
- 4.1.2 Ruime zin / 51
- 4.2 Inhoudelijke beoordeling / 51
- 4.2.1 Enge zin / 51
- 4.2.2 Ruime zin / 53
- 4.3 Remedie / 54
- 4.3.1 Enge zin / 54
- 4.3.2 Ruime zin / 56
- 5 Conclusie / 58

HOOFDSTUK 4

Modificatie en grensbepaling in het constitutioneel procesrecht. Duitse en Amerikaanse perspectieven / 59

- 1 Inleiding / 59
- 2 Modificatie / 61
- 2.1 Duitsland: de *Eigenart* van het *Verfassungsprozessrecht* / 61
- 2.1.1 *Verfassungsgerichtsbarkeit* en *Verfassungsprozessrecht* / 61
- 2.1.2 Eigen procesrechtelijke normen in het *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* / 63
- 2.1.3 *Lückenfüllung* in het constitutioneel procesrecht / 68
- 2.1.4 Tussenconclusie: *Verfassungsprozessrecht* als gemodificeerd procesrecht / 71
- 2.2 Verenigde Staten: *public law litigation* en modificatie van procesrecht / 71
- 2.2.1 Van *Marbury* naar *Brown* / 71
- 2.2.2 Naar *public law litigation*: een nieuwe vorm van constitutionele rechtspraak / 73
- 2.2.3 Een '*evolution of procedural forms*' / 76
- 2.2.4 Tussenconclusie: andere geschillen, ander procesrecht / 80
- 3 Grensbepaling / 80
- 3.1 *Verfassungsprozessrecht* als *Kompetenzrecht* / 81

- 3.1.1 Inleiding / 81
- 3.1.2 Möllers' enge benadering / 83
- 3.1.3 Häberles ruime benadering / 85
- 3.1.4 Tussenconclusie / 87
- 3.2 *Public law litigation* en de *limits of adjudication* / 88
- 3.2.1 Inleiding / 88
- 3.2.2 Fullers enge benadering / 89
- 3.2.3 Chayes' en Fiss' ruime benadering / 92
- 3.2.4 Tussenconclusie / 96
- 4 Terug naar Nederland: kwesties van modificatie en grensbepaling / 96
- 4.1 Directe constitutionele toetsing bij de civiele rechter: *Urgenda* en aanverwante zaken / 97
- 4.1.1 *Business as usual?* / 98
- 4.1.2 Toegang / 100
- 4.1.3 Inhoudelijke beoordeling / 104
- 4.1.4 Remedie / 108
- 4.1.5 Tussenconclusie / 113
- 4.2 Indirecte constitutionele toetsing bij de bestuursrechter. *Participatiewet* en aanverwante zaken / 114
- 4.2.1 Appellant/college van burgemeester en wethouders Eindhoven / 115
- 4.2.2 Toegang en inhoudelijke beoordeling / 116
- 4.2.3 Remedie / 119
- 4.2.4 Tussenconclusie / 121
- 5 Conclusie / 121

DEEL II

Rechterlijke grensbepaling / 123

- I. Leerstukken van rechterlijke grensbepaling / 123
- II. Invalshoeken / 124
- III. Opbouw / 127

HOOFDSTUK 5

Materiële onbevoegdheidsverklaring bij lopende wetgevingsprocessen / 129

- 1 Inleiding / 129
- 2 Identificatie / 130
- 2.1 Procesrechtelijk vertrekpunt / 131
- 2.2 Klassieke grenzen: de arresten *Tegelen* en *Waterpakt* / 133
- 2.2.1 Het *Tegelen*-arrest: ex-ante-toetsing aan (grond)wettelijke procedurevoorschriften / 133
- 2.2.2 Het *Waterpakt*-arrest: de preventieve werking van het verbod op wetgevingsbevelen / 134
- 2.3 Een nieuwe grens / 135
- 2.3.1 Wilders en het ESM-verdrag: de samenhang tussen *Tegelen* en *Waterpakt* erkend / 136

- 2.3.2 Oekraïne-referendum: een nieuwe grens als nevenschikte grondslag / 137
- 2.3.3 De intrekking van de Wet raadgevend referendum: een nieuwe, zelfstandige grens / 139
- 2.4 Samenvatting / 140
- 3 Reflectie / 141
- 3.1 Samenhang en verrijking in het constitutioneel procesrecht / 141
- 3.2 Het moment van plaatsbepaling: de materiële onbevoegdheidsverklaring / 144
- 3.3 Aard en toepassingsbereik van de grens / 145
- 3.3.1 Aard: absoluut of relatief? / 145
- 3.3.2 Toepassingsbereik: eng of ruim? / 147
- 4 Verdere ontwikkeling / 148
- 4.1 Aard / 148
- 4.1.1 Geen uitzondering: efficiënte geschilbeslechting / 149
- 4.1.2 Geen uitzondering: evidente rechtsschending / 150
- 4.1.3 Geen uitzondering: verdrags- en Unierecht(elijke grondrechten) / 151
- 4.1.4 Uitzondering: ernstig democratisch falen / 155
- 4.2 Toepassingsbereik / 157
- 5 Conclusie / 161

HOOFDSTUK 6

Eeniederverbindendheid / 163

- 1 Inleiding / 163
- 2 Identificatie / 165
- 2.1 Eeniederverbindendheid als uiting van machtenscheiding / 165
- 2.2 Een dichotome voorvraag / 167
- 2.2.1 Eeniederverbindendheid als voorvraag / 167
- 2.2.2 De dichotome benadering in de rechtspraak / 168
- 2.2.3 Relativering van de voorvraag: indirecte verdragstoepassing (conforme interpretatie en reflexwerking) / 170
- 2.3 Naar een contextuele benadering: vervaging van de voorvraag / 171
- 2.3.1 Het SGP-arrest / 172
- 2.3.2 Het *Rookverbod*-arrest / 173
- 2.3.3 Vervaging van de voorvraag / 174
- 2.4 Samenvatting / 176
- 3 Reflectie / 177
- 3.1 Versteving van de constitutionele rol onder art. 94 Gw / 177
- 3.2 Normatief fundament / 179
- 3.2.1 De Grondwet en het machtenscheidingsbezwaar van de grondwetgever / 179
- 3.2.2 Verdragsrechtelijke effectiviteit / 182
- 3.2.3 Een cultuur van rechtvaardiging / 183
- 3.3 Naar verfijnde en complexe grensbepaling / 184
- 3.3.1 Van botte Nederlandse *political question*-doctrine ... / 184
- 3.3.2 ... naar verfijnde en complexe, inhoudelijke grensbepaling / 185
- 3.4 Een samenwerkingsmodel: eeniederverbindendheid en grensbepaling in de remediefase / 187

- 3.4.1 Eeniederverbindendheid en de grenzen van de rechtsvormende taak / 187
- 3.4.2 Eeniederverbindendheid en het verbod op wetgevingsbevelen / 189
- 4 Verdere ontwikkeling / 190
- 4.1 De opvatting van regering en parlement over eeniederverbindendheid / 190
- 4.2 Nieuwe beslismodaliteit: Nederlandse *Appellentscheidungen* / 191
- 4.3 Grenzen aan reflexwerking / 192
- 4.3.1 Versterkte complexiteit / 192
- 4.3.2 Een grondwettelijk bezwaar / 194
- 4.3.3 Geconditioneerde reflexwerking / 196
- 4.4 Draagkrachtige motivering / 198
- 5 Conclusie / 199

