



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Categorisering als alternatief voor belangenafweging?

Gerards, J.H.; Bomhoff, J.A.; Pontier J.A.

Citation

Gerards, J. H., & Bomhoff, J. A. (2007). Categorisering als alternatief voor belangenafweging? In *Alles afwegende..* (pp. 145-160). Nijmegen: Ars Aequi. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/13057>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/13057>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Categorisering als alternatief voor belangenafweging?

J.H. Gerards en J.A. Bomhoff

1. Inleiding

In rechterlijke uitspraken over grondrechtenkwesies wordt vaak verwezen naar de metafoor van de belangenafweging.¹ De rechter plaatst daarbij twee rechten of belangen tegenover elkaar en beoordeelt welke van de twee het zwaarste moet wegen. Zeker in de Europese rechtsorde, zoals die is gevormd door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), is het gebruik van een belangenafweging bij het beargumenteren van rechterlijke uitspraken een vanzelfsprekendheid geworden.² Tegelijkertijd is duidelijk dat het instrument van de belangenafweging een aantal problemen in zich draagt, waarbij de ongrijpbaarheid van het gehele proces van belangenafweging misschien wel de belangrijkste is.³ Voor een rechter is het moeilijk zichtbaar te maken hoe zijn belangenafweging is verlopen en op welke gronden hij tot een keuze is gekomen. Niet voor niets wordt in dit verband vaak gesproken van een rechterlijke 'sprong' of van een 'black box' waarin de afweging plaatsvindt.⁴

De mogelijke kritiek op het instrument van de belangenafweging heeft in Europa nauwelijks geleid tot een serieuze discussie over alternatieve argumentatievormen. Dit is anders in de Verenigde Staten, waar belangenafwegingen vrijwel vanaf het eerste moment ter discussie hebben gestaan. Het debat in de VS is daarbij tot op zekere hoogte te karakteriseren als een '*vices and virtues*'-debat, waarbij de voor- en nadelen van de methode van belangenafweging worden afgezet tegen de voor- en nadelen van eventuele alternatieven.⁵ Een in deze discussies veelgenoemd alternatief is dat van categorisering.⁶ Daarbij definieert de rechter, ten behoeve van de toepassing van een grondrecht, een aantal heldere regels en uitgangspunten.⁷ Is bijvoorbeeld sprake van een smaadprocedure, dan weegt de rechter daarin niet *ad hoc* belangen af, maar formuleert hij een aantal voorwaarden waaronder kan worden gesproken van smaad. Deze rechterlijke 'regels' zijn voor herhaalde toepassing vatbaar: in iedere nieuwe smaadzaak kan hetzelfde stelsel van voorwaarden worden toegepast. Daardoor wordt voorkomen dat de rechter telkens weer een eigen afweging moet maken en worden de duidelijkheid en voorspelbaarheid van rechterlijke uitspraken vergroot. Het is juist vanwege die voordelen dat de methode van categorisering in de Verenigde Staten vaak is voorgesteld.

1 Zie over deze metafoor uitgebreid o.a. Smith 2006, p. 141 en Aleinikoff 1987, p. 946.

2 Dit is ook niet zo vreemd, nu het EVRM een aantal uitzonderingsgronden omvat waarin uitdrukkelijk melding wordt gemaakt van de 'noodzaak' van een bepaalde uitzondering om een legitieme doelstelling te kunnen verwezenlijken. Een dergelijke formulering dwingt welhaast tot individuele afwegingen.

3 Zie voor een uitgebreide kritiek vooral Aleinikoff 1987, p. 972 e.v. en Habermas 1996, p. 256 e.v. Problematisch is vooral ook de subjectieve getinheid van het uiteindelijke waardeoordeel dat nodig is om een beslissing te kunnen nemen; zie nader Van Drooghenbroeck 2001, p. 15.

4 Zie resp. Scholten 1974, p. 76 en 130 en Aleinikoff 1987, p. 976.

5 Zie Schlag 1985, p. 400. Soortgelijke debatten zijn zichtbaar als het gaat om verwante juridische tegenstellingen, zoals de tegenstelling tussen 'rules' (duidelijke, goed toepasbare regels) en 'standards' (vage normen die een zekere mate van beoordelingsvrijheid laten aan de regeltoepasser, en waarin gebruik wordt gemaakt van begrippen als 'redelijk' of 'passend'); zie daarover in het bijzonder Kennedy 1976, p. 1710 en Sullivan 1991a, p. 65 e.v..

6 Zie in het bijzonder Scalia 1989 en Sullivan 1992a en 1992b.

7 Vgl. Sullivan 1992a, p. 59, die aangeeft dat het moet gaan om 'brightline boundaries'. Zie ook de werkdefinitie hieronder in par. 2.

Een voorbeeld van een pleidooi voor een herwaardering van categorische rechtsvinding in de VS is het beroemd geworden artikel van Richard Pildes uit 1994 – ‘*Avoiding Balancing: The Role of Exclusionary Reasons in Constitutional Law*’.⁸ Pildes doet daarin expliciet het voorstel voor een gedeeltelijke terugkeer naar een *oudere* methode van (constitutionele) rechtsvinding; een methode die gangbaar was voor de opkomst van het afwegingsdenken.⁹ Zijn titel en vraagstelling – ‘*Avoiding Balancing*’ – illustreren hoezeer sindsdien belangenafweging, ten koste van deze oudere methode, aan terrein heeft gewonnen – een opmars die in belangrijke mate juist is gevoed door kritiek op de voorheen gangbare, meer categorische benadering van rechtsvinding.¹⁰ Interessant is bovendien dat de genoemde problemen die aan de belangenafweging zijn verbonden voor Pildes niet de enige redenen zijn om een methode van categorisering te bepleiten. Volgens Pildes zou een categorische benadering, gebaseerd op het concept van ‘*exclusionary reasons*’ (verboden gronden voor overheidshandelen) ook beter recht doen aan de rol die constitutionele waarborgen in de moderne maatschappij zouden moeten spelen.

Het artikel van Pildes laat zien dat het debat over categorisering als alternatief voor belangenafweging veelzijdiger en complexer is dan de discussie over de ‘*vices and virtues*’ van beide methoden. Het is in dit licht opmerkelijk dat een debat over categorisering in de Europese rechtswetenschappelijke literatuur nauwelijks zichtbaar is, noch wat betreft de voor- en nadelen van de methode als alternatief voor belangenafweging, noch wat betreft de meer fundamentele vragen die bij de keuze voor een bepaalde methode spelen. Deze bijdrage beoogt daarin verandering te brengen, door enkele aanzetten te geven voor een nadere discussie over categorisering als alternatief voor belangenafweging. In dit verband willen wij aan twee elementen bijzondere aandacht besteden.

Allereerst is er de positiefrechtelijke vraag naar de wijze waarop het instrument van categorisering kan worden ingezet als alternatief voor belangenafweging. Gelet op de discussie in de VS, is het vanzelfsprekend dat daar voorbeelden bestaan van toepassing. Andersom lijkt het onwaarschijnlijk dat de Europese grondrechtenrechtspraak veel gevallen van categorisering laat zien. Aan de hand van een overzicht van verschijningsvormen van categorisering in de Amerikaanse grondrechtenrechtspraak (paragraaf 3.1), zullen wij proberen het gebruik van categorisering door het EHRM in kaart te brengen (paragraaf 3.2).

In de tweede plaats willen wij het begrip categorisering problematiseren om daarmee een aanzet te geven tot een bredere *afweging* van de betekenis en waarde van het concept als methode van rechtsvinding in grondrechtzaken. Dit deel van de bijdrage bestaat uit een overzicht van de verschillende conceptuele niveaus en de verschillende perspectieven van waaruit over categorisering kan worden nagedacht. Naar voorbeeld van het artikel van Pildes, proberen wij de discussie rondom categorisering breder te trekken dan enkel de discussie over ‘*vices and virtues*’. Een perspectief waaraan wij bijzondere aandacht willen besteden is dat van de contextgebondenheid van methoden (par. 3).

