

## LESSEN UIT HET UNITED STATES SUPREME COURT: ONAFHANKELIJKHEID, TRANSPARANTIE EN HET BELANG VAN CHECKS AND BALANCES

Tessa van Buchem \*

**Samenvatting** | Dit artikel onderzoekt de vertrouwenscrisis van het Supreme Court in de Verenigde Staten, waar de rol van rechters steeds meer kritiek ondervindt. Het belicht de noodzaak van een onafhankelijke benoemingsprocedure, transparantie in besluitvorming en het belang van *checks and balances*, ter bevordering van een eerlijk proces. Deze lessen worden ten slotte kort toegepast op de mogelijke vorming van een Nederlands constitutioneel hof, waar momenteel discussie over bestaat. Het is immers van cruciaal belang om vertrouwen in de rechterlijke macht te waarborgen, ongeacht de verschillen tussen de rechtsstelsels van de Verenigde Staten en Nederland. De ervaringen van het Supreme Court bieden inzichten die relevant kunnen zijn voor het debat over de rol van rechters, het behoud van vertrouwen in het juridische systeem en de bescherming van fundamentele rechten middels een eerlijk proces.

**Trefwoorden** | [eerlijk proces], [constitutioneel hof], [Supreme Court], [rechtsstaat], [onafhankelijkheid]

**DOI** | 10.54195/NTM.19053

### 1 Inleiding

Rechters van het Supreme Court van de Verenigde Staten (VS) worden geacht onafhankelijke ‘faithful guardians of the Constitution’ te zijn,<sup>1</sup> maar het vertrouwen in deze rechterlijke instantie is nog nooit zo laag geweest.<sup>2</sup> Het wordt de rechters verweten een verlengstuk te zijn geworden van het politieke proces en de onpartijdigheid van de negen hoogste rechters en de eerlijke rechtsgang worden steeds vaker betwist. De Amerikaanse Grondwet kent een fundamentele rol toe aan het recht op een eerlijk proces en stelt dat niemand het leven, de vrijheid of eigendom zal worden ontnomen ‘without due process of law’.<sup>3</sup> Bovendien is de VS partij bij het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR), waarin artikel 14 het recht op een eerlijke en openbare behandeling door een bevoegde, onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie voorschrijft.<sup>4</sup> Juist die eerlijke behandeling door een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie wordt in twijfel getrokken. Een eerlijk proces dient onder meer willekeur

■ Mr. T.J.M. van Buchem is onderzoeker/docent aan de Universiteit Leiden.

1 A. Hamilton, J. Madison & J. Jay, *The Federalist*, Indianapolis: Hackett Pub. Co 2005, p. 416.

2 J.M. Jones, ‘Confidence in U.S. Supreme Court Sinks to Historic Low’, *Gallup News* 2022; S. Greenhouse, ‘The US supreme court is facing a crisis of legitimacy’, *The Guardian* 5 oktober 2023.

3 Zie het Vijfde en Veertiende Amendement van de Grondwet van de Verenigde Staten.

4 Artikel 14 IVBPR lid 1: ‘Allen zijn gelijk voor de rechter en de rechterlijke instanties. Bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde strafvervolgning, of het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen in een rechtsgeding, heeft een ieder recht op een eerlijke en openbare behandeling door een bevoegde, onafhankelijke en onpartijdige bij de wet ingestelde rechterlijke instantie [...]’

en onrechtvaardigheid te voorkomen, maar ook het vertrouwen van het publiek in het rechtssysteem te stimuleren. Een afname van het vertrouwen in de hoogste rechterlijke macht kan echter verstrekkende gevolgen hebben, met name voor de vrijwillige acceptatie en naleving van rechterlijke beslissingen. Zonder vertrouwen geen gezag.<sup>5</sup>

Het recht op toegang tot een onafhankelijke rechter als onderdeel van een eerlijk proces is van essentieel belang ter bescherming van fundamentele rechten. Dit artikel richt zich op de actuele vertrouwenscrisis van het Supreme Court in de Verenigde Staten, waar de werkwijze van rechters met betrekking tot grondwettelijke kwesties steeds meer kritiek ondervindt. Het vertrouwen in 'the faithful guardians of the Constitution' is historisch laag en de wijze waarop de hoogste rechters in de VS hun rol als bewakers van de Grondwet vervullen, lijkt aanzienlijke gevolgen te hebben voor de grondrechten van Amerikaanse burgers – wat samen met de toenemende polarisatie leidt tot groeiend wantrouwen jegens de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de negen hoogste rechters.

De maatschappelijke en wetenschappelijke relevantie van dit onderwerp wordt steeds duidelijker, aangezien het functioneren van een hof belast met grondwettelijke toetsing niet alleen de juridische structuur, maar ook de samenleving als geheel kan beïnvloeden. De discussie over de vertrouwenscrisis en politisering van het Supreme Court in de Verenigde Staten biedt inzichten die misschien relevant kunnen zijn voor Nederland, zeker nu Nieuw Sociaal Contract (NSC) wenst het verbod op toetsing aan de Grondwet op te heffen en een constitutioneel hof in te stellen dat aangenomen wetten toetst aan de Grondwet.<sup>6</sup> Het roept vragen op over hoe een hof belast met grondwettelijke toetsing zou moeten opereren om het vertrouwen te behouden en politieke invloeden te vermijden – en een eerlijk proces zo goed mogelijk waarborgt. Deze aspecten dragen bij aan het bredere maatschappelijke debat over de rol van rechters, de rechtsstaat en het behoud van vertrouwen in het juridische systeem. In deze context probeert dit artikel niet alleen lessen aan te reiken, maar voornamelijk bij te dragen aan een dieper begrip van de maatschappelijke en wetenschappelijke implicaties van dergelijke institutionele veranderingen.

Het artikel belicht drie belangrijke punten met betrekking tot het Supreme Court. Ten eerste wordt de noodzaak van een onafhankelijke benoemingsprocedure benadrukt om politieke inmenging te vermijden en het publieke vertrouwen te behouden. Ten tweede wordt gewezen op het risico van een afname van vertrouwen door het excessieve gebruik van de zogenoemde *shadow docket* – een snelle procedure voor spoedeisende geschillen waarbij niet het volledige juridische proces wordt doorlopen – en de behoefte aan transparantie in besluitvorming. Als derde punt wordt gewaarschuwd voor de gevaren van te veel macht bij een hof belast met grondwettelijke toetsing, met de nadruk op het belang van *checks and balances*. De conclusie benadrukt dat ondanks verschillen tussen de instituties en rechtsstelsels, ervaringen van het Supreme Court wellicht waardevolle lessen bieden voor de vorming van een potentieel Nederlands constitutioneel hof, met centrale aandacht voor het behoud van vertrouwen in het bewaken van de rechtsstaat en de waarborging van een eerlijk proces.