HOOFDSTUK 7

Bevoegdheid en terughoudendheid in parlementaire kwesties / 201

- 1 Inleiding / 201
- 2 Identificatie / 203
- 2.1 Onbevoegd: de uitzondering op *Guldemon/Noordwijkerhout* / 203
- 2.2 Verkiezingsafspraken: *Arubaanse verkiezingsafpraak* / 205
- 2.3 Fractiegeschillen: *Gündoğan/Volt* en *Duthler/VVD* / 206
- 2.4 Het inlichtingenrecht: *Mink K.* / 207
- 2.5 Samenvatting / 208
- 3 Reflectie / 209
- 3.1 De 'botte' onbevoegdverklaring in parlementaire kwesties / 209
- 3.2 Consistentie en rechtsbescherming / 212
- 4 Verdere ontwikkeling / 214
- 4.1 Institutionele grondslagen van grensbepaling / 214
- 4.1.1 Autonome grondwettelijke domeinen / 214
- 4.1.2 Geen expliciete bevoegdheidsgrondslag / 216
- 4.1.3 Relativering van het rechtsbeschermingsargument / 218
- 4.1.4 Slotsom: een institutioneel terughoudendheidsgebod / 219
- 4.2 Procesrechtelijke instrumenten / 220
- 4.2.1 Voldoende belang (art. 3:303 BW): aanscherping / 220
- 4.2.2 Materiële onbevoegdheidsverklaring: uitbreiding / 221
- 4.2.3 Interne werking: *revisited* – naar een contextuele benadering / 222
- 5 Conclusie / 226

HOOFDSTUK 8

Het verbod op wetgevingsbevelen / 227

- 1 Inleiding / 227
- 2 Identificatie / 228
- 2.1 Civiel(proces)rechtelijk vertrekpunt / 228
- 2.2 Ontstaan: het *Waterpakt*-arrest / 230
- 2.3 Uitbreiding en bevestiging van de wetgevingsbeveldoctrine / 232
- 2.4 Het *Urgenda*-arrest: een verbod op 'specifieke wetgevingsbevelen' / 234

2.5	Samenvatting / 235
3	Reflectie / 236
3.1	Een beperkte en graduele grens: het verbod op specifieke wetgevingsbevelen / 236
3.1.1	Voorbij het wetgevingsinitiatief: gaat een bevel de wetgever aan? / 237
3.1.2	Vormgevingsruimte: een bevel tot 'wetgeving met een bepaalde, specifieke inhoud' / 240
3.2	Het vervagende primaat van het institutionele perspectief / 242
3.2.1	Materieel en institutioneel pre- <i>Urgenda</i> / 242
3.2.2	Materieel en institutioneel: post- <i>Urgenda</i> / 244
3.3	Specifieke wetgevingsbevelen en het burgerlijk procesrecht / 246
3.3.1	De civielrechtelijke bepaaldheidseis: een procesrechtelijke <i>catch-22</i> ? / 247
3.3.2	Het toenemende belang van het executiegeschil: eigenaarschap en toezicht / 249
3.4	Specifieke wetgevingsbevelen en het Unierecht / 250
4	Verdere ontwikkeling / 251
4.1	Naar een hybride wetgevingsbeveldoctrine / 251
4.1.1	Eigenlijke wetgevingsbevelen: hard verbod / 252
4.1.2	Verkapte wetgevingsbevelen: contextuele afweging / 253
4.1.3	Voordelen en inpassing in het constitutioneel procesrecht / 255
4.2	Het belang van het declaratoir als constitutionele (substituut)remedie / 257
4.2.1	<i>What's so weak?</i> Relatieve kracht en voordeel van het declaratoir / 258
4.2.2	Een voorwaarde van hoffelijkheid / 260
4.3	Naar Nederlandse ' <i>structural injunctions</i> '? / 261
4.3.1	Structurele bevelen / 261
4.3.2	Enkele voorlopige bezwaren / 263
5	Conclusie / 265

HOOFDSTUK 9

De grenzen van de rechtsvormende taak / 267

1	Inleiding / 267
2	Identificatie / 269
2.1	Vroege manifestatie: afzien van toetsing / 270
2.2	<i>Locus classicus</i> : het beslismodel uit het arrest <i>Arbeidskostenforfait</i> / 271
2.2.1	Abstineren in de remediefase: afzien van rechtsherstel / 272
2.2.2	Belangenafweging en rechtsvindingscriteria / 273
2.2.3	Termijnstelling en doorpakken / 274
2.3	Revival van het <i>Arbeidskostenforfait</i> -kader: moderne toepassingen van het beslismodel / 275
2.3.1	Afzien van rechtsherstel, maar soms toch individueel redres / 276
2.3.2	Belangenafweging en rechtsvindingscriteria: toepassing en explicitering / 277
2.3.3	Termijnstelling en daadwerkelijk doorpakken / 281
2.4	Samenvatting / 283
3	Reflectie / 283
3.1	Van toetsing naar remedie / 283
3.2	Het contextualisme van de grenzen van de rechtsvormende taak / 286
3.2.1	Belangenafweging: materieel en institutioneel / 286

- 3.2.2 Flexibiliteit en openheid / 288
- 3.3 Kritiek: onbevoegdheid, individuele rechtsbescherming en schijncontextualisme / 289
 - 3.3.1 Bovend'Eerts bevoegdheidsbezwaar / 289
 - 3.3.2 Individuele rechtsbescherming / 292
 - 3.3.3 Schijncontextualisme / 293
- 4 Verdere ontwikkeling / 296
 - 4.1 Daadwerkelijke en openlijke afweging / 296
 - 4.2 Staatsrechtelijk fundament: art. 17 lid 1 en art. 120 Gw / 297
 - 4.3 Bijzondere constitutionele rechtsvormendetaakjurisprudentie / 299
- 5 Conclusie / 301

HOOFDSTUK 10

Het buiten toepassing laten van de wet onder art. 120 Gw / 303

- 1 Inleiding / 303
- 2 Identificatie / 304
 - 2.1 *Harmonisatiewet*-arrest: een ruim toetsingsverbod, met een uitzonderingsmogelijkheid / 304
 - 2.2 Latere toepassing: *contra-legem*rechtspraak en het *Bosentan*-arrest / 307
 - 2.3 Bestendiging en structurering: de *1-maart*-uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak / 310
 - 2.4 Samenvatting / 313
- 3 Reflectie / 313
 - 3.1 Geen bezwaar tegen de wet: voorbij de harde ondergrens / 314
 - 3.1.1 Geen bezwaar tegen de wet / 314
 - 3.1.2 Voorbij de harde ondergrens / 316
 - 3.2 Het contextualisme van het buiten toepassing laten onder art. 120 Gw / 318
 - 3.2.1 De verdisconteringstoets: een complex criterium / 319
 - 3.2.2 De ernst van de rechtsschending ('zozeer in strijd') / 323
 - 3.3 Het buiten toepassing laten van de wet en de verhouding rechter-wetgever / 324
 - 3.4 Het toetsingsverbod en de civielrechtelijke billijkheidsuitzondering / 326
- 4 Verdere ontwikkeling / 328
 - 4.1 Ontwikkeling van de verdisconteringsuitzondering / 329
 - 4.2 Terug naar de bron: de ruime uitleg van het toetsingsverbod / 330
 - 4.2.1 Geen absolute bevoegdheidsbeperking / 330
 - 4.2.2 Grensbepaling en de grondwettelijke broedende kip / 331
- 5 Conclusie / 333

DEEL III

Procesrechtelijke modificatie / 335

- I. Selectie / 335
- II. Een normatief-rechtsvergelijkende methode / 336
- III. Het constitutioneel procesrecht elders: indeling en grove plattegrond / 339
- IV. Opbouw / 344

