



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Vraagstukken rond de rechterlijke belangenafweging

Houdijker, F.M.J. den; Pontier J.A.

Citation

Houdijker, F. M. J. den. (2007). Vraagstukken rond de rechterlijke belangenafweging. *Alles Afwegende*, 167-178. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/13319>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/13319>

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

Vraagstukken rond de rechterlijke belangenafweging

FM.J. den Houdijker

1. Inleiding

Het oplossen van conflictsituaties tussen fundamentele rechten en belangen wordt vaak aan de rechter overgelaten.¹ Nu is met het oog op de gewenste objectiviteit en legitimiteit van rechterlijke oordelen in het algemeen de noodzaak van een kenbare en navolgbare argumentatie van een rechterlijk vonnis steeds groot.² Het belang van een sluitende (juridische) redenering neemt alleen maar toe in zaken waarin uitspraak moet worden gedaan over een conflict tussen fundamentele rechten en belangen. De bij een dergelijk conflict betrokken rechten en belangen zijn niet voor niets als fundamenteel aangemerkt en geschillen die juist vanwege dat fundamentele karakter van de terzake doende rechten en belangen hoog op kunnen lopen, dienen op overtuigende wijze te worden beslecht.³

Eén van de door rechters gekozen⁴ middelen om de hiervoor bedoelde conflicten op te lossen, is de methode van de zogeheten belangenafweging. Een eerste gedachte in het kader van deze bijdrage zou kunnen zijn dat het gebruik van deze beslissingsmethode wellicht bepaalde eisen stelt aan de motivering van het uiteindelijk bereikte oordeel. Hierbij dient zich echter de voorvraag aan of de methode van de rechterlijke belangenafweging inderdaad een beslissingsmethode is, nu ook wel wordt betoogd dat deze figuur door rechters wordt gehanteerd als middel om een op een andere wijze gevonden beslissing te motiveren.⁵ Vooropgesteld kan worden dat het onmogelijk zal zijn onomstotelijk te bewijzen dat de belangenafweging een beslissingsmethode is, dat wil zeggen onderdeel vormt van de heuristiek van het rechterlijk oordeel.⁶ Dit ligt echter niet zozeer aan de figuur van de belangenafweging zelf, als wel aan het feit dat het door een rechter gevolgde zoekproces in het kader van de rechtsvinding zich afspeelt in het hoofd van die rechter en om die reden zeer ontoegankelijk en niet gemakkelijk in woorden te vangen is.⁷ Met dit in gedachten kan het volgende worden opgemerkt.

1 Dat de rechter in *concrete* geschillen een beslissing neemt, lijkt een logisch gevolg van de idee van de scheiding der machten. Het oplossen van *algemene* vraagstukken m.b.t. botsende fundamentele rechten en belangen behoort echter in beginsel tot de taak van de politiek. Maar ook daar neemt de rechter een belangrijke plaats in, vooral wanneer politieke en maatschappelijke verdeeldheid eigenhandig optreden van de politiek bemoeilijkt. Zie: Elzinga & De Lange 2006, p. 297. En zie ter illustratie: Andeweg & Irwin 2002, p. 156–157. Hierbij dient men zich te realiseren dat algemene vraagstukken m.b.t. conflicterende fundamentele rechten en belangen zich ook heel wel binnen concrete geschillen kunnen manifesteren en dat de rechter niet altijd over dergelijke vraagstukken heen kan stappen. Binnen de Europese rechtsorde bestaat eveneens de tendens om beslissingen als hier bedoeld aan de rechter te laten, zie: Stone Sweet 2004.

2 Vgl. Nieuwenhuis 1976, m.n. p. 494 en 501 en Coffin 1988, p. 22–23 en 25.

3 De kwalificatie van een recht of belang als fundamenteel blijkt aanleiding te geven voor zowel het EHRM, als het HvJEG om intensiever te toetsen of een inbreuk op dat recht of belang gerechtvaardigd is, dan wanneer sprake is van een inbreuk op een 'gewoon' individueel belang; Gerards 2007.

4 Gerards stelt het nog scherper, de rechter – geconfronteerd met een beroep op een grondrecht – ontkomt er niet aan om belangen af te wegen: Gerards 2006a, p. 4. Vgl. Alexy die stelt dat 'a collision of principles can only be resolved by balancing.' Alexy 2003a, p. 133.

5 Boukema 2006, p. 39: 'Ik verdedig de stelling dat de rechter, gelet op de aan de orde zijnde rechten, feiten, omstandigheden en belangen, tot een bepaald oordeel komt en belangenafweging aangrijpt om de uitspraak te motiveren.'

6 Zie over de heuristiek en legitimatie van het rechterlijk oordeel: Nieuwenhuis 1976 en IJzermans 2001.

7 Vgl. het citaat van Popper aangehaald in Nieuwenhuis 1976, p. 494: 'There is no such thing as a logical method of having new ideas, or a logical reconstruction of this process.' Men zou dus hooguit de vraag kunnen stellen of de belangenafweging een *rol zou kunnen spelen* in de heuristiek van het rechterlijk oordeel.

Ten eerste, ook wanneer de belangenafweging louter wordt gezien als middel ter legitimatie van een rechterlijk oordeel zal duidelijkheid moeten worden verschaft over bepaalde keuzes die zijn gemaakt.⁸ Zo zal inzicht moeten worden gegeven in de beweegreden(en) om rechten en belangen wel of niet mee te wegen, het gewicht dat aan de rechten en belangen wordt toegekend en de reden(en) om een bepaald belang of set van belangen de doorslag te laten geven boven de andere in het geding zijnde belangen. Ten tweede geeft de belangenafweging niet alleen op voormelde wijze structuur aan de fase van de legitimering, maar kan de methode ook houvast bieden ten aanzien van de heuristiek van het rechterlijk oordeel. De vragen die gesteld moeten worden in het kader van het maken van een goede afweging lijken goed van pas te komen bij de zoektocht naar het recht. In ieder geval dwingt het maken van een belangenafweging in de legitimatiefase de rechter om in de heuristische fase reeds te anticiperen op de vragen die hij in het kader van de afweging zal moeten beantwoorden.⁹