5 A.J. Kwak & D. Venema, *De integere rechter*, Den Haag: Boom Juridisch 2022, p. 56-57.

6 NSC, *Tijd voor herstel. Vertrouwen. Zekerheid. Perspectief* (verkiezingsprogramma 2023), p. 8.

## 2 De benoemingsprocedure

De eerste les ziet toe op de vormgeving van de benoemingsprocedure. Rechters van het Supreme Court worden door de president van de Verenigde Staten voorgedragen en met advies en instemming van de Senaat benoemd. Het benoemingsproces in de VS bestaat uit drie stappen. Ten eerste stelt de president een lijst met geschikte kandidaten op die is gebaseerd op zowel onderzoek naar de openbare werken van de personen in kwestie als de privé-achtergrond, waaronder een onderzoek naar de persoonlijke financiën door het *Federal Bureau of Investigation*.<sup>7</sup> Uit die lijst kiest de president één persoon en maakt vervolgens de nominatie publiekelijk bekend. De gekozen kandidaat wordt vervolgens doorverwezen naar de *Senate Judiciary Committee* – een commissie bestaande uit 21 senatoren van beide partijen – die een onderzoek start en uiteindelijk een openbare, live uitgezonden hoorzitting houdt. Tijdens die publieke hoorzitting wordt de genomineerde ondervraagd over onder andere precedentwerking van belangrijke Supreme Court beslissingen,<sup>8</sup> bij het Supreme Court aanhangige zaken en visie op de Grondwet. Hierna debatteert de commissie over de vraag of de genomineerde zal worden aanbevolen aan de voltallige Senaat met een gunstige aanbeveling, een negatieve aanbeveling of helemaal geen aanbeveling – waarbij alle commissieleden een stem hebben en een gewone meerderheid is vereist.<sup>9</sup> Indien de kandidaat wordt aanbevolen, initieert de voltallige Senaat een debat over de nominatie als onderdeel van hun rol in ‘advice and consent’<sup>10</sup> en heeft de beslissende stem over de nominatie. Om de voorgedragen kandidaat goed te keuren is een gewone meerderheid van 51 senatoren nodig. Deze benoemingsprocedure gaat echter de laatste jaren niet zonder slag of stoot en de procedure ontvangt regelmatig kritiek.<sup>11</sup>

### 2.1 *Garland/Gorsuch*

De kritiek kan het beste worden geïllustreerd door enkele actuele voorbeelden. Zo bepleitte senator Mitch McConnell na het overlijden van rechter Antonin Scalia in 2016 geen nieuwe rechter goed te keuren onder president Obama. McConnell vond immers dat ‘the American people should have a voice in the selection of their new Supreme Court Justice. Therefore, this vacancy should not be filled until we have a new president’.<sup>12</sup> Ondanks protesten uit republikeinse hoek nomineerde president Obama in maart 2016 Merrick Garland om Scalia’s zetel op te vullen. Garland werd gezien als een ‘gematigd liberaal’ en zijn benoeming kon er volgens de republikeinen toe leiden dat het Supreme Court te progressief zou worden. Garland kreeg echter niet eens de kans om in 2016 voor de *Senate Judiciary Committee* te verschijnen, omdat de nominatie lange

7 P.M. Collins & L.A. Ringhand, *Supreme Court Confirmation Hearings and Constitutional Change*, New York: Cambridge University Press 2015, p. 25-26.

8 Te denken valt voornamelijk aan beslissingen over abortus, het Tweede Amendement en de Affordable Care Act.

9 Collins & Ringhand 2015 (*supra* noot 7), p. 43.

10 United States Constitution, artikel 2, sectie 2, clause 2 schrijft voor dat de President ‘shall nominate, and by and with the Advice and Consent of the Senate, shall appoint [...] Judges of the supreme Court.’

11 Voor een uitgebreide analyse van de benoemingsprocedure, zie I. Shapiro, *Supreme Disorder. Judicial Nominations and the Politics of America’s Highest Court*, Washington: Regnery Gateway 2022.

12 R. Hasen, *The Justice of Contradictions: Antonin Scalia and the Politics of Disruption*, New Haven/London: Yale University Press 2018, p. 169.

tijd werd tegengehouden en deze uiteindelijk verliep vanwege de sluiting van het 114e Congres in januari 2017.<sup>13</sup> Vervolgens werd Neil Gorsuch enkele dagen na de inauguratie van Donald Trump genomineerd voor Scalia's plek en werden er traditionele senaatsregels omzeild door middel van de 'nucleaire optie' om zijn nominatie er doorheen te krijgen.

## 2.2 'Go Nuclear'

President Trump spoorde in 2017 de senatoren aan op om de zogenoemde 'nucleaire optie' te gebruiken bij de benoeming van Gorsuch.<sup>14</sup> Om de benoeming te laten slagen werd deze optie voor het eerst gebruikt binnen het benoemingsproces, waardoor een eventuele *filibuster* kon worden omzeild. Door een *filibuster* kunnen politici, kortgezegd, zo lang tijdrekken dat een wet of voorstel uiteindelijk wordt geblokkeerd.<sup>15</sup> Om een einde te maken aan een *filibuster* was echter een grote meerderheid van zestig of meer senatoren nodig om een zogenoemde '*motion to invoke cloture*' aan te nemen, waarmee een tijdslimiet aan het debat kan worden gesteld. De nucleaire optie biedt echter de mogelijkheid om de regels van de Senaat te wijzigen. Gedurende de benoemingsprocedure van Gorsuch werd de senaatsregel zodanig gewijzigd dat er voortaan nog maar 51 stemmen nodig zijn (in plaats van zestig)<sup>16</sup> om een *filibuster* te doorbreken middels een *cloture* motie. Deze nieuwe drempelwaarde maakte de weg vrij voor snellere goedkeuring van Gorsuch, maar ook voor komende kandidaten voor het Supreme Court.

Ondanks dat de nominatie van Garland in 2016 werd tegengehouden omdat het Amerikaanse volk een stem zou moeten hebben in de benoeming, hadden republikeinse senatoren wel veel haast toen Ruth Bader Ginsburg overleed in 2020. Ginsburg overleed 46 dagen voor de presidentsverkiezingen, op 18 september 2020, waardoor de vacature de op één na dichtste bij een Amerikaanse verkiezing ooit werd.<sup>17</sup> Hoewel de republikeinen in 2016 onvermurwbaar waren en er geen lege zetel mocht worden opgevuld vlak voor de verkiezingen, nomineerde Trump wel een nieuwe rechter om Ginsburg op te volgen. De nominatie van Amy Coney Barrett vond plaats op 26 september 2020, acht dagen na het overlijden van Ginsburg. Alle democraten binnen de commissie onthielden zich uit onvrede van stemming, waardoor de uitslag 12-0 bleef. Volgens de regels van de *Senate Judiciary Committee* is echter een quorum van negen leden vereist 'om zaken te kunnen afhandelen', waaronder twee leden van de minderheid.<sup>18</sup> Aangezien de leden

13 Als de Senaat langer dan dertig dagen pauzeert, worden alle benoemingen waarover nog geen definitieve beslissing is genomen terugverwezen naar de voorzitter. De benoemingen worden dan niet opnieuw besproken, tenzij de voorzitter besluit om ze opnieuw aan de Senaat voor te leggen. Zie United States Senate Rule XXXI: 'Nominations neither confirmed nor rejected during the session at which they are made shall not be acted upon at any succeeding session without being again made to the Senate by the President; and if the Senate shall adjourn or take a recess for more than thirty days, all nominations pending and not finally acted upon at the time of taking such adjournment or recess shall be returned by the Secretary to the President, and shall not again be considered unless they shall again be made to the Senate by the President.'