De twee elementen van deze bijdrage – een rechtsvergelijkend rechtspraakonderzoek en een conceptuele en contextuele inkadering – dienen samen één overkoepelende doelstelling: het leggen van een basis voor nader onderzoek naar het instrument van categorisering en de voor- en nadelen daarvan, en naar de mogelijkheden voor een meer structurele toepassing van dit instrument in de Europese rechtsorde door het EHRM.

8 Pildes 1994.

9 In de Verenigde Staten vanaf ongeveer de jaren dertig van de vorige eeuw. Ibid., p. 712-713. Over deze opkomst, zie Aleinikoff 1987.

10 Zie voor deze ontwikkeling bijvoorbeeld: Grey 1984, Grey 1996 en het historische werk van Duncan Kennedy (bijv. Kennedy 1980).

2. Gebruik van categorisering in de rechtspraak

2.1. De Verenigde Staten

In de Verenigde Staten is de methode van categorisering in de rechtspraak vaak zichtbaar als alternatief voor belangenafweging. De vraag is echter op welke manier en in hoeverre het instrument van categorisering precies wordt ingezet. In grote lijnen kunnen in de rechtspraak van het Amerikaanse Supreme Court drie belangrijke toepassingen worden onderscheiden, die wij hierna kort bespreken: categorisering bij afbakening van de reikwijdte (paragraaf 2.1.1), bij de beoordeling van de rechtvaardiging (paragraaf 2.1.2) en door vaststelling van de toetsingsintensiteit (paragraaf 2.1.3).

2.1.1. Categorisering bij afbakening van de reikwijdte

Allereerst kan worden gewezen op een benadering die soms wordt gekozen bij de afbakening van de reikwijdte van grondrechten, en die zeker in het kader van de toepassing van het Eerste Amendement, waarin de vrijheid van meningsuiting wordt beschermd, zichtbaar is. Bij de vrijheid van meningsuiting maakt het Supreme Court een scherp onderscheid tussen gevallen waarin daadwerkelijk sprake is van beschermde uitingen, en gevallen die buiten de reikwijdte van het Eerste Amendement vallen. In het eerste geval wordt een zeer hoog beschermingsniveau toegekend en zijn beperkingen nauwelijks toelaatbaar – sommige rechters van het Supreme Court hebben zelfs volgehouden dat de bescherming hier absoluut is.¹¹ Valt een uiting niet onder de reikwijdte, dan bemoeit het Supreme Court zich niet met de redelijkheid van de beperking. In dat geval is het dus ook niet noodzakelijk om belangen af te wegen. In deze benadering komt veel aan op de definitie van de reikwijdte. Juist bij het afbakenen van de gevallen waarin geen sprake is van een beschermde uiting, is sprake van een zekere rechterlijke categorisering.¹² Zo heeft het Supreme Court in een aantal uitspraken uit de jaren veertig en vijftig aangegeven dat in de rechtspraak specifiek afgebakende categorieën als ‘laster’, ‘obscentiteiten’, ‘scheldwoorden’ en ‘commerciële advertenties’ niet als ‘meningsuiting’ zijn te beschouwen.¹³ De verdere jurisprudentie richt zich vooral op de feitelijke interpretatie en toepassing van deze categorieën, en niet zozeer op de afweging die hieraan ten grondslag ligt.

Op deze benadering is in de Amerikaanse literatuur fundamentele kritiek geleverd.¹⁴ Geleidelijk is de strikte categoriseringsbenadering ook wat verwaterd en heeft het Supreme Court steeds meer categorieën onder de reikwijdte van de vrijheid van meningsuiting begrepen.¹⁵ Daardoor

11 Deze gedachte van absolute bescherming impliceert vanzelfsprekend dat ook binnen de reikwijdte van het Eerste Amendement geen afwegingen nodig zijn. Zie Black 1960, p. 867 en Cahn/Black 1962, p. 559 e.v. De absolute werking van het grondrecht heeft nooit behoord tot de gangbare doctrine van het Supreme Court. Belangrijker is het in *Chaplinsky* geformuleerde uitgangspunt dat ‘...the right of free speech is not absolute at all times and under all circumstances...’ (*Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942), op p. 571).

12 Zie m.n. Schauer 1981, p. 267 e.v., die aangeeft dat ‘When we define the word “speech”, we are categorizing’ (p. 273).

13 Zie resp. *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952), *Roth v. US*, 354 U.S. 476 (1957), *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942) en *Valentine v. Chrestensen*, 316 U.S. 52 (1942).

14 Bijv. Schauer 1981, p. 275, die aangeeft dat de benadering leidt tot de valkuil van reductionisme, waarbij wordt geprobeerd om complexe fenomenen te reduceren tot eenvoudige formules: ‘Either they have ... simplified things to such an extent that the resultant formula has little if any analytical or predictive value, or they have ... achieved consistency and workability to the expense of excluding from coverage much that a full theory of freedom of speech ought to include’.

15 Zie voor laster bijv. *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964) en voor commerciële advertenties *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.*, 425 U.S. 748 (1976). Sommige van deze categorische uitsluitingen zijn later omgezet in categorisering ten aanzien van toetsingsintensiteit.

moet steeds vaker een oordeel worden uitgesproken over de vraag of het grondrecht op onge-rechtvaardigde wijze is aangetast door een bepaald overheidshandelen.

2.1.2. Categorisering bij de beoordeling van de rechtvaardiging

Juist bij de beoordeling van de rechtvaardiging voor een grondrechtenbeperking is in de Amerikaanse rechtspraak relatief vaak sprake van categorisering. Deze bestaat vooral in het creëren van ‘tests’ die tot houvast kunnen dienen in specifieke feitelijke omstandigheden.¹⁶ Goede voorbeelden zijn opnieuw zichtbaar in de rechtspraak over de in het Eerste Amendement gegarandeerde vrijheid van meningsuiting, met name als het gaat om laster.¹⁷ Interessant is de beroemde zaak *New York Times v. Sullivan*, waarin het Supreme Court zich moest uitspreken over de vraag of een schadevergoedingsverplichting wegens laster van een ambtenaar verenigbaar kon zijn met het Eerste Amendement.¹⁸ Daarbij voerde het Supreme Court geen belangenafweging uit, waarbij het de reputatieschade vergeleek met de waarde van de uiting in kwestie, maar stelde het dat een dergelijke schadevergoeding redelijk was als de ambtenaar kon aantonen dat ‘... the statement was made with “actual malice” – that is, with knowledge that it was false or with reckless disregard of whether it was false or not’.¹⁹ Aan dit criterium kan ook in latere gevallen eenvoudig worden getoetst, waarbij het niet nodig is om een belangenafweging te maken.²⁰

In de Amerikaanse literatuur is de toepassing in *New York Times v. Sullivan* in het algemeen goed ontvangen, waarbij is benadrukt dat de benadering leidt tot een grotere mate van rechtszekerheid en een betere bescherming van de vrijheid van meningsuiting dan mogelijk zou zijn bij een concrete belangenafweging.²¹ Critici hebben echter gesteld dat de gehanteerde test rigiditeit

16 Hierbij is niet echt sprake van het creëren van categorieën van gevallen waaraan een bepaalde behandeling wordt toegekend, zoals de term ‘categorisering’ misschien zou doen veronderstellen. Eerder gaat het om het formuleren van algemene vuistregels en premisses die de rechter behulpzaam zijn bij de toetsing, en die in veel gevallen een afweging overbodig maken.