HOOFDSTUK 11

Institutionele participatie / 345

- 1 Inleiding: Koopmans' voorstel / 345
- 2 *Status quo*: de afwezige wetgever in een bilateraal constitutioneel procesrecht / 347
 - 2.1 De niet bij het geding betrokken wetgever / 347
 - 2.2 Bestaande mechanismen voor derdenparticipatie / 349
 - 2.2.1 Burgerlijk procesrecht / 349
 - 2.2.2 Bestuursprocesrecht / 355
 - 2.2.3 De *amicus curiae* / 357
 - 2.3 Tussenconclusie / 360
- 3 Rechtsvergelijking: institutionele participatie elders / 360
 - 3.1 Verenigd Koninkrijk / 361
 - 3.1.1 Procesvoering onder de HRA: tussen bilateraal en multilateraal / 361
 - 3.1.2 Grondtrekken van institutionele participatie / 362
 - 3.1.3 Nadere uitwerking / 364
 - 3.1.4 Tussenconclusie / 366
 - 3.2 Duitsland / 366
 - 3.2.1 Wettelijke participatiemechanismen voor wetgevende organen / 366
 - 3.2.2 Rechtvaardiging / 369
 - 3.2.3 Wie doet mee? / 372
 - 3.2.4 Tussenconclusie / 374
 - 3.3 Zuid-Afrika / 374
 - 3.3.1 Modificatie: *amicus curiae* en institutionele participatie / 375
 - 3.3.2 Rechtvaardiging / 378
 - 3.3.3 Tussenconclusie / 379
 - 3.4 Canada / 380
 - 3.4.1 Participatie door de Attorney General: ontwikkeling, grondslagen en praktische uitwerking / 380
 - 3.4.2 Rechtvaardiging / 382
 - 3.4.3 Discussie in het Charter-tijdperk / 384
 - 3.4.4 Tussenconclusie / 387
- 4 Modificatie: naar institutionele participatie in het Nederlands constitutioneel procesrecht / 387
 - 4.1 Gronden voor institutionele participatie / 387
 - 4.1.1 Constitutionele hoffelijkheid / 388
 - 4.1.2 Informatievoorziening: constitutionele feiten en argumenten / 389
 - 4.1.3 Procedurele (grond)rechten en beginselen / 394
 - 4.1.4 Tussenconclusie / 396
 - 4.2 Vormgeving: de institutionele *amicus* / 396
 - 4.2.1 Het deelnemende ambt / 396
 - 4.2.2 Een institutionele *amicus*-regeling / 399
 - 4.2.3 Voorlopige alternatieven / 402
- 5 Conclusie / 404

HOOFDSTUK 12

Declaratoire innovatie / 405

- 1 Inleiding: tweemaal declaratoir / 405
- 2 *Status quo*: het declaratoir onder art. 120 Gw / 407
- 2.1 Het *Harmonisatiewet*-declaratoir / 407
- 2.2 Bezwaren en bedenkingen / 409
- 3 Rechtsvergelijking: verklaringen van onverenigbaarheid elders / 412
- 3.1 Het Verenigd Koninkrijk / 412
- 3.1.1 Conforme interpretatie (art. 3 HRA) of een verklaring van onverenigbaarheid (art. 4 HRA) / 412
- 3.1.2 Kenmerken van het declaratoir / 413
- 3.1.3 De rol van de rechter en toepassing van de verklaring van onverenigbaarheid / 414
- 3.2 Nieuw-Zeeland / 416
- 3.2.1 Indicaties van onverenigbaarheid / 417
- 3.2.2 De verklaring van onverenigbaarheid / 418
- 3.2.3 Declaratoire vernieuwing door de wetgever / 420
- 4 Modificatie: naar een Nederlandse verklaring van onverenigbaarheid / 421
- 4.1 Bevoegdheid / 421
- 4.1.1 Een functionele uitleg van het toetsingsverbod / 421
- 4.1.2 Constitutionele remedies en de rol van de rechter: een dialogische aanvulling / 422
- 4.2 Toepassing en vormgeving / 423
- 4.2.1 Een discretionaire bevoegdheid: toepassingssituaties / 424
- 4.2.2 De hoogste rechters en een *follow-up* procedure / 427
- 5 *Status quo*: de declaratoire basisvariant onder art. 94 Gw / 429
- 6 Rechtsvergelijking: zwakkere remedies elders / 431
- 6.1 Canada / 431
- 6.1.1 Modificatie in de remediefase: de *suspended declaration of invalidity* / 431
- 6.1.2 Opmars / 432
- 6.1.3 Waardering / 434
- 6.1.4 *Update* / 435
- 6.2 Zuid-Afrika / 439
- 6.2.1 De Zuid-Afrikaanse *suspended declaration of invalidity* / 439
- 6.2.2 De positie van slachtoffers: *interim orders* / 441
- 6.2.3 De wetgever: termijnen en verlengingen / 444
- 7 Modificatie: het 'declaratoir-plus' in het Nederlands constitutioneel procesrecht / 445
- 7.1 Declaratoir-plus I: tweesporenremedies / 446
- 7.2 Declaratoir-plus II: termijnstelling / 448
- 7.3 Declaratoir-plus III: het aanhouden van de zaak / 449
- 7.4 Aanvulling van het *Arbeidskostenforfait*-kader / 452
- 8 Conclusie / 453

HOOFDSTUK 13

Binding van de wetgever aan het rechterlijk toetsingsoordeel / 455

- 1 Inleiding: de vraag naar binding / 455
- 1.1 Rechtsgevolgen voor de wetgever / 455
- 1.2 Directe en indirecte toetsing: twee illustraties / 456
- 1.3 Omlijning en opbouw / 458
- 2 *Status quo*: de bindingskwestie onbeslecht / 460
- 2.1 Directe toetsing / 460
- 2.1.1 Het gezag van gewijsde / 461
- 2.1.2 Oriëntatie / 462
- 2.1.3 Subjectieve omvang / 463
- 2.1.4 Objectieve omvang / 465
- 2.2 Indirecte toetsing / 466
- 2.3 Tussenconclusie / 467
- 3 Rechtsvergelijking: binding elders / 468
- 3.1 Duitsland / 468
- 3.1.1 Inleiding: binding en normherhaling / 468
- 3.1.2 Algemene procesrechtelijke grondslag: het gezag van gewijsde / 470
- 3.1.3 Geschreven constitutioneel procesrecht: binding van overheidsambten / 473
- 3.1.4 Ongeschreven constitutioneel (proces)recht: *Verfassungsorganreue* / 477
- 3.1.5 Tussenconclusie / 480
- 3.2 Verenigde Staten / 480
- 3.2.1 Reguliere rechtsgevolgen en *judicial supremacy* / 480
- 3.2.2 De suprematie van het Hof en de wetgever / 482
- 3.2.3 Tussen *judicial supremacy* en concurrerende interpretatie / 484
- 3.2.4 Tussenconclusie / 489
- 3.3 Verenigd Koninkrijk / 489
- 3.3.1 Geschreven constitutioneel procesrecht: geen binding / 490
- 3.3.2 Ongeschreven constitutionele normen: (richting) een uitgangspunt van binding / 490
- 3.3.3 Binding, dialoog en 'collaboration' / 492
- 3.3.4 Tussenconclusie / 497
- 4 Modificatie: naar binding in het Nederlands constitutioneel procesrecht / 498
- 4.1 Gronden voor binding / 498
- 4.1.1 Binding in een meerlagige rechtsorde / 498
- 4.1.2 Rechtszekerheid, finaliteit en verstarring / 502
- 4.1.3 Rechtsbescherming / 507
- 4.1.4 Hoffelijkheid / 508
- 4.2 Bindingsnorm / 510
- 4.2.1 Een bindingsnorm ... / 511
- 4.2.2 ... van beperkte omvang: ruimte voor wisselwerking / 512
- 4.2.3 Dialoog in het Nederlands constitutioneel procesrecht / 514
- 4.2.4 Afwijking: binding onder art. 120 Gw / 514
- 4.3 Bindingsvorm / 516
- 4.3.1 Binding bij wijze van conventie / 516

- 4.3.2 Handhaving van de bindingsnorm / 517
- 4.3.3 Een ontluikende conventie / 518
- 4.4 Doorwerking in het constitutioneel procesrecht / 521
- 5 Conclusie / 522