14 M. Flegenheimer, 'Trump Says 'Go Nuclear' as Democrats Gird for Gorsuch Fight', *The New York Times* 1 februari 2017.

15 Collins & Ringhand 2015 (*supra* noot 7), p. 46.

16 Om een *filibuster* te doorbreken waren er voorheen zestig stemmen nodig, maar door de nucleaire optie is deze drempel verlaagd naar 51. Zie Collins & Ringhand 2015 (*supra* noot 7), p. 46.

17 In 1864 overleed rechter Taney 27 dagen voor de verkiezingen.

18 '*Committee Rules for the Senate Judiciary Committee*', [judiciary.senate.gov/about/committee/rules](https://judiciary.senate.gov/about/committee/rules), Rule III.1.

van de democratische partij niet aanwezig waren, werd het vereiste quorum dus niet gehaald. Voorzitter van de commissie Lindsay Graham negeerde echter het quorum en noemde het een unanieme beslissing,<sup>19</sup> waarna de nominatie met een gunstige aanbeveling werd doorgestuurd naar de voltallige Senaat en Barrett uiteindelijk werd benoemd met bijna alle republikeinen die voor stemden en alle democraten tegen.<sup>20</sup> Een 'huge success for the country', volgens Mitch McConnell.<sup>21</sup>

### 2.3 Kritiek en overwegingen

Bovenstaande voorbeelden kunnen worden gezien als een teken van een steeds meer politiek beladen en inconsistent proces met betrekking tot de benoeming van rechters van het Supreme Court. Het negeren van de quorumregels door de voorzitter van de commissie en het wijzigen van senaatsregels wijst op mogelijke manipulatie van het proces, wat de geloofwaardigheid en legitimiteit van de benoemingsprocedure kan ondermijnen. De invloed van de politiek op de benoemingen van Supreme Court rechters is dan ook opmerkelijk. Opperrechter Roberts is zelfs de enige van de negen huidige rechters die is benoemd zonder *party-line voting* en dus van beide partijen veel stemmen kreeg.<sup>22</sup> In Nederland kennen we een dergelijk tweepartijensysteem niet, maar Amerikaanse burgers verliezen het vertrouwen in het Supreme Court onder andere omdat het vervullen van vacatures wordt gezien als politici die 'zetels stelen'. Daarnaast wordt de indruk gewekt dat politici het proces steeds vaker naar eigen hand zetten. Zo wordt beweerd dat Gorsuch de plaats van Garland heeft gestolen, dat huidig rechter Kavanaugh is benoemd om de toenmalige president Trump immuniteit te verlenen en dat rechter Breyer 'strategisch' met pensioen moest zodat Biden een meer liberale rechter kon nomineren.<sup>23</sup> Het stemmen volgens partijlijnen en het gebrek aan steun voor rechters van beide partijen lijken onlosmakelijk verbonden te zijn aan het benoemingsproces, met het gevolg dat rechters ook een politiek stempel opgeplakt krijgen en het verwijt krijgen partijdig te zijn in hun beslissingen. Wanneer de indruk wordt gewekt dat het benoemingsproces sterk afhankelijk is van de politiek, is het niet vreemd dat het vertrouwen afneemt. Het is derhalve van essentieel belang dat het benoemingsproces een schijn van politieke invloed zo veel mogelijk uitsluit.

19 U.S Senate Committee on the Judiciary, 'Senate Judiciary Committee Unanimously Sends Judge Barrett's Nomination to the Full Senate', [judiciary.senate.gov/press/rep/releases/senate-judiciary-committee-unanimously-sends-judge-barretts-nomination-to-the-full-senate](https://www.judiciary.senate.gov/press/rep/releases/senate-judiciary-committee-unanimously-sends-judge-barretts-nomination-to-the-full-senate), 22 oktober 2020.

20 De uitslag van de stemming is te vinden via [senate.gov/legislative/LIS/roll\\_call\\_votes/vote1162/vote\\_116\\_2\\_00224.htm](https://www.senate.gov/legislative/LIS/roll_call_votes/vote1162/vote_116_2_00224.htm).

21 J. Bresnahan & B. Everett, 'No apologies: McConnell says Barrett a 'huge success for the country'', *POLITICO* 27 oktober 2020.

22 De stemming over de benoeming van Roberts was 78-22. Te vinden via [senate.gov/legislative/LIS/roll\\_call\\_votes/vote1091/vote\\_109\\_1\\_00245.htm](https://www.senate.gov/legislative/LIS/roll_call_votes/vote1091/vote_109_1_00245.htm).

23 Shapiro 2022 (*supra* noot 11), p. 311.

### 3 Discretionaire bevoegdheid

Een tweede les kan getrokken worden uit de mate van bevoegdheid die rechters hebben in het aannemen en beslissen van zaken. Een heikel punt binnen de werkwijze van het Supreme Court is immers dat de rechters een grote discretionaire bevoegdheid hebben met betrekking tot de zaken die ze behandelen en niet hoeven aan te geven waarom een zaak (niet) in behandeling wordt genomen. Om een zaak aan te nemen dienen vier rechters in te stemmen en wanneer dit niet gebeurt doet het Supreme Court de zaak regelmatig af met een enkele zin: ‘the petition for a writ of certiorari is denied’. Het Supreme Court beslist dan de zaak niet te behandelen en laat daarmee de beslissing van de lagere rechtbank standhouden, zonder in enige vorm aan te geven op grond waarvan die beslissing is gemaakt.

Het vertrouwen in het Supreme Court is de laatste jaren flink aangetast door een excessief gebruik van de zogenoemde ‘shadow docket’,<sup>24</sup> waarbinnen een grote discretionaire bevoegdheid bestaat. Het werk van het Supreme Court wordt voornamelijk geassocieerd met de ‘merits dockets’, waar bodemprocedures plaatsvinden met een volledige briefing en pleidooien en waarna een uitgebreide, gemotiveerde beslissing wordt gepubliceerd. Die beslissingen worden uiteindelijk samen met de *dissenting* en *concurring opinions* uitgebracht en geven inzicht in hoe en waarom de rechters tot een bepaalde beslissing zijn gekomen. Over de shadow docket, waar niet-ondertekende beschikkingen worden uitgevaardigd en waar het vaak onduidelijk is waarom een verzoek wel of niet is afgewezen, bestaat echter meer controverse. De shadow docket behandelt spoedeisende verzoeken waarover snel beslist moet worden. Deze beslissingen leiden echter steeds vaker tot speculatie vanwege het gebrek aan motivering, voornamelijk wanneer het grondwettelijke kwesties betreft. De meeste uitspraken bevatten immers alleen zinnen als ‘het verzoek om opschorting dat is voorgelegd aan rechter [x] en door hem naar het Hof is verwezen, wordt afgewezen’ of ‘het verzoek om voorlopige voorziening dat is voorgelegd aan rechter [x] en door hem naar het Hof is verwezen, wordt toegewezen’.