17 Vgl. Barendt 2005, p. 205. Categorisering is lang niet in alle zaken over vrijheid van meningsuiting zichtbaar; vaak wordt toch een belangenafweging uitgevoerd. Zie bijv. *Bartnicki v. Vopper*, 532 U.S. 514 (2001).

18 376 U.S. 254 (1964). De eerste echte, en zeer bekende, test die door het Supreme Court werd gecreëerd is de ‘clear and present danger’-test, die afkomstig is uit *Schenck v. US*, 249 U.S. 47 (1919): ‘The question in every case is whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent’ (op p. 52). Deze vuistregel is echter weinig duidelijk en verdere uitwerkingen hebben laten zien dat bij de toepassing een zekere afweging toch mogelijk is; zie bijv. *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951), op 510. Gelet op de controverses rondom de ‘clear and present danger’-test, is het niet verwonderlijk dat deze later is vervangen door een andere test, de ‘incitement’-test: ‘the constitutional guarantees of free speech and free press do not permit a State to forbid or proscribe advocacy or the use of force or of law violation except where such advocacy is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action’ (*Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969), op p. 447; zie ook *Hess v. Indiana*, 414 U.S. 105 (1973) en *NAACP v. Claiborne Hardware Co.*, 458 U.S. 886 (1982)). Ook deze test kan echter worden aangemerkt als een vorm van categorisering.

19 376 U.S., op p. 279/280.

20 In latere zaken heeft het Supreme Court het toepassingsbereik van deze test verder uitgebreid en heeft het de inhoud aangepast aan de specifieke situatie van toepassing; zie *Curtis Publishing Co. v. Butts* en *Associated Press v. Walker*, 388 U.S. 130 (1967) (uitbreiding naar ‘public figures’) en *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323 (1974) (uitbreiding naar ‘private figures’, in iets aangepaste versie; vgl. in dit verband ook *Milkovich v. Lorain Journal*, 497 U.S. 1 (1990)). In andere feitenconstellaties zijn vergelijkbare vormen van categorisering zichtbaar. Zie bijv. *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969), waarin het Supreme Court ten aanzien van het oproepen tot geweld stelde dat ‘... the constitutional guarantees of free speech and free press do not permit a State to forbid or proscribe advocacy of the use of force or of law violation except where such advocacy is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action’ (op 447). Ook dit zijn duidelijke voorwaarden, die in de plaats kunnen komen van een echte afweging.

21 Vgl. (met duidelijk verschillende argumenten!) Schauer 1981, p. 301 e.v. en Barendt 2005, p. 205.

tot gevolg heeft en dat zich soms grensgevallen voordoen die op een onbevredigende manier worden beslecht.²²

2.1.3. Categoriëring door toetsingsintensiteit

Een laatste wijze waarop categorisering in de Amerikaanse rechtspraak soms zichtbaar is, is door de toepassing van 'tiers of scrutiny'. Op het terrein van de gelijke behandeling, maar ook bij een aantal andere grondrechten (zoals vrijheid van meningsuiting, godsdienstvrijheid en kiesrecht), is bijvoorbeeld een driedeling te vinden in een 'rational basis test', een 'intermediate scrutiny test' en een 'strict scrutiny test'.²³ Van deze laatste test stelde Gerald Gunther in een beroemd geworden artikel vast dat deze 'strict in theory, but fatal in fact' was, terwijl hij de 'rational basis test' beschreef als 'minimal scrutiny in theory and virtually none in fact'.²⁴ Zeker voor het discriminatieverbod is deze beschrijving lange tijd terecht geweest. Alle vormen van ongelijke behandeling die aan de 'strict scrutiny test' werden onderworpen, werden onconstitutioneel verklaard, ongeacht de kracht van de ervoor bestaande rechtvaardiging.²⁵ Andersom is de 'rational basis test' zo terughoudend dat deze ternauwernood een blokkade vormt voor ongelijke behandeling.²⁶ Anders gezegd: de 'tiers' vormen categorieën waaraan voorspellende waarde kan worden toegekend.²⁷ De aandacht wordt daarmee verlegd van de toetsing van de rechtvaardiging als zodanig, naar de definitie van de situaties waarin een bepaalde test wordt toegepast.²⁸

Het categoriseringskarakter van de 'tests' mag echter niet worden overschat. Al in 1996 constateerde Sunstein dat 'the hard edges of the tripartite division ... have softened', en dat 'there has been at least a modest convergence away from tiers and toward general balancing of relevant interests'.²⁹ Uit een recent en zeer uitgebreid rechtspraakonderzoek, waarin ook uitspraken van lagere federale rechters zijn betrokken, is gebleken dat ongeveer 30% van de toepassingen van 'strict scrutiny' niet leidt tot de conclusie dat de aantasting van het grondrecht onconstitutioneel

22 M.n. Barendt 2005, p. 210, met voorbeelden. Barendt is bovendien van mening dat een belangenafweging beter is wanneer de bescherming van de reputatie, net als de vrijheid van meningsuiting, constitutionele status heeft (p. 226).

23 De non-discriminatiezaken waarin de tests het duidelijkst zijn geformuleerd zijn voor de 'rational basis test' *Lindsley v. Carbonic Gas Co.*, 220 U.S. 61 (1911) en *F.S. Royster Guano v. Virginia*, 253 U.S. 412 (1920), voor de 'strict scrutiny test' *Toyosaboro Korematsu v. United States*, 232 U.S. 214 (1944) en *Nyquist v. Mauclet*, 432 U.S. 1 (1977) en voor de 'intermediate scrutiny test' *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976). Zie voor de door het Eerste Amendement beschermde rechten bijv. *Perry Educ. Ass'n v. Perry Local Educators' Ass'n*, 460 U.S. 37, 45 (1983) (vrijheid van meningsuiting), *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398, 406 (1963) (godsdienstvrijheid) en *Kramer v. Union Free School District*, 395 U.S. 621, 626 (1969) (kiesrecht). Zie verder uitgebreid Winkler 2006, p. 805 e.v.

24 Gunther 1972, p. 8.

25 Voor gelijkebehandelingszaken was dit in ieder geval zo tot de uitspraak van het Supreme Court in *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200, 237 (1995), waar Justice O'Connor uitdrukkelijk aangaf dat het Supreme Court afstand wenste te nemen van dit uitgangspunt, in ieder geval voor zaken over positieve actie.

26 Voor een Nederlandse analyse van de toepassing van deze tests, zie Gerards 2002, p. 387 e.v.

27 Zie Sunstein 1996, p. 78, Gunther/Sullivan 1997, p. 1033 en Winkler 2006, p. 869. Het aan categorisering verbonden nadeel van inflexibiliteit is hierbij overigens evident: het Hof is vooral zwaar bekritiseerd vanwege het feit dat het de fatale 'strict scrutiny'-test ook toepaste in situaties waarin weliswaar sprake was van onderscheid naar ras, maar dit onderscheid juist was bedoeld om de positie van deze groep te verbeteren (zie bijv. Ely 1974, p. 727). Het is juist ook om deze reden dat het Supreme Court uiteindelijk de fataliteit toch heeft doorbroken, waardoor er nu wel (onder zeer strikte voorwaarden) ruimte is voor voorkeursbeleid; zie vooral *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306, 326/327 (2003).