DEEL IV

Afronding / 525

HOOFDSTUK 14

Slotbeschouwing / 527

- 1 Het Nederlands constitutioneel procesrecht / 527
- 2 Staatsmachtenprocesrecht / 529
- 2.1 Institutionele verhoudingen normeren / 529
- 2.2 Concrete voorstellen: grondslagen en procesrechtelijke uitwerking / 531
- 2.2.1 Grondslagen van constitutioneel procesrecht / 532
- 2.2.2 Een normenstelsel / 533
- 3 Tweesporenprocesrecht / 534
- 3.1 Collectieve kwesties in een individueel procesrecht / 534
- 3.2 Constitutioneel procesrecht als tweesporenprocesrecht / 535
- 4 Patronen bij grensbepaling / 538
- 4.1 Gedifferentieerde grensbepaling / 539
- 4.2 Vervagende grenzen / 540
- 5 Voorstellen voor grensbepaling / 542
- 5.1 Voorbij de materiële trias / 542
- 5.2 Naar relatief-institutionele grensbepaling / 544
- 6 Naar afschaffing van het toetsingsverbod en een constitutioneel hof? / 546

Literatuurlijst / 549

Summary / 633

Jurisprudentieregister / 647

Trefwoordenregister / 665

Curriculum vitae / 673

Inleiding

1 Opvallende afwezigen

Nederland kent geen constitutionele rechtspraak. Althans, niet op het eerste gezicht.¹ Een constitutioneel hof is er niet. En artikel 120 van de Grondwet ontzegt de rechter de bevoegdheid tot toetsing van de formele wet aan de Grondwet.

Die afwezigheid valt op, vooral voor wie een blik over de grens werpt.² In ons omringende Europese landen kreeg constitutionele rechtspraak stevige voet aan de grond. Doorgaans is zij daar opgedragen aan een bijzonder hof dat de grondwet uitlegt en handhaaft.³ Zo treedt het Duitse *Bundesverfassungsgericht* op als exclusief bevoegde constitutionele rechter.⁴ Aan de andere zijde van de Atlantische Oceaan ontkiemden eveneens vormen van constitutionele rechtspraak. Al in 1803 mat het Amerikaanse Hooggerechtshof zich de bevoegdheid aan tot toetsing van wetten aan de Amerikaanse Grondwet. Die bevoegdheid wordt uitgeoefend door alle federale rechters in de Verenigde Staten en geldt als essentieel onderdeel van hun rechtsprekende taak.⁵ De constitutionele rechter oordeelt in de genoemde jurisdicties over de constitutionaliteit van democratische besluiten van politieke staatsmachten. De rechtspraak waarin dat gebeurt gaat doorgaans eenieder aan en is van groot maatschappelijk gewicht. Een kleine, willekeurige greep uit een grote groep aan recente voorbeelden biedt een illustratie. Zo besliste het *Bundesverfassungsgericht* in zijn *Klimaschutz*-oordeel dat de Duitse Klimaatwet in strijd is met de grondwet.⁶ De wet beschermde de grondrechten van toekomstige generaties onvoldoende, door niet vast te leggen welke CO₂-emissiebepalingen na 2030 noodzakelijk zijn om klimaatdoelen te bereiken. Dat was volgens het Hof onverenigbaar met art. 20a van de Duitse Grondwet, dat de Duitse staat – kort gezegd – opdraagt zorg te dragen voor het milieu. In de zaak *Dobbs* boog het Amerikaanse Hooggerechtshof zich over een wet in de staat Mississippi die

1 Zie Meuwissen 1973, p. 98; Duynstee 1973, p. 1; Dölle & Engels 1989, p. 1; Stroink 1990, p. 20 e.v.; Besselink 2013, p. 23, allen over de afwezigheid van (werkelijke) constitutionele rechtspraak (in de traditionele zin) onder verwijzing naar de hieronder genoemde karakteristieken.

2 Vgl. Koopmans 2003, p. 84 over '*particular characteristics when considered in a comparative perspective*' en Voermans 2019 over '*conspicuous absentees*'.

3 Zie over die 'Europese' vorm van constitutionele rechtspraak Cappelletti 1971, p. 46-51; Brewer Carías 1989, p. 183-262; Ferejohn & Pasquino 2004, p. 1671-1672; Ginsburg 2009, p. 85-89; Ferreres Comella 2011, p. 265-266; Besselink 2012, p. 233; Besselink 2013, p. 19; De Visser 2014, p. 5; Von Bogdandy 2020, p. 12.

4 Nader hoofdstuk 4.

5 USSC 24 februari 1803, 5 U.S. 137 (*Marbury v. Madison*).

6 BVerfG 24 maart 2021, BVerfGE 157, 30 (*Klimaschutz*).

abortus na vijftien weken zwangerschap verbod.⁷ Onder voorheen geldende rechtspraak van het Hoogerechtshof kwam een dergelijke wet in strijd met het recht op abortus. Dat recht werd in de *landmark case Roe v. Wade* ingelezen in de *Due Process Clause* uit het Veertiende Amendement bij de Amerikaanse Grondwet.⁸ In *Dobbs* besliste het Hof anders. Het acht het recht op abortus niet langer beschermd door de grondwet. De wet uit Mississippi hield daarom stand. De regulering van abortus is post-*Dobbs* een kwestie waarover alle deelstaten afzonderlijk kunnen beslissen.

Aan dergelijke constitutionele rechtspraak lijkt het in Nederland te ontbreken, zo zonder constitutioneel hof en constitutionele toetsing.

2 De groeiende constitutionele rol van de Nederlandse rechter

Wordt voorbij de hiervoor genoemde klassieke kenmerken van het Nederlandse staatsbestel gekeken, dan ontvouwt zich een complexer beeld. In verschillende vormen en varianten beslissen ook Nederlandse civiele rechters, bestuursrechters en strafrechters over de verenigbaarheid van het handelen van politieke staatsmachten met fundamentele normen van hoger recht. De rechtspraak waarin dat gebeurt is van groot maatschappelijk gewicht en gaat velen aan. Ook hier is een beperkte greep uit een omvangrijke groep aan recente voorbeelden illustratief.

Zo boog de belastingkamer van de Hoge Raad zich in een reeks arresten over de verdragsmatigheid van het stelsel van vermogensrendementsheffing. Het systeem van forfaitaire heffing, waarin belasting wordt geheven over een fictief rendement op vermogen, zou zo ver verwijderd zijn geraakt van de economische realiteit dat onder meer het recht op eigendom van belastingbetalers in het gedrang kwam. Een arrest van 24 december 2021 (het *Kerstavond*-arrest) luidde het einde van 'box 3' in.⁹ De belastingkamer besliste daarin dat het stelsel van belasting op vermogen in strijd kwam met het EVRM. De strafkamer van diezelfde Hoge Raad oordeelde enkele jaren voordien dat de Nederlandse praktijk van tenuitvoerlegging van de levenslange gevangenisstraf de toets aan het EVRM niet kon doorstaan. In de afwezigheid van een reële mogelijkheid tot herbeoordeling achtte hij die regeling onverenigbaar met art. 3 EVRM.¹⁰ De voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag boog zich over een wettelijke bewaarplicht voor telecommunicatiegegevens, die was ingevoerd naar aanleiding van de terroristische aanslagen in Londen en Madrid.¹¹ Hij achtte de wet onverenigbaar met het recht op de bescherming van privacy en persoonsgegevens uit het EU-Grondrechtenhandvest. En nog voordat het *Bundesverfassungsgericht* zijn 'klimaatuitspraak' wees, besliste de Hoge Raad *in civilibus* dat de klimaatambities van de Staat tekortschoten in het licht van de dreiging van gevaarlijke klimaatverandering.¹²

7 USSC 24 juni 2022, 597 U.S. 2015 (*Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*).

8 USSC 22 januari 1973, 410 U.S. 113 (*Roe v. Wade*). Zie ook USSC 29 juni 1992, 505 U.S. 833 (*Planned Parenthood v. Casey*).

9 HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1963, BNB 2022/27, m.nt. Heithuis (*Kerstavond*).

10 HR 5 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1325, NJ 2016/348, m.nt. Kooijmans (*Levenslang I*).

11 Rb. Den Haag 11 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2498, O&A 2015/59, m.nt. Schutgens (*Datarentie*).