De afgelopen jaren heeft het Supreme Court veel zaken beslecht binnen de *shadow docket* die grote gevolgen hadden voor de bescherming en beperking van mensenrechten, zonder dat de uitspraken uitgebreid werden gemotiveerd. De Supreme Court deed onder andere uitspraken omtrent zogenoemde congreskaarten. Congreskaarten geven, kortgezegd, de geografische grenzen aan die de districten definiëren voor vertegenwoordiging in het Amerikaanse Huis van Afgevaardigden, en worden elke tien jaar herzien na de volkstelling. De rechters beslisten, nadat een lagere rechtbank deze ongeldig had verklaard, dat de nieuwe congreskaarten van Alabama,<sup>25</sup> en Louisiana,<sup>26</sup> in werking mochten treden ondanks dat de congreskaarten nadelig waren voor het stemrecht van minderheidsgemeenschappen en de *Voting Right Act* zouden schenden. Dit was voornamelijk opvallend omdat eerdere jurisprudentie nog bepaalde dat rechtbanken de verkiezingsregels niet mogen beïnvloeden als dit dicht op de verkiezingen plaatsvindt.<sup>27</sup> Binnen de *shadow docket* zijn echter nog meer zaken verschenen die van invloed zijn geweest op de bescherming van mensenrechten en tot veel discussie hebben geleid.

24 Zie hierover S. Vladeck, *The Shadow Docket. How the Supreme Court Uses Stealth Rulings to Amass Power and Undermine the Republic*, New York: Basic Books 2023.

25 U.S Supreme Court 7 februari 2022, 142 S. Ct. 879 (*Merrill/Milligan*).

26 U.S Supreme Court 28 juni 2022, 142 S. Ct. 2892 (*Ardoin/Robinson*).

27 U.S Supreme Court 20 oktober 2006, 127 S. Ct. 5 (*Purcell/Gonzalez*).

3.1 *Free Exercise Clause*

Zo besliste het Supreme Court in *Roman Catholic Diocese of Brooklyn/Cuomo* dat capaciteitsbeperkingen voor ‘rode zones’ die waren ingesteld voor religieuze diensten vanwege Covid-19 in New York moesten worden opgeheven,<sup>28</sup> vanwege het verlies van religieuze vrijheden op basis van de *Free Exercise Clause* uit het Eerste Amendement van de Grondwet. De *Free Exercise Clause* stelt dat mensen het recht hebben om hun religie vrijelijk te belijden en hun geloof te praktiseren zonder dat de overheid zich ermee bemoeit. De beperkingen zagen toe op het aantal toegestane personen binnen de gebouwen, maar waren niet meer van kracht ten tijde van de behandeling van de zaak, omdat de religieuze instellingen zich niet meer in de rode zone bevonden.<sup>29</sup> De uitspraak ontving veel kritiek, voornamelijk omdat de eisers in de zaak geen direct belang meer hadden en er geen geschil meer bestond.<sup>30</sup> Toch besliste het Supreme Court dat de beperkingen in strijd waren met de *Free Exercise Clause* uit het Eerste Amendement van de Grondwet en negeerde daarbij de ontvankelijkheidseisen van de zaak.

Een ander noodbevel omtrent religieuze vrijheid trok ook veel aandacht. In dit geval omdat de Supreme Court binnen de *shadow docket*, dus zonder volledige procedure, een nieuwe interpretatie zou geven aan de *Free Exercise Clause*. De *Free Exercise Clause* dient onder meer te voorkomen dat de overheid zich mengt in religieuze praktijken. Het Supreme Court hield lang vast aan de opvatting dat wetten die de uitoefening van religieuze praktijken beperken niet als ongrondwettelijk worden beschouwd, tenzij religie specifiek en onevenredig wordt behandeld.<sup>31</sup> Anders gezegd, het feit dat lokale, staats- of federale wetgeving beperkingen oplegt aan religieuze praktijken op zichzelf wordt niet automatisch als een schending van de Grondwet beschouwd, tenzij er sprake is van onevenredige en ongerechtvaardigde discriminatie ten opzichte van andere religies. In *Tandon/Newsom* – een zaak waarin werd bepaald dat de staat Californië geen Covid-19-beperkingen op religieuze privé-bijeenkomsten mocht afdwingen – sloeg het Supreme Court echter een andere weg in. In plaats van vast te houden aan eerdere interpretaties van de *Free Exercise Clause*, was de interpretatie nu dat elke uitzondering die geldt voor niet-religieuze activiteiten automatisch ook van toepassing is op religieuze activiteiten.<sup>32</sup> Dit vergrootte aanzienlijk de verplichting van de overheid om religieuze aanpassingen te maken aan onder andere de Covid-19-beperkingen. De kritiek hierop is echter niet enkel dat de Supreme Court de *Free Exercise Clause* anders interpreteerde dan voorheen, maar voornamelijk dat er een ingrijpende verandering heeft plaatsgevonden met betrekking tot de inhoudelijke invulling van religieuze vrijheden zonder het doorlopen van de volledige procedure. Hetgeen inbreuk zou maken op het recht op een eerlijk proces.

28 In die rode zones werd een limiet van 10 mensen ingesteld in gebedshuizen; in oranje en gele zones was dat respectievelijk 25 mensen en 50% van de capaciteit van het gebouw. Zie ‘Executive order of Andrew M. Cuomo’, [governor.ny.gov/sites/default/files/atoms/files/EO202.68.pdf](https://governor.ny.gov/sites/default/files/atoms/files/EO202.68.pdf), No. 202.68.

29 U.S. Supreme Court 25 november 2020, 141 S. Ct. 63, 68 (*Roman Catholic Diocese of Brooklyn/Cuomo*).

30 Zie onder meer Vladeck 2023 (*supra* noot 24); S. Vladeck, ‘The Most-Favored Right: COVID, the Supreme Court, and the (New) Free Exercise Clause’, *NYU Journal of Law and Liberty* 2022, p. 699-750.