28 Vgl. ook Gerards 2002, p.

29 Sunstein 1996, p. 77. Ter vermijding van het door hem gesignaleerde risico dat 'the rule of law would be at excessive risk' door een verschuiving naar een belangenafweging, stelt hij echter een alternatieve lezing voor van de jurisprudentie waardoor deze in mindere mate te beschouwen valt als een beweging in de richting van vrije afweging.

is.³⁰ In die gevallen toetst de rechter wel degelijk inhoudelijk of de aantasting van het grondrecht werd gerechtvaardigd door dwingende overheidsbelangen. Het werken met 'tiers of scrutiny', kan in de praktijk dus niet steeds worden gezien als een echte vorm van 'regelstelling' door de rechter.³¹

2.2. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens

In de inleiding bij deze bijdrage hebben wij aangegeven dat de discussie over belangenafweging en categorisering in Europa minder uitgesproken is dan in de Verenigde Staten, maar dat vormen van categorisering ook in de Europese rechtspraak zichtbaar zijn. Een kort overzicht van de rechtspraak van het EHRM kan dit illustreren. Om de vergelijking met de Amerikaanse rechtspraak te vergemakkelijken, beschrijven wij de rechtspraak onder dezelfde drie rubrieken als zichtbaar zijn in de Verenigde Staten.

2.2.1. Categorisering door afbakening van de reikwijdte

Het EVRM omvat een aantal grondrechten waarvan wordt aangenomen dat zij een absoluut karakter hebben, dat wil zeggen dat zij niet kunnen worden beperkt.³² Dit heeft geleid tot een benadering door het EHRM waarbij de afbakening van de reikwijdte voorop staat. Zodra duidelijk is dat een klacht onder de reikwijdte valt, zal het Hof een schending constateren, terwijl het de klacht afwijst op het moment dat deze niet door het grondrecht wordt gedekt. Anders dan het Supreme Court heeft het EHRM de reikwijdte van de grondrechten echter veel meer afgebakend aan de hand van 'standards', dan door middel van het uitzonderen van bepaalde categorieën van gevallen. Dit is duidelijk zichtbaar in de rechtspraak over het verbod van vernederende en onmenselijke behandeling. Voor toepasselijkheid van dit verbod heeft het Hof een 'standard' geformuleerd, te weten dat de behandeling een 'minimum threshold of severity' moet hebben bereikt.³³ Of aan die voorwaarde is voldaan, wordt per individueel geval beoordeeld.³⁴ In sommige gevallen is hierbij zelfs een zekere mate van belangenafweging zichtbaar.³⁵ Van categorisering is hierbij dus maar in beperkte mate sprake.

Een duidelijk voorbeeld van categorisering bij de afbakening van de reikwijdte is wel zichtbaar in de jurisprudentie over art. 6 EVRM, waarin een aantal procedurele rechten worden beschermd bij geschillen die betrekking hebben op 'civil rights and obligations'. Bij het geven van betekenis aan dit begrip heeft het Hof een aantal categorieën van zaken uitgezonderd van

30 Winkler 2006, p. 812/813. Hij geeft daarbij overigens wel aan dat de 'overlevingskans' varieert naar gelang het onderwerp van de zaak: bij godsdienstvrijheid overleeft 59% van de zaken een 'strict scrutiny'-test, terwijl dit bij vrijheid van meningsuiting 22% is (p. 815).

31 Zeer kritisch hierover is Rutten (1997, p. 592/593), die aangeeft dat juist hierdoor de rechtszekerheid die wordt gecreëerd door de 'tiers' wordt afgebroken.

32 In dit verband zijn vooral de bepalingen relevant die blijkens art. 15 EVRM ook niet in een noodsituatie kunnen worden beperkt: art. 2 (recht op leven), 3 (folterverbod), 4, eerste lid (slavernij) en 7 (strafrechtelijk legaliteitsvereiste).

33 Zie reeds EHRM 18 januari 1978, *Ierland/VK*, Series A, Vol. 25, § 162.

34 Zie specifiek EHRM 6 maart 2001, *Hilal/VK*, Reports 2001-II, EHRC 2001/30, m.nt. M. Gijzen: 'Ill-treatment must also attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Article 3, which assessment is relative, depending on all circumstances of the case' (§ 60).

35 Interessant in dit licht is de zaak *Jalloh/Duitsland*, over de vraag of iemand die verdacht werd van het inslikken van een zakje met drugs een braakmiddel mocht worden toegediend. Het Hof stelde daarbij het gebruikelijke criterium van het 'minimum level of severity' voorop, maar vervolgde met een uiteenzetting over de vraag of het in het licht van de noodzaak van drugsbestrijding en gegeven de omstandigheden van het geval echt noodzakelijk was om een braakmiddel toe te dienen. Het besteedde daarbij niet alleen aandacht aan de *feitelijke* vraag naar de ernst van de mishandeling, maar plaatste daar het *belang* van het toedienen van deze behandeling tegenover. Zie EHRM 11 juli 2006, *Jalloh/Duitsland (GC)*, EHRC 2006/118.

de reikwijdte, te weten die categorieën waarbij het onderwerp van de geschillen rechtstreeks kan raken aan nationale soevereiniteit: belastingzaken,³⁶ zaken betreffende asiel, nationaliteit en verblijfsrecht,³⁷ en zaken betreffende het kiesrecht.³⁸ Ook ambtenarenrechtelijke kwesties betreffende ambtenaren die een nauwe band met de staat hadden, vormden een tijdlang een uitgezonderde categorie.³⁹ Recentelijk heeft het EHRM echter aangegeven deze laatste uitzondering niet meer passend te achten, nu de categorie lastig toepasbaar is en zich te veel grensgevallen voordoet.⁴⁰ Het Hof heeft daarom de categorische benadering vervangen door een situatie die zich kenmerkt door de noodzaak tot een *ad hoc* belangenafweging. Staten mogen weliswaar besluiten tot het bieden van minder rechtsbescherming bij bepaalde typen ambtenarenzaken, maar het Hof zal per uitzondering beoordelen of deze is gerechtvaardigd 'on objective grounds in the State's interest'.⁴¹ Deze verandering in de jurisprudentie illustreert de voorkeur die het EHRM heeft voor een afwegingsbenadering boven een categoriseringsbenadering.

Deze voorkeur blijkt ook uit het feit dat het EHRM, anders dan het Supreme Court, bij de afbakening van de reikwijdte vaak daadwerkelijk een belangenafweging uitvoert. Een bepaalde interpretatie van een grondrecht krijgt daardoor geen algemene betekenis, maar heeft alleen gelding voor het individuele geval.⁴² Dit doet zich voornamelijk voor bij toepassing van het leerstuk van de positieve verplichtingen.⁴³ Daarbij gaat het Hof bij de vaststelling van de reikwijdte van een grondrecht na of de overheid zich voldoende heeft gekweten van zijn verplichting om de grondrechten actief te kunnen beschermen. Dit doet het door een 'fair balance'-test uit te voeren, waarbij het de redenen van de overheid om een concrete grondrechtenclaim *niet* te honoreren, afzet tegen het daardoor aangetaste belang van het individu. Een klassiek voorbeeld is de zaak *Rees*, waarin het Hof aangaf dat de administratieve lasten die voor de Britse overheid verbonden waren met de wijziging van het geboorteregister na een geslachtsverandering, zwaarder wogen dan het belang van een transseksueel bij deze wijziging.⁴⁴ Het belang bij de juridische erkenning van geslachtsverandering werd volgens het Hof dan ook niet beschermd door art. 8 EVRM.⁴⁵ Een afweging als deze is per definitie casuïstisch: in andere situaties kan het voorkomen dat het Hof tot een andere conclusie komt.⁴⁶ Van categorisering is in de context van de positieve ver-

36 EHRM 12 juni 2001, *Ferrazzini/ Italië*, Reports 2001-VII, NJ 2004/435 (m.nt. E.A. Alkema), NJCM-Bull. 2004, p. 200, EHRC 2001/57 (m.nt. A.W. Heringa).