Dit leidt ons terug naar de eerder opgeworpen vraag die men ook als volgt zou kunnen formuleren: komt het gebruik van de methode van de belangenafweging de kwaliteit van de juridische onderbouwing van het uiteindelijke oordeel wel ten goede? Gezien de haken en ogen die ook bij nadere beschouwing aan het maken van belangenafwegingen blijken te kleven, luidt mijn veronderstelling dat de huidige toepassing van deze methode lang niet altijd bijdraagt aan de kwaliteit van de motivering van rechterlijke vonnissen. Dat is echter een stelling die in het bestek van deze bijdrage niet volledig uitgewerkt en onderbouwd kan worden. Dat blijft dan ook een taak voor meer omvangrijk onderzoek.¹⁰ Maar in de hiernavolgende paragrafen zal aan dat onderzoek wel een bijdrage worden geleverd door de methode van de rechterlijke belangenafweging nader in kaart te brengen. Dieper inzicht in de methode kan er immers toe bijdragen dat de structurende functie daarvan in de legitimatie en/of heuristiek beter tot zijn recht kan komen.

2. Zicht op de context waarbinnen wordt gewogen

Belangenafwegingen vinden niet plaats in het luchtledige en het kader waarbinnen een afweging wordt gemaakt, kan invloed uitoefenen op het proces van het afwegen zelf. Ook in deze bijdrage wordt de belangenafweging binnen een bepaalde context bestudeerd. Een eerste plaatsbepaling ten aanzien van het onderwerp schemerde in de inleiding reeds door. Zo worden specifiek belangenafwegingen in het kader van botsingen van fundamentele rechten en belangen gezien. Vanuit Nederlands én Europees perspectief is daarnaast van belang het veellagige karakter van de rechtsorde waarbinnen beslissingen met betrekking tot die fundamentele rechten en belangen

8 Vgl. IJzermans 2001, p. 90: 'een rechterlijke beslissing kan alleen gerechtvaardigd worden door inzicht te geven in de afweging die in de heuristische fase heeft plaatsgevonden'. Anders Nieuwenhuis 1976, p. 501, waar deze stelt dat de legitimatie ziet op het vormgeven van de rechtvaardiging van de gevonden beslissing, waartoe het syllogisme naar zijn mening een 'goede (...) presentatie van dictum en motivering' is: 'wie het eens is met mijn premissen, is genooddaakt mijn conclusie te aanvaarden. Derhalve a contrario: wie mijn beslissing niet wenst te aanvaarden, moet zijn kritiek richten tegen de door mij geformuleerde regel en/of mijn visie op de feiten.' Naar mijn mening is zeker in complexe zaken betreffende botsende fundamentele rechten en belangen meer inzicht in de beweegredenen van de rechter noodzakelijk.

9 De voorvraag raakt een andere kwestie, namelijk of het mogelijk is daadwerkelijk onderscheid te maken tussen de heuristiek enerzijds en de legitimatie van het rechterlijk oordeel anderzijds. Hierover is zeker discussie mogelijk (vgl. eerder genoemde werken van Nieuwenhuis en IJzermans). Voor de hier aangestipte problematiek is het echter niet nodig in die discussie te treden. De belangenafweging lijkt in staat beide fases te verenigen; de structurende werking die van de methode uitgaat komt in beide fases van pas.

10 Bijv. in het kader van mijn promotieonderzoek onder de (voorlopige) titel *Balancing of fundamental rights and interests in a multi-level legal system*. Het onderzoek maakt deel uit van het overkoepelende onderzoeksproject *Judicial reasoning in fundamental rights cases – national and European perspectives* van beoogd promotor prof. mr. J.H. Gerards.

worden genomen. Beide aspecten stellen de rechter voor niet onaanzienlijke uitdagingen en zullen daarom kort worden toegelicht in paragraaf 2.1, respectievelijk 2.2.

2.1. Het afwegen van fundamentele rechten en belangen¹¹

Kenmerkend voor codificaties van fundamentele rechten en belangen is de vaagheid daarvan. Gelet op het fundamentele karakter van de in een grondwet of verdrag neergelegde waarborgen, hebben de opstellers van deze teksten een voorkeur voor algemene bewoordingen; het potentiële beschermingsbereik van de rechten in kwestie dient immers niet op voorhand al te zeer te worden beperkt. De keuze voor algemene bewoordingen heeft tot gevolg dat de inhoud en reikwijdte van de beschermingswaardig bevonden rechten geen vastomlijnd gegeven is. Het betekent daarnaast ook dat de positie van de rechten ten opzichte van elkaar en ten opzichte van het algemeen belang, niet op voorhand vaststaat. Voor een voortvarende en duidelijke beslechting van geschillen tussen de rechten onderling, dan wel van geschillen tussen rechten en belangen enerzijds en het algemeen belang anderzijds, vindt de rechter zodoende weinig aanknopingspunten in de codificerende teksten. Rechtspraak die onvoldoende duidelijkheid schept in precare botsingsituaties valt echter niet goed te rijmen met de speciale positie die fundamentele rechten en belangen zijn toebedeeld binnen de Nederlandse en Europese rechtsorde. De uitdaging voor de betrokken rechters is dan ook om conflicten tussen dergelijke rechten en belangen ondanks de afwezigheid van duidelijke richtsnoeren op een heldere en overtuigende wijze op te lossen.

2.2. Belangen afwegen binnen de veellagige rechtsorde

Rechters vinden in de huidige veellagige rechtsorde een tweede obstakel op hun pad en dat betreft die veellagigheid zelf. Beslissingen over fundamentele rechten en belangen worden binnen Europa op meerdere niveaus genomen. Naast de nationale rechters, nemen zowel het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), als het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJEG) een niet meer weg te denken rol in waar het gaat om de beslechting van geschillen inhoudende botsende fundamentele rechten en belangen.