31 U.S. Supreme Court 17 november 1990, 494 U.S. 872 (*Employment Division/Smith*).

32 U.S. Supreme Court 9 april 2021, 141 S. Ct. 1294 (*Tandon/Newsom*).

## 3.2 Abortus

De meest controversiële *shadow docket* beslissing had betrekking op de *Texas Heartbeat Act* van 2021, die abortus verbood wanneer er al foetale hartactiviteit was gedetecteerd en burgers toestond om een civiele procedure aan te spannen tegen personen die abortussen uitvoerden of daarbij assisteerden. De Texaanse wet zou op 1 september 2021 in werking treden, maar werd onmiddellijk bekritiseerd omdat de handhaving ervan in handen van de burgers werd gelaten en abortus nog een erkend fundamenteel recht onder de Amerikaanse Grondwet was. Het werd echter vrijwel onmogelijk gemaakt om de inwerkingtreding ervan tegen te houden of aan te vechten. Daarnaast verbood de wet ook het verhalen van kosten op de eisers van een zaak, waardoor abortusaanbieders altijd de kosten van een rechtszaak moesten dragen, zelfs als ze wonnen. De *Texas Heartbeat Act* werd uitgevaardigd vóór de uitspraak in *Dobbs/Woman's Health Organization*, waarin het Supreme Court de bevoegdheid om abortus toe te staan teruggaf aan de staten en toegang tot abortus niet meer als fundamenteel recht erkende.<sup>33</sup>

Enkele zorgverleners stapten naar de rechter om de handhaving van de wet te blokkeren. In eerste instantie was er een hoorzitting gepland voor een voorlopige voorziening, maar de gedaagden verzochten een lagere rechtbank om een administratieve opschorting van alle procedures voor de rechtbank voordat er een beslissing werd genomen over de voorlopige voorziening. De zorgverleners wendden zich uit onvrede eind augustus 2021 tot het Supreme Court en verzochten de opschorting in te trekken of de wet helemaal te verbieden. De meerderheid van de rechters besloot echter, binnen de *shadow docket*, dat er geen reden was om in te grijpen en liet de controversiële wet in stand – zonder dat er een volledige behandeling of pleidooi had plaatsgevonden.<sup>34</sup> Dit leidde ertoe dat vrouwen vanaf 1 september 2021 grote beperkingen ondervonden in hun recht op abortus, iets wat in 2021 ongrondwettelijk verklaard had kunnen worden omdat *Roe* en *Casey* nog van kracht waren.<sup>35</sup> *Roe* en *Casey* boden immers, toen nog, het raamwerk voor een fundamenteel recht op abortus onder de Amerikaanse Grondwet. De controversiële uitspraak van het Supreme Court waarin het recht op abortus na vijftig jaar niet meer grondwettelijk werd geacht, vond immers pas plaats in juni 2022.<sup>36</sup> De kritiek kwam echter niet alleen van buitenaf, ook de *dissenting opinions* bij de beslissing over de *Texas Heartbeat Act* waren niet mild:

'Without full briefing or argument, and after less than 72 hours' thought, this Court greenlights the operation of Texas's patently unconstitutional law banning most abortions. The Court thus rewards Texas's scheme to insulate its law from judicial review [which] prohibits abortions for the vast majority of women who seek them – in clear, and indeed undisputed, conflict with *Roe* and *Casey*. Today's ruling illustrates just how far the Court's "shadow-docket" decisions may depart from the usual principles of appellate process.'<sup>37</sup>

33 Zie U.S. Supreme Court 24 juni 2022, 142 S.Ct. 2228, 2259 (*Dobbs/Jackson Women's Health Organization*): 'We therefore hold that the Constitution does not confer a right to abortion. *Roe* and *Casey* must be overruled, and the authority to regulate abortion must be returned to the people and their elected representatives.'

34 U.S. Supreme Court 1 september 2021, 141 S. Ct. 2494 (*Whole Woman's Health/Jackson*).

35 Zie U.S. Supreme Court 22 januari 1973, 410 U.S. 113 (*Roe v. Wade*); U.S. Supreme Court 29 juni 1992, 505 U.S. 833 (*Planned Parenthood/Casey*).

36 In de zaak *Dobbs/Jackson Woman's Health Organization* werd bepaald dat de bevoegdheid om abortus toe te staan bij de staten ligt en dat abortus, 50 jaar na *Roe/Wade*, geen fundamenteel recht meer was onder de Amerikaanse Grondwet. Zie U.S. Supreme Court 24 juni 2022, 142 S.Ct. 2228 (*Dobbs/Jackson Woman's Health*).

37 U.S. Supreme Court 1 september 2021, 141 S. Ct. 2494, 2500 (*Whole Woman's Health/Jackson*) (Kagan, J., dissenting)



De kern van de kritiek hier is dat de rechters snel beslissen om de uitvoering van de omstreden abortuswet van Texas toe te staan, zonder volledige briefing of argumenten, en met weinig tijd voor beraadslaging. Bovendien wordt de beslissing bekritiseerd vanwege het gebruik van de *shadow docket*, omdat de inhoudelijke afweging sterk afwijkt van de gebruikelijke principes van het beroepsproces. Hoewel het over het algemeen wordt geaccepteerd dat het toekennen van extra tijd om documenten in te dienen of het afwijzen van een beroep binnen de *shadow docket* gebeurt, wordt het echter zorgwekkender wanneer de *shadow docket* wordt gebruikt voor een meer diepgaande inhoudelijke behandeling van de zaak. Een *shadow docket* beslissing zonder pleidooien van de partijen of uitgebreide motivering van de rechters, maar wel met soms ingrijpende gevolgen voor fundamentele rechten, kan haaks staan op de principes van een eerlijk proces.

Daarnaast dient de *shadow docket* voornamelijk gebruikt te worden voor spoedeisende zaken met een tijdelijk karakter.<sup>38</sup> Juist vanwege het feit dat de *shadow docket* beslissingen niet-ondertekend en vaak ongemotiveerd zijn, dient hun reikwijdte beperkt te zijn. Het wordt complex wanneer de beslissingen grote gevolgen hebben voor de inhoudelijke invulling van mensenrechten, terwijl consistentie en uitgebreide argumentatie grotendeels ontbreken. Dat gebrek leidt tot ruimte voor het publiek om zijn eigen (verkeerde) conclusies te trekken, verminderd begrip van bepaalde uitkomsten en een toenemend verwijt dat de rechtbank niet handelt als een rechtbank. Het gebrek aan motivering laat veel ruimte voor de burgers om zelf in te vullen op basis waarvan de Supreme Court uitspraak doet en kan leiden tot speculatie met betrekking tot de gronden waarop de beslissing is gebaseerd. Het verwijt dat het Supreme Court een eigen politieke agenda zou hebben is dit hof dan ook niet vreemd. Voorop dient te staan dat het vermoeden van willekeurige besluitvorming wordt voorkomen, ook wanneer het gaat om spoedeisende zaken die een snelle procedure vereisen.

#### 4 Centralisatie van macht

Een derde, en laatste, les ziet toe op de machtscentralisatie van de rechters. Het Supreme Court heeft de afgelopen jaren macht weggenomen bij lagere rechtbanken, agentschappen en staten en die macht naar zichzelf toegetrokken.