12 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, NJ 2020/41, m.nt. Spier (*Urgenda*).

Het door de Staat gestelde CO₂-reductiedoel werd in strijd bevonden met art. 2 en 8 EVRM en moest worden opgeschroefd om per eind 2020 een EVRM-conforme emissiereductie te bereiken. Het is in dergelijke rechtspraak niet alleen verdrags- en Unierecht dat de klok slaat. Ook de mogelijkheden voor rechtsbescherming tegen de formele wet op basis van nationaal recht worden beproefd. In de nasleep van de kinderopvangtoeslagenaffaire boog een grote kamer van de Afdeling bestuursrechtspraak zich in haar '1-maart-uitspraken' over de bevoegdheid tot toetsing van de wet aan het evenredigheidsbeginsel.¹³

Dergelijke jurisprudentie is illustratief voor de constitutionele rol die ook de Nederlandse rechter in de loop der tijd is gaan vervullen. Die rol vindt steeds vaker erkenning, zowel door de rechter zelf als in de literatuur. Zo stelde oud-President van de Hoge Raad Corstens dat de Hoge Raad als 'quasi-constitutionele rechter' opereert waar hij wetgeving aan internationaal en Europees recht toetst.¹⁴ Hij doet dat in een stelsel dat 'naar zijn inhoud gemeten' niet wezenlijk afwijkt van jurisdicties waarin rechters de wet toetsen op conformiteit met de nationale grondwet.¹⁵ Kortmann sprak over de 'uitgebreide constitutionele rechtspraak' die is ontstaan als gevolg van art. 94 Gw, op grond waarvan de rechter wetten mag toetsen aan een ieder verbindend verdragsrecht.¹⁶ Hirsch Ballin wees op diezelfde grondwetsbepaling waar hij observeerde dat deze aan de Nederlandse rechter niet alleen de mogelijkheid, maar zelfs de plicht geeft om 'als constitutionele rechter op te treden'.¹⁷ Ook Koopmans wees in die richting. In zijn gezaghebbende *Courts and Political Institutions* stelt hij dat de rechterlijke handhaving van grondrechten in Nederland aan belang wint. Hij observeert daarop dat de situatie alhier eigenlijk niet zo gek veel verschilt van die van buurlanden op het Europese continent, waar constitutionele hoven uitdrukkelijk met die taak zijn belast.¹⁸ En toen Polak een reeks civiele kortgedingprocedures over de toetsing van formele wetgeving aan verdrags- en Unierecht onder de loep nam, constateerde hij eveneens dat de voorzieningenrechter zich daarbij als *de facto* constitutionele rechter manifesteert.¹⁹

Ook in het buitenland valt de ontluikende Nederlandse constitutionele rechtspraak op. In rechtsvergelijkende studies naar constitutionele rechtspraak op het Europese continent

13 ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772, AB 2023/128, m.nt. Van Zanten (1 maart).

14 Corstens 2012, p. 77-78.

15 Ibid. Onder zijn presidentschap trad de Hoge Raad toe tot de 'Conference of European Constitutional Courts' waarvan het lidmaatschap enkel openstaat voor constitutionele hoven en '*similar European institutions which exercise constitutional jurisdiction*' (art. 6 lid 1 onder a van het Statuut van de organisatie <<https://www.confueconstco.org/en/common/home.html>>, laatst geraadpleegd op 1 augustus 2024). Ter staving van het toetredingsverzoek gaf de toenmalige President van de Hoge Raad uitvoerig aan wat maakt dat de Hoge Raad zich, ondanks het toetsingsverbod, wel degelijk bekommert om '*constitutional review*' en de '*functions of a constitutional court*' uitoefent. Zie de brief met als onderwerp *Application for membership of the Supreme Court of the Netherlands* geschreven door President G.J.M. Corstens d.d. 1 april 2014, en het daarbijhorende memorandum met een toelichting op het verzoek. De brief is raadpleegbaar via <<https://www.confueconstco.org/en/congress/congress-XVI/Antrag%20OGH%20NL%20EN,%20President%20Corstens%20v.%201.4.2014.pdf>>; het memorandum is door de Hoge Raad aan de auteur verstrekt.

16 Kortmann 1996, p. 53.

17 Hirsch Ballin 1991, p. 311-312.

18 Koopmans 2003, p. 84.

19 Polak 2015, p. 426-432.

ontbreekt Nederland al lang niet meer, hoezeer het ook ontbreekt aan een constitutioneel hof en rechterlijke grondwettigheidstoetsing. Zo spreken Von Bogdandy, Huber en Grabenwarter in een recent overzichtswerk over constitutionele rechtspraak in Europa van de *'Dutch situation, where all courts are by now understood as performing some sort of constitutional adjudication'*.²⁰

Dergelijke Nederlandse constitutionele rechtspraak wint aan belang. Ook hier manifesteert zich de *judicialisation of politics* waarvan Hirschl in internationaal verband melding maakt. In *'newly acquired judicial review procedures'* beslist de rechter over kwesties van groot maatschappelijk en politiek gewicht.²¹ In Nederland komt dit op verschillende manieren tot uitdrukking. Zo ontwikkelde de bevoegdheid tot toetsing van wetten aan een ieder verbindend verdragsrecht onder art. 94 Gw zich tot 'een van de gewone taken van de Nederlandse rechter'.²² Dat geldt in het bijzonder voor de toetsing aan het EVRM en IVBPR, die sinds de jaren tachtig een hoge vlucht heeft genomen.²³ Met de opkomst van collectieve acties groeide bovendien de mogelijkheid om de Staat in rechte ter verantwoording te roepen, vooral als het gaat om kwesties waarbij velen worden getroffen door een schending van hoog in de normenhiërarchie gerangschikte rechtsnormen. De *'growth of judicial power in constitutional matters'* waarvan Koopmans in rechtsvergelijkende zin spreekt, uit zich zo ook in Nederland.²⁴

Bij nadere beschouwing ontvouwt zich zo voorzichtig iets dat bij een eerste blik op het Nederlandse staatsbestel verscholen blijft: ook de Nederlandse rechter treedt als constitutionele rechter op. Dat is bovendien geen statisch gegeven. Die constitutionele rol groeit.

3 Het belang van het constitutioneel procesrecht

In discussies over constitutionele rechtspraak gaat de aandacht al snel uit naar het materiële (inhoudelijke) oordeel van de rechter over een voorliggende rechtsvraag. De vraag is dan bijvoorbeeld of de Amerikaanse Grondwet een grondrecht op abortus bevat en welke verplichtingen het *Bundesverfassungsgericht* in de Duitse Grondwet leest waar het gaat om het beschermen van toekomstige generaties tegen klimaatverandering. Dergelijke vragen springen ook bij de genoemde Nederlandse voorbeelden in het oog. Bevatten art. 2 en 8 EVRM een rechtsplicht tot behalen van een specifiek CO₂-reductiedoel? Kan de levenslange gevangenisstraf met datzelfde EVRM in overeenstemming worden gebracht? In hoeverre kan de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens worden gerijmd met de rechten uit het EU-Grondrechtenhandvest?

20 Von Bogdandy, Huber & Grabenwarter 2020, p. 14. Zie Besselink 2016 (in het Duits) en Besselink 2020a (in het Engels) over de Nederlandse situatie in door voornoemde auteurs geredigeerde studies.

21 Hirschl 2006; Hirschl 2008. Zie voordien onder meer Tate & Vallinder 1997; Malleson 1999; Shapiro & Stone-Sweet 2002.

22 Alkema 1991, p. 27.

23 Van Dijk 1988, p. 180-209; Koopmans 2003, p. 79-83; Uzman 2013, p. 39.

24 Koopmans 2003, p. 91. Zie ook Koopmans 1993, p. 10; Gerards 2008, p. 163; Voermans 2011, p. 58-59; Bovend'Eert 2022, p. 8-10.