Nu laten beide Europese rechters bij de toetsing van een nationale belangenafweging (daar ligt immers hun primaire taak)¹² vaak ruimte voor nationale bijzonderheden. Daarbij geven zij echter

11 Omdat het wel gemaakte onderscheid tussen grondrechten enerzijds en mensenrechten anderzijds voor deze bijdrage niet van belang is, wordt hier bij voorkeur gesproken over fundamentele rechten en belangen. Ten aanzien van de term 'belangen' kan het volgende worden opgemerkt. Waar fundamentele rechten meestentijds expliciet zijn neergelegd in grondwetten en verdragen, zijn de betrokken belangen nauwelijks direct zichtbaar. Ze kunnen vaak alleen indirect worden aangetroffen in eerdere rechterlijke uitspraken omtrent het bovenliggende fundamentele recht. Daaruit kan blijken welke elementen (onderliggende belangen) van het overkoepelende fundamentele recht in een bepaalde situatie wel of niet een rol kunnen spelen. Als gevolg van het algemene karakter van fundamentele rechten ligt 'onder' elk fundamenteel recht een veelheid aan mogelijk relevante belangen. Welke belangen precies relevant zijn, hangt dan af van de feitelijke omstandigheden van het geval. Vgl. Sunstein 1995, p. 959-968. Bepalingen inzake fundamentele rechten zouden in Sunsteins terminologie kunnen worden aangeduid als 'standards'.

12 Met name het EHRM benadrukt in zijn jurisprudentie geen vierde instantie te willen zijn: EHRM 22 april 1992, appl.no. 12351/86 (Vidal t. België) en EHRM 16 december 1992, appl.no. 13071/87 (Edwards t. het Verenigd Koninkrijk) 1992, appl.nl. appl.22 april 1992, appl. van een metafoor. kan leiden tot een prominentere en tegelijkertijd re. Voor het HvJEG ligt dit in die zin wat anders, aangezien het – met het oog op de uniformiteit daarvan – een leidende rol vervult bij de uitlegging van het gemeenschapsrecht. Daarbij kan het HvJEG niet altijd om uitspraken omtrent fundamentele rechten en belangen zoals ze in deze bijdrage begrepen worden heen, maar op dat terrein kent het geen voorttrekkersrol t.o.v. de nationale rechter. Het zal gelet op het beginsel van subsidiariteit veel gelegen moeten laten liggen aan de nationale rechtspraak terzake. De fundamentele rechten als in deze bijdrage bedoeld vallen immers slechts als algemene beginselen van gemeenschapsrecht, volgens vaste jurisprudentie van het Luxemburgse Hof gebaseerd op de constitutionele tradities van de *lidstaten* en internationale mensenrechtenverdragen, onder de jurisdictie van het HvJEG: Besselink 1998, p. 16-19.

lang niet altijd aan op basis van welke factoren een nationale lid- of verdragsstaat ruimte wordt gelaten en evenmin wordt altijd helder hoe groot die ruimte is. Daarnaast blijkt met name het Hof in Straatsburg regelmatig toch zelf een belangenafweging uit te voeren.¹³ De wijze waarop deze belangenafweging wordt uitgevoerd is echter niet altijd helder. Dit alles heeft gevolgen voor de nationale rechter waarvan wordt verwacht dat hij de op Europees niveau geformuleerde fundamentele rechten in concrete casus toepast. De bestaande onduidelijkheden over de (wijze van) toetsing van nationale belangenafwegingen op Europees niveau, maken deze taak van de nationale rechter niet gemakkelijker. Meer inzicht in de manier waarop het EHRM en het HvJEG de veellagigheid van het rechtssysteem in acht nemen wanneer zij belangen afwegen of een eerdere afweging toetsen, is dan ook noodzakelijk.¹⁴

Andersom is het zich rekenschap geven van de veellagige rechtsorde ook voor de rechterlijke instanties op Europees niveau zelf van belang. Het feit dat het EHRM en het HvJEG rechtspreken 'bovenop' een nationale procedure stelt ook eisen aan de eigen oordeelsvorming en motivering. Beide instanties dienen zich af te vragen in hoeverre er voor hen daadwerkelijk ruimte bestaat voor het vormen van een eigen oordeel en het voorschrijven van dit oordeel aan de nationale actoren. Het is niet onwaarschijnlijk dat de in beginsel secundaire positie van de Europese rechters hieraan in een niet verwaarloosbaar aantal gevallen in de weg staat.¹⁵

3. De voorfase

Met deze contextuele schets in het achterhoofd, is het moment aangebroken om dieper in te gaan op de methode van belangenafweging zelf. Hoewel het op het eerste gezicht wellicht vanzelfsprekend klinkt, is het daarbij goed om te beseffen dat voorafgaand aan het daadwerkelijk wegen van rechten en belangen, vastgesteld zal moeten worden welke rechten en belangen überhaupt dienen te worden afgewogen. Het langer dan gebruikelijk stilstaan bij deze 'voorfase' in de oordeelsvorming is nuttig, omdat de in deze fase genomen beslissingen van directe invloed zijn op de uiteindelijk te maken belangenafweging.

Mijn voorstel is om expliciet onderscheid te maken tussen de zojuist genoemde voorfase en de wat ik noem afwegingsfase. Na de bespreking van de voorfase in paragraaf drie en de afwegingsfase in paragraaf vier, zal ik in paragraaf vijf de redenen voor dit voorstel uiteenzetten.

3.1. Op zoek naar de relevante rechten en belangen

Ten aanzien van elke botsing van fundamentele rechten en belangen is een eerste selectie tussen wel en niet relevante rechten vrij eenvoudig te maken. In een zaak waarin de vrijheid van meningsuiting tegenover het belang om niet beledigd te worden staat, doet bijvoorbeeld het recht om te trouwen niet ter zake. Na het uitsluiten van de overduidelijk niet relevante rechten en belangen blijven er echter in veel zaken rechten, belangen, of omstandigheden (die de rechten en belangen kunnen inkleuren) over, waarvan het op voorhand niet duidelijk is of deze een rol dienen te spelen in de uiteindelijk te maken afweging. Een zaak voor het Britse *Court of Appeal*

13 Zie voor dat laatste Gerards 2006b, p. 150.

14 Een vergelijkbare problematiek doet zich voor t.a.v. belangenafwegingen in het publiekrecht. Dan heeft de rechter te maken met een wetgevende of bestuurlijke instantie die al een keuze heeft gemaakt inhoudende dat het gewicht van de rechten en belangen die de instantie nastreeft zwaarder wegen dan de rechten en belangen waarop een inbreuk wordt gemaakt. Zie hieromtrent Gerards 2006b, Gerards 2006a, p. 9-10 en ook Groenewegen 2005, p. 21 en 22. Ik laat deze problematiek hier verder buiten beschouwing.