##### 4.1 Lagere rechtbanken

Voor de lagere rechtbanken geschiedt dit voornamelijk middels de *shadow docket* door het inhoudelijk behandelen van grondwettelijke zaken zonder dat er een volledige briefing of pleidooi plaatsvindt, waardoor traditionele procedurele regels worden omzeild. Het Supreme Court heeft, zoals eerder besproken, Covid-19-beperkingen opgeheven en verkiezingen door laten gaan op basis van controverse congreskaarten, zonder de beslissingen van de lagere rechtbanken inhoudelijk te beoordelen. Ook wordt de *shadow docket* niet enkel voor noodgevallen gebruikt,

38 C. Waldhauser, 'Unprecedented Precedent: The Case Against Unreasoned "Shadow Docket" Precedent', *Constitutional Commentary* 2023, p. 149.

maar wordt het een ‘nieuwe plek’<sup>39</sup> om de inhoudelijke behandeling plaats te laten vinden – maar dan zonder het volledig doorlopen van het vereiste proces.

Daarnaast hebben de negen hoogste rechters in zaken meer beslist dan de voorgelegde rechtsvraag, waardoor de kritiek ontstaat dat de rechters naar eigen oordeel meer kunnen beslissen dan de lagere rechtbanken. De vraag in *Dobbs/Whole Woman’s Health Organization* was bijvoorbeeld of abortus nog mocht worden toegestaan na vijftien weken, maar de meerderheid gaf de bevoegdheid om abortus toe te staan volledig terug aan de staten.<sup>40</sup> Daarnaast ontvangt het Supreme Court kritiek omdat ze zich niet gehouden hebben aan de voorschriften omtrent ontvankelijkheid en zouden ze de feiten in een zaak ‘zelf geschreven’ hebben. De Supreme Court zou bijvoorbeeld de niet betwiste feiten, vastgesteld door de lagere rechtbanken, genegeerd hebben in een zaak – hetgeen de indruk wekte dat de rechters redeneren naar een uitkomst gebaseerd op persoonlijke opvattingen.<sup>41</sup> Daarnaast mag het Supreme Court zelf beslissen welke voorgelegde rechtsvragen ze wel of niet behandelen, zonder de keuze te motiveren, en formuleren ze soms zelf een rechtsvraag door voor te schrijven dat ‘the parties are directed to brief and argue the following question: [x].’<sup>42</sup>

## 4.2 Agentschappen

Agentschappen kunnen in de VS de bevoegdheid krijgen om te opereren binnen de autoriteit die het congres hen verleent, maar ook bij agentschappen heeft het Supreme Court macht weggenomen. In het geval van *Environmental Protection Agency* (hierna: EPA) kreeg het agentschap de bevoegdheid om de uitstoot van broeikasgassen te reguleren binnen verschillende sectoren. Rechtbanken in de VS hebben lang ingestemd met de ruime discretionaire bevoegdheid die agentschappen krijgen van het congres, maar in 2022 stopte het Supreme Court met de eerbiediging van die bevoegdheid indien er sprake is van een, door het Supreme Court gedefinieerde, ‘major question’. In het geval van EPA werd beslist dat het vaststellen van emissieplafonds van zo’n groot politiek en economisch belang is, dat het door het Supreme Court onwaarschijnlijk werd geacht dat het congres daar expliciet toestemming voor had gegeven. Met de uitspraak werd de bevoegdheid van EPA beperkt en de regulering van koolstofemissie bemoeilijkt. Rechtbanken dienen als gevolg van de uitspraak strenger op te treden in kwesties waar er sprake is van een *major question* en de beslissing heeft grote invloed op het Amerikaanse milieubeleid.

39 ‘[T]he Court’s emergency docket [is] not for emergencies at all. The docket becomes only another place for merits determinations – except made without full briefing and argument.’ Zie U.S. Supreme Court 6 april 2022, 142 S. Ct. 1347, 1349 (*Louisiana/American rivers Rivers*) (Kagan, J., dissenting).

40 U.S. Supreme Court 24 juni 2022, 142 S.Ct. 2228 (*Dobbs/Jackson Women’s Health Organization*).

41 Zie M. Lemley, ‘The Imperial Supreme Court’, *Harvard Law Review* (136) 2022, afl. 1, p. 108: ‘In *Kennedy v. Bremerton School District*, the Court took the remarkable step of rewriting the facts of the case, ignoring what actually happened (as found by both the district court and the court of appeals and documented with photographs), and writing its own (false) set of facts to tell a more favorable story for the outcome it wanted to reach.’

42 Voorbeelden van zaken zijn U.S. Supreme Court 10 juni 2011, 564 U.S. 338 (*Wal-Mart Stores, Inc./Dukes*) ‘[I]n addition to question I, the parties are directed to brief and argue the following question: “whether the class certification ordered under rule 23(b)(2) was consistent with rule 23(a)”’; U.S. Supreme Court 19 januari 2016, 577 U.S. 1101 (*United States v. Texas*), “the parties are directed to brief and argue the following question: “whether the guidance violates the Take Care Clause of the Constitution, Art. II, §3’.

Daarnaast viel de zaak op vanwege het negeren van de ontvankelijkheidseisen,<sup>43</sup> een kritiek die de rechters ook ontvingen na *Roman Catholic Diocese of Brooklyn/Cuomo*. Er werd overgegaan tot een inhoudelijke behandeling van de zaak, terwijl de verordening niet meer in werking zou treden.<sup>44</sup> Het betrof hier immers regelgeving uit het tijdperk van president Obama die enkele jaren later werd teruggedraaid door Trump. De regering van Biden maakte vervolgens bekend de verordening niet opnieuw in te voeren, maar het Supreme Court besloot toch te oordelen over de wettigheid van de verordening die niet langer van kracht was en bovendien nog geen plannen had om opnieuw van kracht te worden.<sup>45</sup>

Daarnaast beperkte het Supreme Court de bevoegdheid van de door het congres opgerichte *Occupational Safety & Health Administration* (hierna: OSHA), een agentschap dat werd opgericht om veiligheidsnormen voor werkplekken in te stellen. OSHA stelde een regel in voor bedrijven met meer dan honderd werknemers die eiste dat elke werknemer een Covid-19-vaccinatie kreeg, behalve de werknemers die elke week op eigen kosten een negatieve test konden laten zien en altijd een masker droegen. Binnen de *shadow docket* oordeelde het Hooggerechtshof echter dat OSHA die bevoegdheid niet had, omdat het agentschap alleen toezicht mocht houden op de veiligheid op de werkplek en geen regels mocht opstellen voor het toezicht op de volksgezondheid. Opvallend genoeg verwees rechter Gorsuch in zijn *concurring opinion* bij zowel EPA al OSHA naar de ‘nondelegation doctrine’, waarmee hij impliceerde dat er ook kwesties bestaan waarin het delegeren van bevoegdheden helemaal niet mogelijk is. Zelfs als het congres de bevoegdheid expliciet heeft gegeven en de zaak binnen het politieke domein dus is afgedaan, zou de rechterlijke macht kunnen ingrijpen.<sup>46</sup>