37 EHRM 5 oktober 2000, *Maaouia/Frankrijk*, Reports 2000-X, NJ 2000/424, NJCM-Bull. 2000, p. 762 (m.nt. M. Kuijer), EHRC 2000/84 (m.nt. A.W. Heringa).

38 EHRM 21 oktober 1997, *Pierre-Bloch/Frankrijk*, Reports 1997-VI.

39 EHRM 8 december 1999, *Pellegrin/Frankrijk*, Reports 1999-VII, NJ 2001/131 (m.nt. E.A. Alkema), NJCM-Bull. 2001, p. 693.

40 EHRM 19 april 2007, *Vilho Eskelinen e.a./Finland*, appl. no. 63235/00, n.n.g., §§ 51 e.v.

41 § 62

42 De fasen van interpretatie en toepassing lopen hier sterk door elkaar. Zie nader hierover Janssen 2003, p. 144/145 en p. 395, Lawson 1995, p. 728 en Gerards 2006, p. 95/96.

43 Zie hierover nader Mowbray 2004.

44 EHRM 17 oktober 1986, *Rees/VK*, Series A, Vol. 106, NJCM-Bull. 1987, p. 545 (m.nt. L.F. Zwaak), NJ 1987/945 (m.nt. E.A. Alkema), §§ 42-45.

45 § 46. Als bekend is het EHRM hierop later teruggekomen, overigens met een redenering die meer is gebaseerd op interpretatie dan op afweging; zie EHRM 11 juli 2002, *Christine Goodwin/VK*, EHRC 2002/74 (m.nt. H.L. Janssen en J. van der Velde).

46 Zie nader Gerards 2006, p. 97.

plichtingen dan ook geen sprake.⁴⁷ De behoefte aan individuele afweging is daarvoor kennelijk te groot.

2.2.2. Categorisering bij de toepassing van grondrechten

Gaat het om de vraag of een inbreuk op een grondrecht gerechtvaardigd kan worden geacht, dan laat de rechtspraak van het EHRM duidelijk een ander beeld zien dan de Amerikaanse. De terminologie van belangenafweging is overheersend aanwezig.⁴⁸ Het Hof weigert soms zelfs om nationale categoriseringsbenaderingen te aanvaarden, omdat deze in de weg staan aan een belangenafweging in het concrete geval. Een voorbeeld is de zaak *Von Hannover*, die betrekking had op de publicatie van foto's van de prinses van Monaco in een roddelblad. Het Duitse Bundesverfassungsgericht had bij de beoordeling van deze kwestie een categorisering gebruikt. Was sprake van afbeeldingen van 'absolute Personen der Zeitgeschichte', dan kon publicatie rechtmatig worden verboden wanneer deze personen zich hadden teruggetrokken in een afgezonderde ruimte met de objectief waarneembare doelstelling om alleen te zijn.⁴⁹ Het EHRM achtte deze regel te vaag en vond dat deze te weinig duidelijkheid opleverde voor de persoon in kwestie.⁵⁰ In plaats daarvan koos het voor een klassieke afwegingsbenadering, waarbij het rekening hield met tal van factoren die het gewicht van de betrokken belangen bepaalden. Een duidelijk en richtinggevend criterium om dit soort zaken op te lossen, reikte het Hof echter niet aan.⁵¹

Ondanks de sterke gerichtheid van het Hof op concrete afwegingen, zijn enkele uitspraken te onderscheiden waarin het een categoriseringsbenadering kiest. Een voorbeeld is de zaak *Enhorn*, waarin het ging om de mogelijkheid van detentie van mensen met een besmettelijke ziekte.⁵² Het Hof woog in deze zaak niet het belang bij een leven in vrijheid af tegen het algemene belang van de volksgezondheid, maar stelde de regel dat detentie mogelijk was als de verspreiding van een besmettelijke ziekte gevaarlijk was voor de volksgezondheid en als detentie het laatste

47 Er zijn wel enkele uitzonderingen, waarin het Hof een andere constructie heeft gekozen van de positieve verplichting en een scherper onderscheid maakt tussen interpretatie en belangenafweging. Voorbeelden zijn vooral te vinden in de rechtspraak over positieve procedurele verplichtingen onder art. 2 en 3 van het EVRM; zie bijv. EHRM 27 september 1995, *McCann/VK*, Series A, Vol. 234, § 161. Ook zijn er zaken waarin sprake is van een langere rechtspraaklijn waaruit de contouren van een positieve verplichting inmiddels duidelijk zijn. Een voorbeeld is de rechtspraak over milieubescherming, die inmiddels zo duidelijk is dat het Hof in de zaak *Hatton* zonder inhoudelijke afweging kon concluderen dat, '... where an individual is directly and seriously affected by noise or other pollution, an issue may arise under Article 8' (EHRM 8 juli 2003, *Hatton/VK (GC)*, Reports 2003-VIII, NJ 2004/207, EHRC 2003/71 (m.nt. Janssen); AB 2003/445 (m.nt. Woltjer)). Interessant is ook de zaak *Sentges*, waarin het Hof een categorisering lijkt te maken: '... Article 8 cannot be considered applicable each time an individual's everyday life is disrupted, but only in exceptional cases where the State's failure to adopt measures interferes with [the] individual's right to personal development and his or her right to establish and maintain relations with other human beings or the outside world' (EHRM 8 juli 2003, *Sentges/Nederland*, EHRC 2003/75 (m.nt. E. Brems), NJCM-Bulletin 2004, p. 54 (m.nt. A.C. Hendriks)).

48 Het Hof zelf stelt zelfs dat '... inherent in the whole of the Convention is a search for a fair balance between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights' (EHRM 7 juli 1989, *Soering/VK*, Series A, Vol. 161, NJCM-Bull. 1989, p. 846 (m.nt. B.P. Vermeulen), NJ 1990/158 (m.nt. E.A. Alkema), § 89).

49 Zie BVerfG 15 december 1999, 1 BvR 653/96, § 79 ('Ausschlaggebend ist, ob der Einzelne eine Situation vorfindet oder schafft, in der er begründetermaßen und somit auch für Dritte erkennbar davon ausgehen darf, den Blicken der Öffentlichkeit nicht ausgesetzt zu sein'); zie ook § 112.

50 EHRM 24 juni 2004, *Von Hannover/Duitsland*, NJCM-Bull. 2004, p. 1171 (m.nt. VjdG), NJ 2005/22 (m.nt. EJD), EHRC 2004/79 (m.nt. J.H. Gerards).

51 Vgl. de annotatie dzz. bij de uitspraak in EHRC 2004/79. Kritisch op dit punt is ook Nohlen 2006, p. 199.

52 Zie EHRM 25 januari 2005, *Enhorn/Zweden*, EHRC 2005/34 (m.nt. Van der Velde), NJCM-Bull. 2005, p. 455 (m.nt. A.C. Hendriks).

2.3. Conclusie

Uit dit overzicht van de Amerikaanse en Europese rechtspraak kunnen zekere parallellen worden afgeleid bij het gebruik van de methode van categorisering. Het Amerikaanse Supreme Court en het EHRM maken beide gebruik van categorieën, zowel bij de afbakening van de reikwijdte als bij de toepassing van grondrechten. Het overzicht bevestigt echter ook het vermoeden dat de methode in de Verenigde Staten veel meer wordt gebruikt dan in de EVRM-rechtsorde. Het EHRM heeft een sterke voorkeur voor afwegingen in het concrete geval en maakt bestaande categorieën daaraan zelfs ondergeschikt. Dit roept de vraag op of het mogelijk en wenselijk is om, gelet op de nadelen die aan de methode van belangenafweging zijn verbonden, in de EVRM-rechtsorde meer van de methode van belangenafweging gebruik te maken. Deze vraag kan echter alleen worden beantwoord als rekening wordt gehouden met de verschillende perspectieven van waaruit over de methode van categorisering kan worden nagedacht. Denkbaar is bijvoorbeeld dat het EHRM een ander grondrechtenperspectief hanteert dan het VS, of dat de context bepalende invloed heeft op de gehanteerde rechtsvindingsmethoden. Een automatische overplaatsing van de categoriseringsbenadering naar de EVRM-rechtsorde is dan minder goed mogelijk. In de hiernavolgende paragraaf gaan wij op de verschillende mogelijke perspectieven op categorisering nader in.