Minstens zo fundamenteel is echter het procesrecht dat de uitoefening van constitutionele functies in banen leidt. Op grond daarvan beslist de rechter of, wanneer en hoe hij over materieelrechtelijke rechtsvragen mag oordelen. De doorzetting van constitutionele aanspraken is van dat *constitutioneel procesrecht* afhankelijk. De genoemde buitenlandse voorbeelden laten dat zien. Het Duitse constitutioneel procesrecht bepaalt bijvoorbeeld wie toegang heeft tot het *Bundesverfassungsgericht* om de strijdigheid van het *Klimaschutzgesetz* met de Duitse Grondwet aan te kaarten. Ook wie zich in het geding mag mengen en welke remedies het Hof mag hanteren om ongrondwettigheden tot een einde te brengen, wordt door het constitutioneel procesrecht bepaald.²⁵ En de vraag wat nu maakt dat het oordeel van het Amerikaanse Hoogerechtshof in de zaak *Dobbs* als *law of the land* kan worden aangemerkt – en dus niet enkel procespartijen aangaat – ziet op de rechtsgevolgen die het procesrecht aan het oordeel verbindt.²⁶ Vragen over onder meer toegang, participatie en remedies laten zich ook bij de hiervoor genoemde Nederlandse voorbeelden stellen. Mag de bestuursrechter zich buigen over de vraag of de toepassing van de wet in strijd komt met het evenredigheidsbeginsel en, zo ja, onder welke voorwaarden kan hij appellatant dan rechtsherstel bieden? Wie mag participeren in het civiele geding om zich uit te laten over de vraag of de CO₂-reductiedoelen van de Staat mensenrechtelijk toereikend zijn? En welke remedies kan de civiele rechter bieden waar hij de schending van een rechtsplicht door Staat of wetgever constateert, zoals in het *Urgenda*-arrest of de *Levenslang*-rechtspraak van de Hoge Raad?

Het belang van dergelijke vragen van constitutioneel procesrecht kan nauwelijks worden overschat. Dat wordt alom erkend in jurisdicties waarin constitutionele rechtspraak aan de orde van de dag is en als zodanig wordt erkend. Ten onrechte worden de *'conditions under which constitutional determinations should be made'* soms weggezet als *'merely technical, legalistic wrangling'* en als hinderpalen voor het Amerikaanse Hoogerechtshof bij het uitleggen van de grondwet, aldus de Amerikaanse auteur Monaghan.²⁷ Die procesrechtelijke voorwaarden kaderen de in *Marbury* toegekende toetsingsbevoegdheid in belangrijke mate in en geven daarmee concreet uitdrukking aan *'fundamental assumptions as to the Court's appropriate role in our constitutional scheme'*.²⁸ Ook het Duitse constitutioneel procesrecht is veel meer dan *'ein interessantes technisches Recht'*.²⁹ Het dient de *'Realisierung des Verfassungsrechts'* en bepaalt de mate waarin het *Bundesverfassungsgericht* bij die verwezenlijking een rol toekomt, zo valt te lezen in een gezaghebbend Duits handboek gewijd aan de studie van het *Verfassungsprozessrecht*.³⁰

25 Nader hoofdstuk 4.

26 Nader Sillen 2010 en voor een deelaspect – dat van binding van de wetgever aan toetsingsuitspraken van de federale rechter – hoofdstuk 13.

27 Monaghan 1973, p. 1363.

28 Ibid. Zie ook Wiecek 2007, p. 642: *"Constitutional procedure (...) is underappreciated as an influence on constitutional outcomes."*

29 Geiger 1981, p. 40.

30 Benda, Klein & Klein 2020, nr. 36. Zie voordien Klein 1983, p. 415.

4 Onderzoeksonderwerp

De constitutionele rol van de Nederlandse rechter kwam niet met een staatsrechtelijke *big bang* tot stand. Zij ontstond niet door het instellen van een speciale met constitutionele rechtspraak belaste rechter, zoals in Duitsland. Evenmin voorzagen grondwetsherzieningen in de gestage bevoegdheidsuitbreiding van een – uitdrukkelijk als zodanig aangeduid – grondwettelijk hof, zoals dat in België en Frankrijk geschiedde.³¹ Ook kan zij niet primair worden herleid tot één *landmark case* als *Marbury v. Madison* of werd constitutionele rechtspraak geïntroduceerd middels specifieke (constitutionele) wetgeving, zoals de Britse Human Rights Act 1998 of het Canadese Charter of Rights and Freedoms, die de rechter aldaar bevoegd maakten tot toetsing van wetgeving aan alomvattende grondrechtencatalogi.³² In lijn met de evolutionaire aard van onze constitutie ontwikkelde ook de constitutionele rol van de Nederlandse rechter zich geleidelijk. Dat gebeurde bovendien verspreid over de ‘rechtskolommen’ waarin de rechter opereert. En wat zich gradueel en versnipperd voltrekt, onttrekt zich eerder aan het zicht. Dat geldt te meer nu het debat over de invoering van constitutionele toetsing volop woedt en zelfs de invoering van een constitutioneel hof op de agenda staat.³³ De constitutionele rechtspraak die er al is wordt bij die aandacht voor baanbrekende constitutionele vernieuwing eerder uit het oog verloren.

De observatie dat Nederland constitutionele rechtspraak kent, roept voor deze studie belangrijke vragen op. Die gaan over het *Nederlands constitutioneel procesrecht*, oftewel het procesrecht dat geldt in gevallen van Nederlandse constitutionele rechtspraak.

4.1 Procesrechtelijke modificatie

Een eerste vraag dringt zich op tegen de achtergrond van de hiervoor omschreven rechtsvergelijkende ervaringen. In de genoemde jurisdicties wordt het constitutioneel procesrecht niet als *business as usual* beschouwd. Het toepasselijke procesrecht wordt aangepast aan de constitutionele taken waarmee de rechter is belast. Die procesrechtelijke aanpassing uit zich prominent bij gecentraliseerde vormen van constitutionele rechtspraak.³⁴ Zo is het Duitse constitutionele hof, net als constitutionele hoven elders, uitgerust met een eigen procesrecht dat is toegesneden op zijn constitutionele taakuitoefening.³⁵ Dat procesrecht wijkt af van het procesrecht dat de werkzaamheden van de ‘gewone’ Duitse rechter normeert, onder meer waar het gaat om de toegang tot de rechter, de mogelijkheden tot

31 Daarover Claes e.a. 2021, respectievelijk op p. 10-12 en p. 31-32.

32 Gardbaum 2013. Zie Miles 2000, p. 145 over de Britse Human Rights Act die spreekt van ‘*ground breaking, all-pervading legislation*’ en Kavanagh 2009, p. 2 over de ‘*immense constitutional and institutional significance*’ van die wet. Zie over het Canadese Charter of Rights and Freedoms voormalig Chief Justice van het Canadese Hooggerechtshof McLachlin 1990, p. 540. Zij spreekt van een ‘*change breathtaking in scope, so large that one wonders, in retrospect, how it was accomplished*’.

33 Zie over de invoering van grondwettigheidstoetsing de Hoofdlijnenbrief constitutionele toetsing, *Kamerstukken I* 2021/22, 34430, AE, p. 8; Vetzo 2022a. Zie over een constitutioneel hof Rapport Staatscommissie Parlementair Stelsel 2018, p. 195-216; initiatiefnota van Kamerlid Omtzigt (*Kamerstukken II* 2022/23, 36344, nr. 2, p. 17-23); Schutgens 2022c.