#### 4.3 Staten

Ook beperkte het Supreme Court de macht van de staten. Zoals omschreven werd in *Tandon/Newsom* beslist dat, op basis van het Eerste Amendement uit de Grondwet, de staat California geen beperkingen meer mocht opleggen aan religieuze bijeenkomsten om de verspreiding van Covid-19 te voorkomen door neutrale regels van algemene toepassing op religieuze groepsbijeenkomsten toe te passen.<sup>47</sup> Terwijl staten die bevoegdheid binnen dit terrein wel lang hadden. Ook mogen openbare scholen werknemers niet meer verbieden om leerlingen tijdens schoolevene-

43 U.S. Supreme Court 30 juni 2022, 142 S. Ct. 2587 (*West Virginia/Environmental Protection Agency*).

44 Lemley 2022 (*supra* noot 41), p. 108.

45 Rechter Elena Kagan betrok deze kritiek wel in haar *dissenting opinion*: “ The Court may be right that doing so does not violate Article III mootness rules (which are notoriously strict) (...) But the Court’s docket is discretionary, and because no one is now subject to the Clean Power Plan’s terms, there was no reason to reach out to decide this case. The Court today issues what is really an advisory opinion on the proper scope of the new rule EPA is considering. That new rule will be subject anyway to immediate, pre-enforcement judicial review. But this Court could not wait – even to see what the new rule says – to constrain EPA’s efforts to address climate change. Zie U.S. Supreme Court 30 juni 2022, 142 S. Ct. 2587, 2628 (*West Virginia v. Environmental Protection Agency*) (Kagan, J., dissenting)

46 U.S. Supreme Court 30 juni 2022, 142 S. Ct. 2587 (*West Virginia v. Environmental Protection Agency*); U.S. Supreme Court 23 januari 2022, 142 S. Ct. 661, 668-669 (*National Federation of Independent Business/ Department of Labor, Occupational Safety and Health Administration*).

47 U.S. Supreme Court 9 april 2021, 141 S. Ct. 1294 (*Tandon/Newsom*).

menten voor te gaan in een openbaar gebed op het schoolterrein,<sup>48</sup> terwijl de *Establishment Clause* van het Eerste Amendement stelt dat de overheid terughoudend moet zijn met betrekking tot religieuze aangelegenheden en bovendien de ene religie niet boven de andere mag plaatsen.

De meest spraakmakende beslissing was *New York State Rifle & Pistol Association, Inc./Bruen*, waarin de bevoegdheid van de staat New York werd beperkt om regels op te stellen met betrekking tot het recht op wapenbezit en het Tweede Amendement van de Grondwet verder werd uitgebreid. Wapenbezit zonder vergunning was strafbaar en een onbeperkte vergunning kon alleen worden verleend als de aanvrager kon aantonen dat er een ‘proper cause’ bestond voor het dragen van dat vuurwapen. Een meerderheid van rechters oordeelde echter dat de overheid moet aantonen dat de regulering consistent is met de ‘historische traditie’ van vuurwapenregulering van de VS en dat kon de staat volgens de rechters niet.<sup>49</sup> Er blijft dan echter weinig over om te reguleren, want op het moment dat het Tweede Amendement van kracht werd in 1791 bestonden er vrijwel geen beperkingen. De uitspraak had dan ook onmiddellijk gevolgen. Zo oordeelde een rechter in New York dat vuurwapens zijn toegestaan in gebedshuizen, omdat ze in het verleden ook niet verboden waren en werd er in West Virginia beslist dat het ongrondwettelijk is om serienummers op vuurwapens te eisen, omdat er geen eerdere wetgeving uit de 18e eeuw is die hetzelfde voorschreef.<sup>50</sup> Ook werd een verbod op wapenbezit voor mensen die veroordeeld zijn voor huiselijk geweld geschrapt, omdat huiselijk geweld een paar eeuwen geleden niet verboden was.<sup>51</sup> De bevoegdheid van staten om wapenbezit te reguleren werd vrijwel volledig beperkt door *Bruen*, terwijl de wapenwetten van de staat New York al sinds het begin van de twintigste eeuw bestonden.

Een derde belangrijke les die hieruit getrokken kan worden is dat een hof zorgvuldig na dient te gaan in welk domein het zich begeeft. Grote veranderingen dienen in eerste instantie democratisch gelegitimeerd te zijn en derhalve opgelost te worden binnen het politieke domein. In de Verenigde Staten heeft het Supreme Court aanzienlijke macht naar zichzelf toetrokken, wat heeft geleid tot ingrijpende beslissingen op gebieden zoals milieuregulering, gezondheidszorg en religieuze vrijheden. Zeker met betrekking tot een significante inperking of bescherming van mensenrechten is een zorgvuldige afweging en transparantie essentieel. Het vraagt dus een delicaat evenwicht om effectief te recht te spreken en tegelijkertijd de grondwettelijke rechten en principes te respecteren. Het is van belang dat de rechterlijke macht een evenwichtige benadering hanteert, waarbij het de principes van de rechtsstaat en de bescherming van mensenrechten waarborgt zonder de operationele autonomie en flexibiliteit van lokale en regionale bestuurslagen onnodig te ondermijnen. Dit vereist een zorgvuldige afweging van de constitutionele kaders, de uitvoerende en wetgevende bevoegdheden, evenals de specifieke uitdagingen en behoeften van verschillende domeinen. Wanneer een hoogste rechterlijke macht de schijn wekt de rol van een democratisch gelegitimeerd orgaan over te nemen of politieke beslissingen

48 U.S. Supreme Court 27 juni 2022, 142 S.Ct. 2407 (*Kennedy/Bremerton School District*).

49 U.S. Supreme Court 23 juni 2022, 142 S. Ct. 2111, 2126 (*New York State Rifle & Pistol Association, Inc./ Bruen*): ‘To justify its regulation, the government may not simply posit that the regulation promotes an important interest. Rather, the government must demonstrate that the regulation is consistent with this Nation’s historical tradition of firearm regulation. Only if a firearm regulation is consistent with this Nation’s historical tradition may a court conclude that the individual’s conduct falls outside the Second Amendment’s “unqualified command”.

50 Zie onder meer R. Busse, ‘One Nation Under Guns: How this year’s Supreme Court ruling on Second Amendment rights is changing everything’, *The Atlantic* 14 december 2022.

51 Busse 2022 (*Supra* noot 50).

overhaast te ondermijnen, zal het vertrouwen en gezag onvermijdelijk afnemen – en wordt het principe van *checks and balances* aangetast.

## 5 Korte reflecties en conclusie

Zoals in de inleiding kort is aangestipt bestaat er in Nederland discussie over het instellen van een hof belast met grondwettelijke toetsing. NSC wil ‘het verbod op toetsing aan de Grondwet opheffen en een constitutioneel hof instellen dat aangenomen wetten toetst aan de Grondwet’.<sup>52</sup> Niet alleen of de instelling wenselijk is, maar ook de vraag *hoe* een dergelijk constitutioneel hof dan dient te opereren en te worden vormgegeven is onderwerp van gesprek. Voorgaande lessen onderstrepen het belang van zorgvuldige overwegingen omtrent een eventueel Nederlands constitutioneel hof. Ondanks dat het Nederlandse politieke systeem en rechtsstelsel significant verschilt van dat van de VS en er geen sprake is van een federale structuur, kunnen de lessen wel enkele inzichten verschaffen.