15 Anderzijds stelt Gerards terecht de vraag of terughoudendheid altijd op zijn plaats is: '[z]eker als het gaat om een flagrante aantasting van fundamentele rechten, lijkt het redelijk om niet al te veel te vertrouwen te stellen in de overheidsinstelling die daarvoor primair verantwoordelijk is.' Gerards 2006a, p. 10.

geeft een beeld van de verstrekkende consequentie van het aanmerken van een recht als niet-relevant.¹⁶

De zaak betrof het lot van de Siamese tweeling Jodie en Mary. De tweeling werd geboren verbonden aan elkaar ter hoogte van de heup. Beide meisjes beschikten over eigen vitale organen, maar de organen van Mary waren sterk onderontwikkeld. Het meisje bleef alleen in leven als gevolg van een met haar zus gedeelde slagader waardoor ze over door het hart van haar zus rondgepompt zuurstofrijk bloed kon beschikken. Artsen verwachtten dat Jodies hart uiteindelijk niet meer in staat zou zijn om beide meisjes in leven te houden en achtten medisch ingrijpen noodzakelijk. Dit ingrijpen zou bestaan uit het scheiden van de tweeling, wat echter Mary's dood tot gevolg zou hebben. De ouders van de tweeling weigerden op religieuze gronden toestemming voor de operatie.

De zaak belandde uiteindelijk bij het *Court of Appeal*. In de uitspraak van dit hof werden de religieuze motieven van de ouders om geen toestemming te verlenen door de rechters uitgesloten van het uiteindelijke belangenafwegingsproces. Wat daarbij opvalt is dat deze beslissing door de rechters uitgebreid gemotiveerd wordt. Aangegeven wordt dat aan de belangen van de ouders groot gewicht toekomt – zeker voor zover zij gebaseerd zijn op religieuze gronden. De rechters stellen zich daarbij bewust te zijn van de onmogelijke keuze waarvoor de ouders zich gesteld zien.¹⁷ Met een gemotiveerd beroep op het geldende medische en familierecht stellen de rechters vervolgens dat het toch aan hen zelf is om de belangen van beide meisjes die gemoeid zijn met het al dan niet opereren – en ook alleen die belangen – tegen elkaar af te wegen.¹⁸ Uiteindelijk wogen dus alleen aspecten met betrekking tot het recht op leven van beide meisjes mee, waarmee de te maken afweging een geheel ander karakter kreeg, dan wanneer ook het belang van de ouders om een operatie op religieuze gronden te weigeren in de afweging was betrokken. Niet zeker is of bij het ontbreken van mogelijkheden om het belang van de ouders terzijde te schuiven, de zaak eenzelfde uitkomst zou hebben gehad als welke nu bekend is.¹⁹

De selectie van rechten en belangen die een rol kunnen spelen in het uiteindelijke afwegingsproces zal in beginsel in elke zaak opnieuw dienen te geschieden en heeft dus een *ad hoc* karakter. Toch ontstaat er in de loop der jaren ten aanzien van vergelijkbare zaken een netwerk van overwegingen waaruit blijkt welke rechten en belangen de rechter ten aanzien van een bepaald type zaken wel en niet als relevant ziet. Mits de rechter de selectie van relevante rechten en belangen vorm geeft op een wijze zoals in de zojuist besproken uitspraak. Men kan van mening verschillen over de juistheid van het voorbijgaan aan de religieuze motieven van de ouders van de Siamese tweeling, maar de discussie daaromtrent kan zich als gevolg van de uitvoerige motivering richten op de beweegredenen van de rechters om tot uitsluiting van het belang van de ouders over te gaan.²⁰

3.2. De definitie van de betrokken rechten en belangen

In de zojuist besproken stap in de voorfase van de belangenafweging is de 'status' van het ingeroepen recht of belang (fundamenteel of niet) geen punt van discussie. Dit wordt immers ook pas

16 *Re A (Children) (Conjoined Twins: Surgical Separation)* [2001] Fam. 147.

17 *Idem*, p. 172 (per Ward LJ) en p. 258 (per Robert Walker LJ).

18 *Idem*, p. 176-196 (per Ward LJ).

19 Het uitsluiten van het belang van de ouders lijkt in ieder geval een vermindering van de complexiteit van de zaak tot gevolg te hebben gehad. Eén moreel geladen vraag (wat te doen met de religieuze opvattingen van de ouders) behoefde niet in de afweging betrokken te worden. Wat overbleef was nog steeds een moreel gezien zware afweging, maar de veelheid aan feitelijke (medische) informatie om de afzonderlijke belangen van de tweeling 'gewicht' toe te kennen, vergemakkelijkte het vellen van een oordeel over de toelaatbaarheid van de operatie.

20 Zie m.b.t. het belang van het betrachten van 'openness' in het gehele proces van belangenafweging: Coffin 1988, p. 22, wat er zich afspeelt in het hoofd van de rechter wanneer deze tot een beslissing tracht te komen, moet zoveel mogelijk op papier terug te vinden zijn. Naar mijn mening is openheid inzake de antwoorden op voorvragen als welke rechten een rol spelen in het proces van speciaal belang.

van belang als het recht wél een rol speelt in de rechterlijke besluitvorming. Als dat het geval is, kan de vraag aan de orde komen of het ingeroepen recht of belang als *fundamenteel* kan worden aangemerkt, in de zin dat het bescherming verdient onder een grondwet, constitutie of verdrag op basis waarvan de betrokken rechter wordt gevraagd recht te spreken. Het aanmerken van een recht of belang als fundamenteel levert immers een verhoogd beschermingsniveau op voor degene die zich op een dergelijk recht of belang kan beroepen.