3. Categorisering en belangenafweging: conceptuele niveaus en perspectieven

Eerder is al opgemerkt dat over categorisering vooral wordt nagedacht vanuit de 'vices and virtues' van categorisering als methode van rechtsvinding. Debatten over flexibiliteit versus rigiditeit staan daarbij centraal. Over het fenomeen categorisering kan echter op veel meer manieren worden nagedacht. In deze paragraaf willen wij verschillende mogelijke perspectieven bespreken en een aantal conceptuele 'niveaus' onderscheiden. Deze niveaus en perspectieven overlappen deels en de behandeling is noodzakelijkerwijs onvolledig, gelet op de beperkte omvang van deze bijdrage. Achtereenvolgens komen aan de orde: (1) rechtsvindingstheorie; (2) rechtsfilosofie en constitutionalisme; (3) concepties van grondrechten; (4) perspectieven op specifieke grondrechten; (5) rechts- en politieke cultuur en geschiedenis.

3.1. Categorisering en rechtsvindingstheorie

Discussies over categorisering op het niveau van de *rechtsvindingstheorie* grijpen veelal terug op de klassieke kritiek op oudere methoden van rechtsvinding, zoals gegroepeerd onder namen als *Begriffsjurisprudenz* (Duitsland), de *École de l'exégèse* (Frankrijk) of *Classical Orthodoxy* (Verenigde Staten).⁵⁹ Deze kritiek, in de Verenigde Staten met name verwoord binnen de stroming van de *Sociological Jurisprudence*, zag vooral op twee hoofdonderdelen van de oudere benaderingen: (a) conceptualisme, en (b) formalisme in enge zin. Met conceptualisme wordt bedoeld de visie dat rechtsbegrippen – de gebruikte *categorieën* in de categorische rechtsvinding – niet enkel juridische instrumenten zijn waarmee maatschappelijke problemen kunnen worden begrepen, maar dat deze begrippen een eigen ontologische werkelijkheid kennen waarvoor de maatschappelijke werkelijkheid, indien nodig, moet buigen.⁶⁰ Het formalisme in enge zin duidt op een houding

59 Voor Duitsland, zie Larenz/Wolf 2004, p. 71 e.v.; voor Frankrijk, zie Belleau 1997; voor de Verenigde Staten, zie Kennedy 1980 en Grey 1983-1984.

60 Zie bijv. Gordon 1994, p. 155.

van juristen die inhoudt dat rechters bij de toepassing van deze rechtsbegrippen – categorieën – geen keuzevrijheid hebben maar dat oplossingen in individuele zaken rechtstreeks via het logische model van het syllogisme uit de gegeven categorieën voortvloeien.⁶¹

Deze kritiek op conceptualisme en formalisme hoeft niet in de weg te staan aan moderne toepassingen van categorisering. Het is heel wel mogelijk methoden te ontwikkelen die (a) vooropstellen dat de gebruikte categorieën een louter *instrumentele* waarde hebben en geen eigen werkelijkheid vertolken, en (b) accepteren dat de toepassing van deze categorieën door de rechter een zekere mate van rechterlijke creativiteit vraagt. Deze benadering vraagt wel om een nieuwe definitie van categorische rechtsvinding. Een dergelijke definitie zou als volgt kunnen luiden:

Categorische rechtsvinding is een methode voor de beslissing van zaken rondom fundamentele rechten waarbij de nadruk ligt op het doelbewust rangschikken van (delen van) het feitencomplex van concrete zaken onder één van een limitatief opgesomde lijst van alternatieve normcategorieën, door middel van de beoordeling van verschillen en overeenkomsten tussen elementen uit het feitencomplex en de kenmerken van de gehanteerde categorieën.

3.2. Categorisering, rechtsfilosofie en constitutionalisme

Naast op het niveau van rechtsvinding, kan categorisering ook geanalyseerd en geëvalueerd worden binnen de constitutionele theorie. Een belangrijk concept in dit verband is dat van de, in de inleiding reeds genoemde, *exclusionary reasons*.⁶² *Exclusionary reasons*, in de terminologie van Joseph Raz, zijn *second order reasons* – redenen voor of tegen handelen die één graad zijn verwijderd van de voor- en nadelen van dat handelen zelf.⁶³ Deze *exclusionary reasons* – verboden gronden voor (overheids)handelen – spelen een belangrijke rol in sommige constitutionele theorieën van liberalisme. Voor Frederick Schauer, bijvoorbeeld, draait constitutionalisme onder andere om het vinden van ‘second-order reasons for refraining from doing what we have good first-order reasons to do’.⁶⁴ Door het contrast met *first order reasons* – voor- en nadelen van handelen die tegen elkaar kunnen, of zelfs moeten, worden *afgewogen* – is de idee van *exclusionary reasons* nauw verbonden met categorische rechtsvinding. Handelen op grond van keuzes die vallen binnen de reikwijdte van een *exclusionary reason* is immers absoluut, of categorisch, verboden.⁶⁵ Categorische rechtsvinding kan hiermee de expressie zijn van diepliggende keuzes ten aanzien van constitutionele idealen. Zo zullen benaderingen die de afbakening van overheidsmacht en de structurele functies van grondrechten benadrukken – denk bijvoorbeeld aan John Hart Ely’s beroemde processuele democratietheorie – eerder geneigd zijn een beroep te doen op categorisering als methode dan alternatieve visies die individuele gerechtigheid vooropstellen.

61 Zie bijv. Schauer 1988, p. 511.

62 Zie met name Raz 1990, p. 190.

63 Zie bijvoorbeeld Clarke 1977, p. 252: ‘[E]xclusionary reasons do not override reasons in the sense that I may decide that another’s interests outweigh mine and that I should forego what I want to do. Rather they are “second order” reasons which serve to cancel actions justified by the balance of “first order” reasons as stated in terms of wants and information regarding means-ends relationships’.

64 Schauer 1993, p. 865.

65 Raz 1990, p. 190: ‘The very point of exclusionary reasons is to bypass issues of weight by excluding consideration of the excluded reasons regardless of *weight*’. Zie ook Schauer 1993, p. 865: ‘Even what would otherwise be the best of policy choices will be unconstitutional if it falls within the boundaries of a *category* of unconstitutional actions’. (onze cursivering, JHG en JAB).