Het is zonder meer essentieel dat een benoemingsprocedure zo is ontworpen dat politieke invloed tot een minimum wordt beperkt en dat de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht wordt gewaarborgd ter bevordering van een eerlijk proces. De benoemingsprocedure zou overeenkomsten kunnen vertonen met de huidige benoemingspraktijk van de Hoge Raad.<sup>53</sup> De Raad van State heeft immers eerder een advies uitgebracht over voorgestelde wijzigingen in de benoemingsprocedure van de Hoge Raad, waarin wordt gesteld dat de nu vastgelegde opleidingseisen en de huidige rol van de Hoge Raad in de selectieprocedure politieke invloed voldoende voorkomen.<sup>54</sup> De *Venice Commission* benadrukt eveneens dat benoemingen moeten worden gebaseerd op deskundigheid, maar idealiter met instemming van twee derde meerderheid van het parlement worden doorgevoerd – een aspect dat momenteel ontbreekt bij de Hoge Raad.<sup>55</sup> Zo kan de rechterlijke onafhankelijkheid en daarmee een eerlijk proces zo goed mogelijk worden gewaarborgd. De bevindingen van de Raad van State, tezamen met die van de *Venice Commission* kunnen een startpunt vormen bij de overwegingen omtrent de benoemingen van rechters belast met grondwettelijke toetsing, omdat het politieke inmenging afdoende kan tegengaan. Voorop dient te staan dat de rechterlijke onafhankelijkheid zo goed mogelijk wordt gewaarborgd als onderdeel van een eerlijk proces.

Een tweede les is om de bevoegdheden voor het aannemen en behandelen van (spoedeisende) grondwettelijke zaken op zo’n manier vorm te geven dat het inzichtelijk en transparant blijft voor burgers op welke gronden, en middels welke procedure, mensenrechten kunnen worden beperkt. Beslissingen dienen grondig te worden gemotiveerd om het risico van willekeur te vermijden en het publieke vertrouwen te behouden. Een transparant en gemotiveerd besluitvormingsproces is van belang om vertrouwen in een eerlijke rechtsgang te garanderen.

52 NSC, *Tijd voor herstel. Vertrouwen. Zekerheid. Perspectief* (verkiezingsprogramma 2023), p. 8.

53 Zie onder meer P. Bovend’Eert, ‘Versterking van de Rechtsstaat. Betere waarborgen voor rechterlijke onafhankelijkheid’, *NJB* 2024/197, p. 240-249.

54 Advies Raad van State inzake de benoeming van de leden van de Hoge Raad der Nederlanden (*Stert.* 2023, 3777), p. 5.

55 Rapport Venice Commission, *The Netherlands, Legal safeguards of the independence of the judiciary from the executive power*, Straatsburg 2023, p. 7.

De les omtrent machtscentralisatie dient meer als een advies, voornamelijk vanwege het ontbreken van vergelijkbare federale structuur in Nederland. Wel is, voor een potentieel constitutioneel hof, de les van belang met betrekking tot de Nederlandse gedecentraliseerde eenheidsstaat. Als een rechtbank middels grondwettelijke toetsing te veel macht naar zich toetrekt, kan dit het vermogen van (lokale) overheden om effectief beleid te voeren en maatwerk te leveren ondermijnen. De Nederlandse aanpak van klimaatverandering vereist bijvoorbeeld een gecoördineerde inspanning tussen de centrale overheid en lokale bestuurslagen. Een vergelijkbare zorg geldt voor de jeugdzorg, waar decentralisatie heeft geleid tot variabele kwaliteit en toegang tot zorg tussen verschillende regio's. De rechterlijke macht dient om die reden in ieder geval een gecoördineerde inspanning tussen de centrale overheid en lokale bestuurslagen niet te bemoeilijken. De nuances van de gedecentraliseerde aanpak die in bepaalde sectoren wordt gehanteerd dienen gerespecteerd te worden indien er een grondwettelijk geschil ontstaat, zonder voorbij te gaan aan het beschermen van fundamentele rechten. Het is essentieel om de potentiële voordelen van deze gedecentraliseerde benadering te erkennen, die kan bijdragen aan een effectievere en meer op maat gemaakte respons. Hierbij zal een constitutioneel hof zorgvuldig moeten afwegen *of en hoe* het ingrijpt, ook gezien de complexiteit en diversiteit van de betreffende sectoren – zonder de gevolgen van de beslissing uit het oog te verliezen.

De toegang tot een onafhankelijke rechter als onderdeel van een eerlijk proces dient voorop te staan bij de bescherming van mensenrechten. In dit artikel is een aantal lessen uit de constitutionele praktijk uit de VS aangeboden die eventueel van belang *kunnen* zijn voor de discussie omtrent een Nederlands constitutioneel hof, waar met name door NSC op wordt aangedrongen. Ten eerste illustreert de benoemingsprocedure van het Supreme Court het gevaar van politieke inmenging en daarmee een risico van ondermijning van het publieke vertrouwen. Het is essentieel dat de benoemingsprocedure zo onafhankelijk mogelijk is van politieke invloeden teneinde het vertrouwen van de burgers te behouden. Ten tweede maakt de wijze waarop de discretionaire bevoegdheid van het Supreme Court is geregeld het belang van transparantie en verantwoording in de besluitvorming van een constitutioneel hof duidelijk. De schijn van willekeurig behandelen of afwijzen van zaken zonder duidelijke motivering kan leiden tot een afname van het vertrouwen en een gevoel van onbegrip bij het publiek. Een transparant en gemotiveerd besluitvormingsproces is daarom cruciaal om vertrouwen in een eerlijke rechtsgang te waarborgen. Tot slot onderstreept de centralisatie van macht bij het Supreme Court het belang van *checks and balances* in het rechtsstelsel. Een constitutioneel hof moet zijn rol begrijpen binnen het bredere democratische systeem en niet de neiging hebben om te veel macht naar zich toe te trekken ten koste van mensenrechten.

Hoewel het Nederlandse rechtsstelsel aanzienlijk verschilt met die van de Verenigde Staten – en het onzeker is of en hoe een constitutioneel hof wordt ingevoerd – bieden de ervaringen van het Supreme Court waardevolle inzichten voor het overwegen van de vorming en operatie van een eventueel Nederlands constitutioneel hof. Bovendien zou het zin hebben de rechtsvergelijking uit te breiden tot andere landen. Het is immers van cruciaal belang om deze lessen te integreren in de discussie om vertrouwen en effectiviteit te garanderen. Er moet op kunnen worden vertrouwd dat een eerlijk proces zo onafhankelijk en onpartijdig mogelijk wordt gewaarborgd.