34 Zie in algemene zin De Visser 2014, p. 99 over ‘*procedures specifically designed*’.

35 Nader hoofdstuk 4, paragraaf 2.1.

participatie in het geding en de rechtsgevolgen van zijn uitspraken. Ook in de Verenigde Staten roept de rechterlijke handhaving van grondwettelijke grondrechten de vraag op hoe het procesrecht zodanig kan worden ingericht dat de rechter zich adequaat van zijn constitutionele rol kan kwijten.³⁶ En de hiervoor aangestipte Britse Human Rights Act 1998 faciliteert niet enkel de doorwerking van EVRM-rechten in de Britse rechtsorde, maar tuijt als wet van 'procedure and remedies' ook nieuwe procesrechtelijke voorzieningen op om de 'new, unique jurisdiction' van de Britse rechter in te kaderen.³⁷ De mogelijkheid tot participatie door een minister in het geding en de totstandkoming van een nieuwe set aan constitutionele remedies vormen daarvan een belangrijke uitdrukking.

Wat voor het *constitutioneel* procesrecht elders wordt erkend, is ook voor het 'reguliere' procesrecht in Nederland gangbaar. Het procesrecht kenmerkt zich door verscheidenheid naar gelang de aard van procespartijen, hun onderliggende rechtsbetrekking en het karakter van de geschillen dat zich voor de rechter voltrekt.³⁸ Anders gezegd: het ene procesrecht is het andere niet. De verschillen tussen het bestuursprocesrecht en het burgerlijk procesrecht vormen daar een uitdrukking van.³⁹ Ook binnen deze procesrechten is differentiatie te zien. Voor het civiele kort geding als 'bijzondere vorm van rechtspraak' gelden procesrechtelijke normen die afwijken van civiele bodemprocedures,⁴⁰ terwijl de prejudiciële procedure bij de Hoge Raad op punten weer verschilt van het reguliere cassatieprocesrecht.⁴¹ Dat de overheid als partij in het geding optreedt, kan eveneens reden vormen voor een andere toepassing van procesrechtelijke regels.⁴² En ook de groeiende rechtsvormende taak van de rechter vergt soms aanpassing van procesrecht, zo wordt betoogd.⁴³ Steeds geven procesrechtelijke variatie en aanpassing uitdrukking aan het denken in *procedural categories*: voor de uitoefening van andere rechterlijke taken en beslechting van andersoortige geschillen gelden verschillende procesrechtelijke normen.⁴⁴

Op de andersoortige aard van constitutionele rechtspraak wordt ook in Nederland in algemene zin gewezen. Zo merkte Tjeenk Willink op dat in de afwezigheid van een constitutioneel hof in Nederland elke rechter soms constitutioneel rechter moet zijn. En

36 Nader hoofdstuk 4, paragraaf 2.2.

37 Miles 2000, p. 167. Vgl. ook Nardell 2000, p. 65; Leckey 2015, p. 44-45; Lewis 2021, p. 607.

38 Van Kempen 2009, p. 268-269 en p. 282; Hirsch Ballin 2015a, p. 20.

39 Zie bijvoorbeeld Van der Hoeven 1989, p. 225 over het 'eigen, op zijn speciale behoeften afgestemd' bestuursprocesrecht; Widdershoven 1989, p. 29 en p. 34-35 over bestuursprocesrechtelijke 'eigenaardigheden' in relatie tot het burgerlijk procesrecht; Polak 1999, p. 129 en p. 156 over de 'eigen karaktertrekken' van geschillen over bestuursrechtelijke verhoudingen; Snijders 2011, p. 96 over de 'wezenlijk andere opzet' van het bestuursprocesrecht in vergelijking met het burgerlijk procesrecht.

40 Asser *Procesrecht/Boonenkamp* 6 2019/65 e.v.

41 Zie bijvoorbeeld art. 393 lid 2 Rv over de mogelijkheid tot *amicus curiae*-participatie, die wel bestaat bij prejudiciële vragen, maar niet in 'gewone' cassatieprocedures.

42 Zie Marseille e.a. 2024.

43 Zie bijvoorbeeld WRR 2002, p. 271-272 in algemene zin over de groeiende rechtsvormende taak van de rechter; Rapport Commissie Hammerstein 2008 over de versterking van de cassatierechtpraak in het licht van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad; Bauw 2017 voor de aanpassing van het burgerlijk procesrecht bij rechtsvorming in collectieve acties onder art. 3:305a BW; De Poorter 2023 over de rechtsvormende taak van de (hoogste) bestuursrechter.

44 Feldbrin 2021, p. 708.

constitutionele rechtspraak, zo stelt hij, ‘verschilt nu eenmaal van de gewone rechtspraak’.⁴⁵ In dezelfde zin beschouwt Hirsch Ballin rechtspraak waarin wetten op hun ‘constitucionaliteit’ worden beoordeeld als een ‘ander type rechtspraak dan bestuursrechtspraak, civiele rechtspraak of strafrechtspraak’.⁴⁶ In de afwezigheid van een constitutioneel hof voltrekt ook dergelijke rechtspraak zich in Nederland bij de bestuursrechter, strafrechter en civiele rechter. Constitutionele kwesties worden beslecht op basis van het reguliere bestuursprocesrecht, strafprocesrecht en civiele procesrecht. Waar wordt geconstateerd dat de Nederlandse rechter als constitutionele rechter optreedt, dringt zich zo een vraag op: moet worden gekomen tot een ‘gemodificeerd’ – op dergelijke rechtspraak toegesneden – procesrecht? Kan, bijvoorbeeld, worden volstaan met de gangbare mogelijkheden tot participatie aan het geding als wordt geprocedeerd over de verenigbaarheid van de wet met hoger recht? Zijn de rechtsgevolgen die het civiele procesrecht in het geval van een burenrुzie aan het rechterlijk vonnis verbindt ook geëigend om over de rechtsplichten voor de wetgever te beslissen waar diens wetgeving in strijd met hoger recht is bevonden? En welke nieuwe remedies verdienen overdenking om schendingen van constitutionele rechtsplichten door de Staat effectief tot een einde te brengen? Dat zijn alle vragen van procesrechtelijke modificatie, die zich ook in gevallen van Nederlandse constitutionele rechtspraak laten stellen.

4.2 Rechterlijke grensbepaling

De groeiende constitutionele taakvervulling roept daarnaast vragen op over de grenzen aan de rechterlijke rol in de trias politica. Hoewel het thema ‘rechter en politiek’ ook in Nederland klassiek is,⁴⁷ woedde het maatschappelijke en wetenschappelijke debat daarover in de voorbije jaren met een ongekende intensiteit.⁴⁸ Dat spanningsveld is ‘actueler dan ooit’, aldus Van der Hulle in zijn dissertatie over de *political question*-doctrine in het Nederlandse recht.⁴⁹ De hiervoor genoemde voorbeelden van Nederlandse constitutionele rechtspraak droegen daaraan bij. Dat bevreemdt niet. Waar de bevoegdheid tot grondwettigheidstoetsing mede aan de rechter is ontzegd om te voorkomen dat hij bij politieke strijdvragen betrokken raakt,⁵⁰ brengen de constitutionele taken die hij wél

45 Tjeenk Willink 2014, p. 13-14, waarbij hij onder de noemer constitutionele rechtspraak meer vat ‘dan het toetsen aan klassieke grondrechten’ en verwijst naar de *SGP*-uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak. Zie ABRvS 5 december 2012, ECLI:NL:RVS:2007:BB9493, AB 2008/35, m.nt. Schutgens & Sillen (*SGP*); HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4549, NJ 2010/388, m.nt. Alkema (*SGP*).

46 Hirsch Ballin 2015a, p. 21.

47 Zie bijvoorbeeld de klassieke bijdragen in *RMThemis* 1975, afl. 5/6 met als thema ‘De grenzen van de functie van de rechter’; de auteurs in Polak 1987b (een RAO-congresbundel met de illustere titel ‘De rechter als dictator’); *Ars Aequi* 1992, afl. 11 met het thema ‘Rechter en politiek’; Rood 1993; Wiarda & Koopmans 1999, p. 136; Bovend’Eert e.a. 2004.