Nu is het bepalen of een gesteld recht of belang onder een als fundamenteel aangemerkt recht of belang is te scharen in eerste instantie een onderwerp betrekking hebbend op de reikwijdte van de bepalingen die dergelijke fundamentele rechten en belangen beogen te waarborgen. Het betreft daarmee een interpretatievraagstuk dat buiten het bereik van deze bijdrage valt. In de Amerikaanse literatuur is echter gesignaleerd dat bij de beantwoording van de vraag of een bepaald, door een individu ingeroepen belang als een constitutioneel recht kan worden aangemerkt (waarmee het in aanmerking komt voor een hoog beschermingsniveau)²¹ het Amerikaanse *Supreme Court* deze vraag wel eens ontkennend pleegt te beantwoorden onder verwijzing naar het grote publieke belang dat is gediend bij de beperking van het recht van het individu in kwestie.²² Hiermee wordt bij definitie van een ingeroepen belang feitelijk reeds een afweging gemaakt: het gewicht van het algemeen belang is immers zo groot dat er geen individueel recht geformuleerd kan worden. Het betreft ingewikkelde materie die nader onderzoek vergt. Met name interessant om te bezien is of ook het EHRM en het HvJEG zich van een dergelijke retorische constructie bedienen.

Het vraagstuk rond de definitie van betrokken rechten of belangen, gaat echter verder dan de vraag omtrent het al dan niet fundamentele karakter daarvan. De tegenover elkaar staande belangen kunnen verschillen in abstractiegraad. Dit bemoeilijkt niet alleen de onderlinge vergelijking van de belangen, het kan zelfs tot gevolg hebben dat de balans op voorhand naar één kant doorslaat. Aan het meer algemeen geformuleerde belang zal namelijk vaak meer gewicht worden toegekend.²³ Het is daarom belangrijk om de betrokken belangen zoveel mogelijk op gelijke wijze te definiëren.²⁴

De zojuist beschreven problematiek doet zich begrijpelijkerwijs nog pregnanter voelen in zaken waarin een individueel belang tegenover 'het algemeen belang' komt te staan. Het algemeen belang betreft een breed en soms ambigue begrip, wat het concretiseren van de precieze inhoud van dat belang in een specifieke zaak bemoeilijkt.²⁵ Om tot een onbevooroordeelde afweging te komen in zaken waarin dit algemeen belang tegen één of meerdere individuele belangen staat, verdient het echter juist dan aanbeveling om de belangen op een gelijkwaardig(er) abstractieniveau te definiëren. In de Straatsburgse zaak *Tysiãc t. Polen*²⁶ stond het individuele belang van mevrouw Tysiãc bij een abortus tegenover het algemene belang van de Poolse staat tot bescherming van het ongeboren leven. Het EHRM kwam uiteindelijk niet toe aan een belangenafweging. Was dat wel het geval geweest dan had het Hof zich onder meer voor de vraag gesteld gezien of het belang van de Poolse staat bij het beschermen van ongeboren leven

21 In de zin dat het belang van de overheid bij het beperken van dat recht aan een strenge toets wordt onderworpen, zij het dat de zwaarte van de daadwerkelijk aan te leggen toets nog verschilt al naar gelang het belang tot de kern of de periferie van een constitutioneel recht behoort (of daartussen het midden houdt).

22 Zie Faigman 1992, m.n. p. 1539 en 1547.

23 Zie Green 1998, p. 453 e.v.

24 Zie hieromtrent uitgebreid: Gerards 2006a, p. 28-29.

25 Gerards stelt dat in ieder geval het EHRM regelmatig genoegen neemt met zeer breed geformuleerde algemene belangen. Daardoor zal het soms onduidelijk blijven welke grootheden precies tegenover elkaar staan. Anderzijds zal het ook niet altijd mogelijk zijn de doelstellingen achter bepaald overheidshandelen te achterhalen: Gerards 2006a, p. 26 en 27, met verdere verwijzingen.

26 EHRM 20 maart 2007, appl.no. 5410/03 (*Tysiãc t. Polen*).

in zijn algemeenheid in de afweging betrokken zou moeten worden, of dat dit geconcretiseerd zou moeten worden tot het ongeboren leven in de zaak Tysiāc.²⁷

4. Het eigenlijke afwegen

Is de zoektocht naar en definiëring van relevante rechten en belangen naar tevredenheid afgerond, dan volgt de afwegingsfase. Daar aangekomen wordt de rechter geconfronteerd met twee grote moeilijkheden: a) hoe weegt men de betrokken rechten en belangen nu tegen elkaar af en b) hoe verantwoordt men, rationaliseert men, het uiteindelijk gevelde vonnis. Deze twee vragen raken mijns inziens de kern van de problematiek van de belangenafweging. Gelet op de complexiteit van de materie en het bestek van deze bijdrage zal de problematiek voornamelijk in beschrijvende zin worden aangestipt. Maar eerst een woord over de metafoor van de belangenafweging, want in hoeverre wordt er nu echt iets gewogen?

De essentie van een metafoor is het beschrijven en begrijpen van het ene concept in de terminologie van een ander concept.²⁸ De taal waarmee we spreken over het concept dat als de bron voor de vergelijking dient, structureert de taal waarmee we spreken over het concept dat we wensen te beschrijven en begrijpen.²⁹ Smith bespreekt in een recent artikel in *Themis* op inzichtelijke wijze de waarschijnlijk eeuwenoude verbintenis tussen de weegschaal van Vrouwe Justitia en het recht.³⁰ Tegelijkertijd waarschuwt hij ervoor de metafoor van de weegschaal niet te letterlijk te nemen. Het is immers moeilijk voor te stellen 'hoe je het gewicht van zoiets onstoffelijks als een belang kunt vaststellen. En hoe je belangen tegen elkaar afweegt.'³¹ Dit roept de vraag op hoe voorzichtig men moet zijn met het spreken over het gewicht en het afwegen van rechten en belangen. Mijns inziens is het voldoende om te beseffen dat een instrument om onstoffelijke rechten en belangen af te wegen nooit zal bestaan.³² Men dient zich met andere woorden bewust te zijn van de beperkingen van de metafoor.³³ Anderzijds is het proces dat we met de term belangenafweging pogen te duiden zelf zeer abstract en hebben we een ander concept – het concept van de weegschaal en de gewichten, dat we beter begrijpen – nodig om over dit proces van rechterlijke oordeelsvorming te spreken. Zolang we in ons achterhoofd houden dat het letterlijk wegen van rechten en belangen niet tot de mogelijkheden behoort, is er mijns inziens weinig op tegen om ons voordeel te doen met de