3.3. Categorisering en de structuur van grondrechten

Een derde perspectief op categorisering komt voort uit de keuze tussen verschillende concepties van de aard en structuur van grondrechten. Ook hier moeten noodzakelijkerwijs korte opmerkingen volstaan. Een basisonderscheid dat gemaakt kan worden is dat tussen *prima facie* en *specificerende* grondrechtstheorieën. Beide theorieën zijn primair ontwikkeld om oplossingen te bieden voor situaties van conflicterende grondrechten.⁶⁶ *Prima facie* theorieën doen dit door het absolute karakter van grondrechten te ontkennen, terwijl specificerende theorieën meer nadruk leggen op beperkingen in de reikwijdte van grondrechten.⁶⁷ Het ligt voor de hand aan te nemen dat *prima facie* benaderingen – een grondrecht is slechts een *prima facie* recht dat *overtroefd* kan worden door een conflicterend recht of belang – een nauwe relatie heeft met belangenafwegingen, terwijl het contrasterende perspectief – op grondrechten zijn bepaalde, welomschreven *uitzonderingen* mogelijk – veel dichterbij de categorische rechtsvinding ligt. Sommige bekende grondrechtconcepties, zoals bijvoorbeeld die van Robert Alexy (*prima facie*), zijn goed in dit basisschema in te passen.⁶⁸ Ook moeilijker in dit schema te plaatsen benaderingen, zoals de *trump* theorie van Ronald Dworkin, zijn echter in verband te brengen met een voorkeur voor belangenafweging dan wel categorisering.⁶⁹

3.4. Categorisering en de betekenis van grondrechten

Niet alleen op het ontologische niveau van wat grondrechten *zijn*, maar ook op het niveau van hun betekenis binnen specifieke rechtsordes, kan over categorisering worden nagedacht. De betekenis van individuele grondrechtengaranties kan in mindere of meerdere mate vervlochten zijn met de idee van categorisering. De reeds besproken jurisprudentie rondom vrijheid van meningsuiting en het recht op privacy kunnen hierbij als voorbeeld dienen.

Van de diverse mogelijke grondslagen voor het recht op vrijheid van meningsuiting die in de literatuur en in rechtspraak zijn aangedragen, is de rol van de uitingsvrijheid bij de vorming van het publieke debat, en daarmee bij de constitutie van een democratische samenleving, een van de meest genoemde.⁷⁰ Vanuit dit perspectief kan een fundamenteel, categorisch onderscheid gemaakt worden tussen uitingen die wél en uitingen die niet aan dat publieke debat kunnen bijdragen. Zoals de Amerikaanse rechtspraak laat zien, kan een dergelijk verschil de vorm krijgen van categorische uitsluiting van niet-kwalificerende uitingen of van een categorisch verschil in toetsingsintensiteit.⁷¹ Wanneer de grondslag voor de uitingsvrijheid gezocht wordt in bijvoorbeeld haar bijdrage aan individuele ontplooiing, ligt een dergelijk (categorisch) onderscheid veel minder voor de hand.

Bij privacybescherming kan een vergelijkbaar onderscheid tussen publiek en privaat een rol spelen. Opvattingen over dit recht die uitgaan van een beschermde private 'zone', zoals de afgezonderde tafel in een restaurant die in de eerder besproken zaak *Von Hannover* aan de orde was,⁷² zullen veel eerder een rol toebedelen aan categorisering als methode, dan benaderingen die, opnieuw, de nadruk leggen op het belang van dit grondrecht voor individuele ontplooiing in brede zin.

66 Beide claimen ook bredere toepassing.

67 Zie bijv. Welman 1995, p. 281.

68 Zie Alexy 2002.

69 Zie bijv. Dworkin 1977. In *Taking Rights Seriously* laat Dworkin enkel ruimte voor afweging in situaties van onderling botsende rechten; bij andere conflictvormen krijgen in zijn model rechten categorisch voorrang (zie m.n. p. 178-179.).

70 Zie bijv. Barendt 2005.

71 Zie hierboven in par. 2.

72 Zie de bespreking van de *Von Hannover*-zaak hierboven in par. 2.2.2.

De discussie op dit niveau laat zien dat een keuze voor het gebruik van categorisering zowel ingegeven kan zijn door, als gevolgen kan hebben voor, ideeën over de betekenis van specifieke grondrechten.⁷³

3.5. Categorisering in context

Categorische rechtsvinding is tot nu toe steeds besproken als een methode met universele kenmerken. Zowel de *methode* van categorisering als de aard en inhoud van de beschikbare *categorieën* zijn echter sterk contextafhankelijk. Dit gegeven kan tot gevolg hebben dat categorisering als praktijk een heel andere betekenis draagt in de ene rechtsorde dan in de andere.

Met name Frederick Schauer en Vivian Grosswald Curran hebben aandacht gevraagd voor dit perspectief.⁷⁴ Voor Frederick Schauer zijn de aard en inhoud van beschikbare categorieën 'culturally contingent'. Relevante categorieën kunnen bijvoorbeeld afhankelijk zijn van de 'cultural categorization of particular events that varies with cultural experience'.⁷⁵ In het voorbeeld van Schauer is het heel wel denkbaar dat in de Duitse rechtscultuur een categorisch onderscheid houdbaar is tussen meningsuitingen die de Holocaust ontkennen en alle andere uitingen die historische onwaarheden verkondigen. Een vergelijkbaar onderscheid zou in andere rechtsculturen waarschijnlijk minder stabiel zijn, en daarmee in sterkere mate bedreigend voor de uitingsvrijheid. Grosswald Curran heeft, eveneens tegen de achtergrond van de Holocaust, aangegeven dat het maken van categorisch onderscheid, zoals dat tijdens de Nazi-tijd gemaakt werd tussen verschillende bevolkingsgroepen, in het Duitsland van na de Tweede Wereldoorlog een nare bijmaak heeft behouden.⁷⁶ Categorisering als methode krijgt daardoor een bijzondere gevoeligheid, en het is voorstelbaar dat een rechtsorde zich in dit licht committeert tot het beoordelen van elk individueel geval op zijn eigen merites, als waarborg tegen totalitarisme en onderdrukking.

4. Conclusie

Categorisering – het indelen van gevallen, het maken van onderscheid en het trekken van grenzen – is een centraal onderdeel van alle juridische activiteit. Waar het gaat om fundamentele rechten kan de toedeling van mensen of situaties aan bepaalde categorieën echter verstrekende gevolgen hebben. Met een simpele kwalificatie als '*enemy combatant*' is de afgelopen jaren het lot van honderden mensen bezegeld, en door een bepaalde categorie gevallen niet onder de reikwijdte van de vrijheid van meningsuiting of privacy te begrijpen, kan de bescherming tegen overheidsinmenging minimaal uitvallen. Categorisering draagt daarmee belangrijke risico's in zich. Tegelijkertijd wordt er van diverse kanten kritiek geuit op de tegenwoordig meest gangbare methode van beslissen in grondrechtzaken; die van de belangenafweging. Deze situatie vraagt om een gedegen *afweging* van categorisering en afweging als alternatieven. In dit artikel hebben wij geprobeerd daartoe een eerste aanzet te geven, waarbij de analyse aanleiding geeft tot twee voorlopige, onderling verbonden conclusies.

Allereerst laat het vergelijkende rechtspraak- en literatuuroverzicht (par. 2) zien dat categorisering een veelheid aan verschijningsvormen kent en dat het gebruik van – en debat over – deze verschijningsvormen anders verloopt in Europa dan in de Verenigde Staten. Het overzicht van

73 De klassieke categorische benadering in het Amerikaanse constitutionele recht tijdens de *Lochner*-periode was in grote mate het gevolg van een poging een strikte scheiding aan te brengen tussen een publieke sfeer en de private sfeer. In de publieke sfeer mocht de overheid (vrijwel) ongelimiteerd ageren, in de private sfeer waren de mogelijkheden daartoe sterk beperkt. Zie over deze periode bijv. Horwitz 1992.

74 Zie Schauer 1993 en Grosswald Curran 1998.

75 Schauer 1993, p. 877.

76 Grosswald Curran 1998.

de verschillende niveaus waarop over categorisering kan worden nagedacht (par. 3) geeft aan dat deze verschillen een breed scala aan potentiële oorzaken én mogelijke repercussies hebben.