48 Zie recent onder meer De Poorter 2020; Schutgens 2021; Bakels 2022.

49 Van der Hulle 2020.

50 Het bezwaar daartegen vormde bij de grondwetsherziening van 1983 een van de belangrijkste argumenten voor handhaving van het toetsingsverbod. Zie ‘Nota inzake het grondwetsherzieningsbeleid’, *Kamerstukken II* 1973/74, 12944, nr. 2, p. 12-13. Hierover Fleuren & Sillen 2015, p. 147; Kortmann, Bovend’Eert e.a. 2021, p. 411; Bovend’Eert 2022, p. 522.

uitoefent hem regelmatig in politiek vaarwater.⁵¹ De wijze waarop hij zijn positie ten opzichte van andere staatsmachten afbakt is ook een kwestie van constitutioneel procesrecht. Dat procesrecht kent de rechter immers bevoegdheden toe en perkt deze daarmee tegelijkertijd in. Waar politieke beslissingen van andere staatsmachten als object van het rechterlijk geding fungeren, roert het procesrecht daarmee ook de verdeling van bevoegdheden aan tussen de rechter en ambten die met het nemen van die beslissingen zijn belast, in het bijzonder de wetgever.⁵²

Die grensbepalende functie van het procesrecht krijgt niet alleen vorm in de Grondwet en wetgeving, maar bij uitstek ook in de constitutionele rechtspraak zelf. In een klassiek artikel ontwaarde Alkema een ‘institutioneel moment’ in het rechterlijk oordeel, waarin de rechter beslist over zijn eigen positie in verhouding tot andere staatsmachten.⁵³ Dat moment kan worden onderscheiden van het *inhoudelijke* oordeel over het voorliggende geschil en is daarmee sterk procesrechtelijk van aard.⁵⁴ Het belang van de ‘systematische uitwerking’ van die institutionele plaatsbepaling groeit stellig waar ‘de staatkundige taak van de rechterlijke macht toeneemt’, aldus Alkema.⁵⁵ Recente staatsrechtelijke proefschriften over de constitutionele rol van de rechter maakten daarvan op deelterreinen al werk.⁵⁶ Specifiek ten aanzien van die rechterlijke grensbepaling klonk de roep om een doordiening van het Nederlands constitutioneel procesrecht in het Nederlandse debat bovendien al eerder.⁵⁷ Daarmee komt de voor dit onderzoek logische vraag op hoe rechterlijke grensbepaling in het Nederlands constitutioneel procesrecht vorm krijgt.

5 Onderzoeksvraag en afbakening

Tegen de achtergrond van het voorgaande staat in deze studie de vraag centraal *hoe rechterlijke grensbepaling in het Nederlands constitutioneel procesrecht vorm krijgt en of en op welke wijze aanpassing van dat procesrecht geboden kan zijn.*

Beantwoording van de vraagstelling vergt onderzoek in drie richtingen, die worden ingeslagen in de drie delen waaruit dit proefschrift bestaat. De eerste richting betreft de vraag wat tot het domein van Nederlandse constitutionele rechtspraak en het constitutioneel

51 Zo Fleuren & Sillen 2015, p. 147-148 over toetsing van wetgeving; Bauw 2017, p. 23-25 over gevallen van *public interest litigation* die diep ingrijpen in het politieke domein; Conclusie P-G Langemeijer & A-G Wissink (ECLI:NL:PHR:2019:887), par. 5.22 voor HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*) over de toenemende kans op ‘wrijvingen binnen de trias politica’ wanneer de rechter wetgeving toetst op verenigbaarheid met een ieder verbindende verdragsbepalingen.

52 Dergelijke rechtspraak raakt aan wat Stolker 1993, p. 56 noemt ‘politiek als product: de wetten en regelgeving die voortvloeien uit het politieke proces’. Grimm 2019, p. 308 spreekt over het ‘*political object van judicial review*’.

53 Alkema 2000, p. 1054.

54 Ibid, p. 1053. Vgl. Boogaard & Uzman 2011, p. 8-9, die erop wijzen dat dit institutionele moment onder meer bij beslissingen over toegang en remedie kan worden herkend.

55 Alkema 2000, p. 1058. Zie ook De Werd 2020, p. 33, die wijst op de paradox dat met toenemende internationalisering en Europeanisering ‘de noodzaak voor een plaatsbepaling van de rechter ten opzichte van de nationale staatsmachten juist groter is geworden’.

56 Zie bijvoorbeeld Boogaard 2013a; Uzman 2013; Van der Hulle 2020.

57 Boogaard 2016; Uzman 2019; Uzman & Boogaard 2020; De Werd 2020.

procesrecht kan worden gerekend. Ook de hiervoor geschetste invalshoeken die in de hoofdvraag weerklinken – die van procesrechtelijke modificatie en rechterlijke grensbepaling – behoeven nadere uitwerking. Op die conceptualisering en perspectiefbepaling is deel I van dit proefschrift gericht.

Het onderzoek in deel I laat zien dat het domein van het Nederlands constitutioneel procesrecht veelomvattend is. Dat omspannt verschillende rechterlijke taken in diverse rechtsgebieden, die daarbinnen door uiteenlopende rechtscolleges worden beslecht.⁵⁸ De vele vragen die vanuit de geschetste perspectieven opkomen zijn eveneens gevarieerd. Om te komen tot een antwoord op de onderzoeksvraag gaat deze studie in de delen II en III daarom leerstukgeoriënteerd en probleemgestuurd te werk. Op basis van een selectie van leerstukken en specifieke vraagpunten wordt de onderzoeksvraag in de betreffende delen beantwoord. De keuzes voor specifieke leerstukken en vraagpunten worden in de introductie op de betreffende delen nader toegelicht.

In deel II staat een zestal leerstukken van rechterlijke grensbepaling in het constitutioneel procesrecht centraal. Die variëren van het verbod op wetgevingsbevelen tot de grenzen aan het buiten toepassing laten van de wet onder art. 120 Gw.⁵⁹ Met een descriptieve en analytische benadering wordt de stand van het positieve recht voor deze zes leerstukken in kaart gebracht en worden perspectieven geschetst voor de verdere ontwikkeling ervan, waarbij de leerstukken niet geïsoleerd worden gezien, maar juist in samenhang worden geanalyseerd: zij worden alle beschouwd als een concrete uitdrukking van grensbepaling in het constitutioneel procesrecht.

Deel III richt zich op de vraag of en hoe aanpassing van het Nederlands constitutioneel procesrecht geboden kan zijn. Een antwoord op die vraag vergt een normatieve en ontwerpende doordenking van nut en noodzaak van modificatie in het Nederlands constitutioneel procesrecht. Dat geschiedt ten aanzien van een drietal concrete vraagpunten, die variëren van de mogelijkheden tot participatie in het geding tot de rechtsgevolgen van het rechterlijk toetsingsoordeel. De vraag naar de wenselijkheid van procesrechtelijke aanpassing wordt in dit deel niet *a priori* positief beantwoord en ook niet vanuit één allesbepalend normatief criterium gezien. Mogelijke argumenten voor aanpassing worden per vraagpunt geanalyseerd en normatief doordacht. De argumenten worden deels ontleend aan het constitutioneel procesrecht elders en rusten op een rechtsvergelijkende basis. Waar dat op basis van die argumenten geboden wordt geacht, mondt die analyse uit in voorstellen tot aanpassing van jurisprudentie of wetgeving.

Bij al het besprokene geldt een algemene, afbakenende keuze: de hoofdlijnen van de huidige institutionele structuur, organisatie en werkwijze van de Nederlandse rechtspraak worden als vaststaand aangenomen. Op, bijvoorbeeld, nut en noodzaak van het instellen van een constitutioneel hof,⁶⁰ de wijze van benoeming van rechters,⁶¹ de meerwaarde

58 Nader hoofdstuk 2 en 3.

59 Paragraaf 7 van dit hoofdstuk biedt een volledig overzicht van geselecteerde leerstukken.

60 Zie enkel kort hoofdstuk 14, paragraaf 6.

61 Zie bijvoorbeeld Brenninkmeijer 1987, p. 15-16 over het belang van de onafhankelijkheid bij de benoeming van constitutionele rechters.