27 Vgl. Gerards 2006a, p. 29. Het gelijktrekken van het abstractieniveau loopt in dit voorbeeld van algemeen richting concreet. Theoretisch zou het abstractieniveau ook andersom kunnen worden gelijkgetrokken (zo zou het belang van mevrouw Tysiāc bij een abortus geëxtrapoleerd kunnen worden naar de vraag omtrent de wenselijkheid van een recht op abortus in algemene zin). Toch spreekt de rechtswetenschappelijke literatuur zijn voorkeur uit voor een zo concreet mogelijke belangenafweging, zie Gerards 2006a, p. 29 en de daar aangehaalde literatuur.

28 Lakoff & Johnson 1980, p. 5. Waarbij de belangenafweging kan worden aangeduid als de hier besproken *structurerende* metafoor. Daarnaast onderscheiden Lakoff en Johnson de *ruimtelijke* metafoor (waarbij een ruimtelijke oriëntatie aan het beschreven concept wordt gegeven; hij *viel* in slaap; haar ster is *rijzend*; *idem*, p. 14–21) en de *ontologische* metafoor (waarbij onderdelen van een groter, ondefinieerbaar geheel benaderd worden als een afzonderlijke entiteit; *de inflatie verlaagt* onze levensstandaard (inflatie als object); *idem*, p. 25–34).

29 Overigens stellen Lakoff en Johnson dat de metaforische structurering van onze taal t.a.v. een bepaald onderwerp wordt voorafgegaan door de metaforische structurering van ons denken over en handelen t.a.v. dat onderwerp: Lakoff & Johnson 1980, p. 5–6.

30 Smith 2006, p. 141 e.v.

31 Smith 2006, p. 141. Vgl. Coffin 1988, p. 19: 'Perhaps the biggest problem with the balancing metaphor is that it suggests a mechanistic, quantitative, and utilitarian comparison of the weight or value of two claims according to one scale which is equally appropriate to both.'

32 Of er een schaal of maatstaf van onstoffelijke aard bestaat, daar wordt over getwist, maar ook daarmee zal het letterlijke wegen uiteraard niet tot de mogelijkheden behoren.

33 Lakoff en Johnson laten beeldend zien dat elke metafoor uiteindelijk zijn beperkingen heeft: tijd is geld, maar er is geen bank waarop je tijd kunt sparen (Lakoff & Johnson 1980, p. 13).

al eerder genoemde structurerende werking en de houvast die de metafoor van de belangenafweging ons biedt wanneer het gaat om het beslechten van geschillen inzake conflicterende fundamentele rechten en belangen.

4.1. Incommensurabiliteit

De prangende vraag hoe nu de gevonden en tegenover elkaar staande belangen af te wegen staat in rechtstreeks verband met de theses van de incommensurabiliteit en van de onvergelijkbaarheid van rechten en belangen.³⁴ De these van de incommensurabiliteit ziet op het ontbreken van een gemeenschappelijke maatstaf. Onder de incommensurabiliteit van waarden wordt dan verstaan het ontbreken van een gemeenschappelijke, normatieve schaal waarop waarden gerangschikt kunnen worden. De samenhang tussen incommensurabiliteit en onvergelijkbaarheid wordt snel duidelijk: het ontbreken van een gemeenschappelijke schaal maakt de vergelijking tussen verschillende waarden onmogelijk.³⁵

Het gaat hierbij steeds om het figuurlijk wegen van de betrokken rechten en belangen. De vraag is naar welk gewicht men daarvoor op zoek is. Ten aanzien van de belangenafweging zal men in eerste instantie geïnteresseerd zijn in het gewicht van de belangen ten opzichte van elkaar, in het relatieve gewicht dus.³⁶ Maar juist daar doet het probleem van de incommensurabiliteit en/of onvergelijkbaarheid zich gelden, want een gemeenschappelijke schaal om te zien welke rechten en belangen het meeste gewicht in de schaal leggen is moeilijk, zo niet onmogelijk te vinden. In de literatuur zijn desalniettemin interessante oplossingsrichtingen te vinden om het ontstane probleem het hoofd te bieden. Op deze plaats is slechts ruimte om een drietal interessante oplossingen summier aan te stippen. Nader onderzoek naar nut en noodzaak van de voorgestane (en andere) methodes verdient zeker aanbeveling.

Een eerste oplossing zou gevonden kunnen worden in het vaststellen van het *intrinsieke* gewicht van de tegenover elkaar staande belangen. De belangen worden hierbij eerst op hun eigen schaal gewogen. Indien vervolgens komt vast te staan dat het ene belang – op zijn eigen schaal gewogen – als zeer zwaarwegend kan worden aangemerkt en het andere belang duidelijk minder zwaarwegend is, kan aan het eerste belang relatief eenvoudig de doorslag worden gegeven.³⁷

Een tweede oplossingsrichting gaat niet zozeer uit van het gewicht van de betrokken belangen als wel van de verhouding tussen de ernst van de aantasting van belang A en de grootte van het

34 Zie over het verband tussen de problematiek van incommensurabiliteit en onvergelijkbaarheid en de rechterlijke belangenafweging Aleinikoff 1987, p. 972 e.v., Alder 2006, Gerards 2006a, p. 29 e.v. en Bomhoff & Zucca 2006, p. 431 e.v. Zie over incommensurabiliteit en onvergelijkbaarheid in het algemeen – onder veel meer – Chang 1997a en de bijdrages van diverse auteurs aan het symposium van de *University of Pennsylvania Law School*, gepubliceerd in 146 *U. Pa. L. Rev.* 1169.