De complexiteit van het fenomeen categorisering (met name de dimensie van contextgebondenheid) maakt dat het eenvoudigweg transplanteren van de methode van de ene rechtsorde naar de andere, of het verdedigen van ruimere toepassing van categorisering in Europa simpelweg omdat het gebruik van de methode in de VS succesvol blijkt, een hachelijke zaak is. Uiteraard wil dit niet zeggen dat leren van ervaringen elders niet mogelijk is. Het betekent wel dat met de bewustwording van deze veelheid aan verschijningsvormen en implicaties de beoordeling van de geschiktheid van categorisering als alternatief voor belangenafweging pas kan beginnen.

BIBLIOGRAFIE

- T.A. Aleinikoff (1987). 'Constitutional Law in the Age of Balancing'. In: 96 *Yale Law Journal* 943
- R. Alexy (2002). *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: OUP.
- E. Barendt (2005). *Freedom of Speech*. Tweede druk, Oxford: OUP.
- M.-C. Belleau (1997). 'The "Juristes Inquiets": Legal Classicism and Criticism in Early Twentieth-Century France'. In: 1997 *Utah Law Review* 379.
- H.L. Black (1960). 'The Bill of Rights'. In: 35 *New York University Law Review* 865.
- E. Cahn en H.L. Black (1962). 'Justice Black and First Amendment "Absolutes": A Public Interview'. In: 37 *New York University Law Review* 549 (1962).
- D.S. Clarke (1977). 'Exclusionary Reasons'. In: 86 *Mind* (New Series, No. 342) 252.
- F. Dhont (2004). 'Artikel 5. Recht op persoonlijke vrijheid en veiligheid'. In: Vande Lanotte, J. en Haeck, Y. (red.), *Handboek EVRM. Deel 2. Artikelsgewijs Commentaar*. Vol. I, Antwerpen: Intersentia, pp. 267-368.
- S. Van Drooghenbroeck (2001). *La Proportionnalité dans le Droit de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*. Brussel: Bruylant.
- J.H. Ely (1974). 'The Constitutionality of Reverse Racial Discrimination'. In: 41 *University of Chicago Law Review* 723.
- R.A. Epstein (1986). 'Was *New York Times v. Sullivan* Wrong?'. In: 53 *University of Chicago Law Review* 782.
- J.H. Gerards (2002). *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*. Den Haag: Sdu.
- J.H. Gerards (2004). 'Gelijke behandeling en het EVRM. Artikel 14 EVRM: van krachteloze waarborg naar 'norm met tanden'?' In: *NJCM-Bulletin* 29-2, pp. 176-198.
- J.H. Gerards (2006). 'Rechtsvinding door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens'. In: T. Barkhuysen, R.A. Lawson, et al. (red.), *55 Jaar EVRM. NJCM-Bulletin (special)*, pp. 93-122.
- J.H. Gerards en A.W. Heringa (2006). 'Artikel 10 EVRM' (volledig bewerkt en geactualiseerd). In: J.H. Gerards, A.W. Heringa, J.G.C. Schokkenbroek en J. Van der Velde, *EVRM Rechtspraak & Commentaar* (losbladig EVRM-commentaar). Sdu 2006, aanvulling 78, pp. 3.10/1-80.
- R. Gordon, 'The Elusive Transformation'. In: 6 *Yale Journal of Law and the Humanities* 137 (1994).
- S. Greer (2006). *The European Convention on Human Rights. Achievements, Problems and Prospects*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Th.C. Grey (1983-1984). 'Langdell's Orthodoxy'. In: 45 *University of Pittsburgh Law Review* 1.
- Th.C. Grey (1996). 'Modern American Legal Thought'. In: 106 *Yale Law Journal* 493.
- V. Grosswald Curran (1998). 'Cultural Immersion, Difference and Categories in U.S. Comparative Law'. In: 46 *American Journal of Comparative Law* 43.
- G. Gunther (1972). 'Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection'. In: 86 *Harvard Law Review* 1.

- G. Gunther en K.M. Sullivan (1997). *Constitutional Law*. Westbury, New York: The Foundation Press.
- J. Habermas (1996). *Between Facts and Norms* (Vert. W. Rehg). Cambridge: Cambridge University Press.
- M. Horwitz (1992). *The Transformation of American Law 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy*. New York: OUP 1992.
- H.L. Janssen (2003). *Constitutionele Interpretatie*. Diss. Maastricht 2003. Den Haag: Sdu.
- H. Kalven Jr. (1964). 'The *New York Times* Case: A Note on "The Central Meaning of the First Amendment"'. In: 1964 *Supreme Court Review* 191.
- D. Kennedy (1976). 'Form and Substance in Private Law Adjudication'. In: 89 *Harvard Law Review* 1685.
- D. Kennedy (1980). 'Toward an Historical Understanding of Legal Consciousness: The Case of Classical Legal Thought in America, 1850-1940'. In: 3 *Research in Law and Society* (1980).
- K. Larenz en M. Wolf (2004). *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. München: Beck.
- R.St.J. Macdonald (1993). 'The Margin of Appreciation'. In: R.St.J. Macdonald, F. Matscher en H. Petzold (red.), *The European System for the Protection of Human Rights*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff, pp. 83-124.
- A.R. Mowbray (2004). *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court on Human Rights*. Oxford: Hart 2004.
- M.B. Nimmer (1968). 'The Right to Speak from *Times* to *Time*: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy'. In: 56 *California Law Review* 935.
- N. Nohlen (2006). '*Von Hannover v. Germany*'. In: 100 *American Journal of International Law* 196
- R.H. Pildes (1994). 'Avoiding Balancing: The Role of Exclusionary Reasons in Constitutional Law', In: 45 *Hastings Law Journal* 711.
- J. Raz (1990). *Practical Reason and Norms*. Second edition. Oxford: Oxford University Press.
- J.C. Rutten (1997). 'Elasticity in Constitutional Standards of Review: *Adarand Constructors Inc. v. Pena* and Continuing Uncertainty in the Supreme Court's Equal Protection Jurisprudence'. In: 70 *Southern California Law Review* 591.
- A. Scalia (1989). 'The Rule of Law as a Law of Rules'. In: 56 *University of Chicago Law Review* 1175.
- T.M. Scanlon Jr. (1979). 'Freedom of Expression and Categories of Expression'. In: 40 *University of Pittsburgh Law Review* 519.
- F. Schauer (1981). 'Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts'. In: 34 *Vanderbilt Law Review* 265.
- F. Schauer (1988). 'Formalism'. In: 97 *Yale Law Journal* 509.
- P.J. Schlag (1985). 'Rules and Standards'. In: 33 *UCLA Law Review* 379.
- J.G.C. Schokkenbroek (1996). *Toetsing aan de vrijheidsrechten van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens*. Diss. Leiden 1996.
- C.E. Smith (2006). 'Belangenafweging door gevalsafweging'. In: *RM Themis*, pp. 141-146.
- J.M. Smits (2006). 'Belangenafweging door de rechter in het vermogensrecht: een kritische beschouwing'. In: *RM Themis*, pp. 134-140.
- K.M. Sullivan (1992a). 'Foreword: The Justices of Rules and Standards'. In: 106 *Harvard Law Review* 22.
- K.M. Sullivan (1992b). 'Post-Liberal Judging: The Roles of Categorization and Balancing'. In: 63 *University of Colorado Law Review* 293.
- C.R. Sunstein (1996). 'Foreword: Leaving Things Undecided'. In: 110 *Harvard Law Review* 4.
- D. Voorhoof (2004). 'Artikel 10. Vrijheid van meningsuiting'. In: J. Vande Lanotte en Y. Haeck (red.), *Handboek EVRM. Deel 2. Artikelsgewijs Commentaar*. Vol. I, Antwerpen: Intersentia, pp. 837-1060.
- C.H. Wellman (1995). 'On Conflicts Between Rights'. In: 14 *Law & Philosophy* 271.

A. Winkler (2006). 'Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts'. 59 *Vanderbilt Law Review* 793.