35 De termen worden dan ook vaak door elkaar gebruikt, zie bijv. Adler 1998, p. 1170 en Raz 1997, p. 110. Toch is een nuancering op zijn plaats. Twee objecten die als incommensurabel worden aangemerkt, in de zin dat er geen gemeenschappelijke schaal bestaat waarop de waarde van de objecten t.o.v. elkaar kan worden afgelezen (is de één beter dan de ander, of zijn beide gelijk in waarde), kunnen op veel punten wel worden vergeleken: het ene object kan zwaarder zijn dan de ander, lichter van kleur etc. Zie Raz 1997, p. 110. Chang stelt dan ook voor de term *incomparability* (hier vertaald als onvergelijkbaarheid) als volgt te definiëren: 'two items are incomparable with respect to a covering value if, for every positive value relation relativized to that covering value, it is not true that it holds between them', Chang 1997b, p. 6. Met de verwijzing naar een vergelijking met een overkoepelende waardeorievorming rondom de toont deze definitie het verband dat gelegd kan worden tussen incommensurabiliteit en onvergelijkbaarheid en behoudt het de term onvergelijkbaar voor, voor die gevallen waarin de gewenste vergelijking niet kan worden gemaakt.

36 Vgl. Smith 2006, p. 142.

37 Gerards 2006a, p. 31-34: dergelijke afwegingen worden gemakkelijker als het gewicht van de betrokken belangen op een vergelijkbaar abstractieniveau wordt vastgesteld. Treedt een patstelling op dan zouden externe belangen, Gerards noemt het beschermen van pluralisme of van veiligheid in de samenleving, de doorslag kunnen geven.

belang van verwezenlijking van het (de aantasting veroorzakende) belang B.³⁸ Het wege wordt daarmee in die zin vermeden, dat het vaststellen van het relatieve gewicht van de belangen als zodanig niet nodig is. Anderzijds zal nog steeds een middel gevonden moeten worden om een vergelijking te kunnen maken tussen de ernst van de inbreuk op het ene belang tegen het belang bij het verwezenlijken van het andere belang.³⁹

Een laatste oplossingsrichting die ik hier zou willen noemen, betreft die van wat men zou kunnen noemen de vergelijkingsmethode.⁴⁰ De rechter vergelijkt hierbij de zaak die voor hem ligt met imaginaire zaken. Hiertoe formuleert de rechter de relevante feiten en omstandigheden met betrekking tot het type zaak. Al naar gelang welke 'typische' feiten en omstandigheden zich voordoen, ontstaat een bepaald geval. Er kan vervolgens een geval worden bedacht waarbij de uitkomst helder is, de te beslissen zaak kan met deze en eventueel andere 'buurgevallen' vergeleken worden, waarbij de vergelijking laat zien welk feit of welke omstandigheid doorslaggevend is om de zaak op de ene of de andere manier te beslissen.

4.2. Rationaliteit

Een tweede essentiële vraag met betrekking tot de belangenafweging betreft de vraag naar rationaliteit. Hoe valt een vonnis dat gemaakt is met behulp van een belangenafweging te rechtvaardigen? Niet alleen het vellen van het vonnis, maar vaak ook het toekennen van een bepaald gewicht aan de betrokken rechten en belangen wordt gezegd zich af te spelen in een zwarte doos. Bij bestudering van de literatuur terzake valt op dat rationaliteit vaak in verband wordt gebracht met incommensurabiliteit: als er geen gemeenschappelijke schaal bestaat waarop conflicterende rechten en belangen kunnen worden afgewogen, dan is een rationele keuze onmogelijk. In de voorafgaande paragraaf zijn kort enkele in de literatuur gevonden oplossingen voor het incommensurabiliteitsvraagstuk beschreven, deze oplossingen zijn mede gericht op rationalisering van het uiteindelijke rechterlijke oordeel. Maar los van de problematiek van de incommensurabiliteit, blijft het vraagstuk van de rationaliteit een zelfstandig te kraken noot.

Alexy heeft – in reactie op kritiek van Habermas op de methode van belangenafweging – aandacht besteed aan mogelijkheden om oordelen tot stand gekomen via de eerdergenoemde afweging, te rationaliseren. Hij stelt kort gezegd dat indien de onderliggende redenen om tot een bepaald oordeel te komen, kenbaar zijn en aantonen dat goede, juridisch relevante argumenten aan dat oordeel ten grondslag liggen, dan niet gezegd kan worden dat een dergelijk oordeel irrationeel totstandgekomen is.⁴¹ Coffin stelt dat openheid in het gehele proces van belangen afwegen het gevaar van vooringenomenheid en subjectiviteit kan minimaliseren.⁴² Mijns inziens berusten beide oplossingen op het inzicht dat rationaliteit niet zozeer ziet op het vinden van het 'ene juiste antwoord'. Het gaat erom dat de redenen ten grondslag liggend aan het gevonden antwoord kenbaar en navolgbaar en daarmee – indien gewenst – concreet aanvechtbaar zijn.

38 De oplossing is afkomstig van Alexy, zie onder meer Alexy 2002, Alexy 2003a en Alexy 2003b. Een uitgebreide en heldere bespreking van de theorie van Alexy treft men aan in Gerards 2006a, p. 34–36.

39 Waarbij Alexy de oplossing zoekt in de hierna te bespreken vergelijkingsmethode. Op twee te ontwikkelen afzonderlijke hypothetische schalen zou de ernst van de inbreuk op ene belang, respectievelijk de noodzaak van het verwezenlijken van het andere belang kunnen worden gepositioneerd en met elkaar vergeleken: Alexy 2003a, p. 136.

40 Door Wiarda beschreven in zijn *Drie typen van rechtsvinding*, door Smith besproken in relatie tot de belangenafweging: Smith 2006, p. 144.

41 Alexy 2003a, p. 139.

42 Coffin 1988, p. 23. Indirect Henkin: 'Above all, the Court has to begin to define and refine the weights it puts into balance, which rights have special weight, which needs are particularly compelling, so we can see that the scales are not being held blindly, irrationally.' (Henkin 1978, p. 1049).

5. Het belang van het onderscheid

Nu ook de afwegingsfase aan de orde is gekomen, een woord over de in deze bijdrage gekozen benadering van de rechterlijke belangenafweging. Het hier gemaakte onderscheid tussen een voorfase en een afwegingsfase zal men niet aantreffen in de rechtspraak.⁴³ Het is ook zeker niet mijn bedoeling rechters op te roepen tot het nadrukkelijk expliciteren van een dergelijk onderscheid in hun argumentatie. Het maken van het onderscheid draagt echter bij aan een duidelijker zicht op het proces van de belangenafweging en heeft daarnaast als belangrijk voordeel dat het het kaf van koren kan scheiden.⁴⁴

Duidelijker zicht op het proces van de belangenafweging is in zijn algemeenheid niet onbelangrijk daar de methode geregeld scherpe kritiek ontmoet.⁴⁵ Meer inzicht in wat er daadwerkelijk gebeurt (of zou kunnen gebeuren) in het kader van een belangenafweging, kan ervoor zorgen dat de methode van belangenafweging enerzijds wat minder mythische en pretentieuze eigenschappen krijgt toebedeeld dan soms het geval is en kan anderzijds het wel degelijk aanwezige praktische nut van de methode benadrukken. Op basis daarvan kan de kritiek op het belangen afwegen een weerwoord worden geboden.

Hiermee is het bijzondere belang van de scheiding tussen voor- en afwegingsfase evenwel nog niet aangetoond. De belangenafweging is niet de enige oplossingsmethode. Inzicht in wat er precies speelt in een casus van conflicterende fundamentele rechten en belangen kan aanleiding geven een geschil op andere wijze op te lossen. En inzicht in wat er precies speelt, wordt met name in de voorfase opgedaan. Welke rechten en belangen spelen een rol? Hoe dienen de betrokken belangen te worden gedefinieerd en hoe concreet of abstract geformuleerd? Als deze 'setting' helder is kan bijvoorbeeld worden ontdekt dat een staat met bepaald handelen (met een inbreuk op een fundamenteel recht tot gevolg) geen legitieme doelstelling nastreeft, tot een afweging hoeft het dan niet meer te komen, waarmee lastige afwegingsvraagstukken vermeden worden. Daarnaast kan bijvoorbeeld worden gezien of de kwestie zich leent voor de toepassing van het leerstuk van de zogeheten *Praktischer Konkordanz*.⁴⁶ Meer duidelijkheid inzake de feitenconstellatie en de waardering daarvan door de rechter maakt het bovendien gemakkelijker om zaken te vergelijken en daaruit regels van meer algemene aard te destilleren.⁴⁷

Een voorlopig laatste voordeel als gevolg van het onderscheid is vooral relevant met betrekking tot de in paragraaf 2.2 besproken veellagige rechtsorde. Europese rechters zijn huiverig voor het

43 Bovendien komt een element als rationaliteit terug in beide fasen; ook de keuze voor relevante rechten en belangen en de definiëring daarvan zal objectiveerbaar dienen te zijn. Dat een onderwerp als rationaliteit in deze bijdrage onder de noemer van de afwegingsfase is besproken, is omdat het juist in die fase een essentiële rol speelt t.a.v. de acceptatie van de uitkomst van een belangenafweging.

44 Het onderscheid kan op deze wijze ook voor rechters van nut zijn, maar lijkt mij voorlopig met name in het kader van de theorievorming rondom de belangenafweging een belangrijk hulpmiddel bij het bestuderen van de reeds bestaande theorie, alsmede de praktijk zoals weerspiegeld in rechterlijke uitspraken.

45 Zie Henkin 1978 en Aleinikoff 1987, maar ook Smits 2006 en Smith 2006 die beide alternatieven aandragen voor de belangenafweging.

46 Heel kort gezegd komt *Praktischer Konkordanz* (in de oorspronkelijke versie een vinding van de Duitse rechtswetenschapper en voormalig rechter in het *Bundesverfassungsgericht* Konrad Hesse) neer op het creëren van een 'win win' situatie wanneer sprake is van conflicterende fundamentele rechten. Gezocht moet worden naar een oplossing waarbij aan beide (groepen van) tegenover elkaar staande fundamentele rechten en belangen recht wordt gedaan. Een voorbeeld zou kunnen zijn de zaak m.b.t. de beveiligde woning van Hirsi Ali (HR 20 oktober 2006, NJ 2007/3, m.nt. E.A. Alkema; JOL 2006, 630; RVDW 2006, 973). Een *Praktischer Konkordanz* oplossing in die zaak had kunnen zijn het beveiligen van een vrijstaande woning voor Hirsi Ali.

47 De vraag is of het dan problematisch is dat de zoektocht naar en definiëring van relevante rechten en belangen in eerste instantie plaats vond in het kader van het maken van een goede afweging. Het vinden en definiëren van betrokken rechten en belangen lijkt me evenwel essentieel voor elke rechterlijke beslissing en kan daarom ook wanneer oorspronkelijk misschien benaderd met het oog op het maken van een afweging, dienst doen bij een rechterlijke beslissing die (uiteindelijk) op een andere wijze tot stand is gekozen.

nemen van beslissingen die naar hun mening te zeer raken aan primair nationale aangelegenheden. Ten aanzien van het EHRM leidt dit soms tot een onduidelijk gebruik van de *margin of appreciation*. Uit de uitspraak blijkt wél duidelijk dat het Straatsburgse hof zich niet als beslissende instantie over de zaak wil uitlaten, maar welke feiten daarvoor nu precies de doorslag geven is niet altijd duidelijk. Indien het hof aangeeft dat het goed zicht heeft op wat er speelt en met redenen aangeeft waarom het zich niet de aangewezen instantie acht het concrete geschil te beslechten, zal dit niet alleen bijdragen aan een bredere acceptatie van dergelijke uitspraken, maar wordt het vooral ook voor de nationale actoren duidelijker om te zien waar er voor hen nog ruimte ligt.

6. Conclusie

In het voorgaande is de belangenafweging methodisch benaderd. Getracht is de methode ‘uiteen te rafelen’ en aan te geven welke vragen bij het maken van een belangenafweging in ieder geval gesteld en beantwoord zouden kunnen worden. Het daarbij onderscheiden van twee afzonderlijke stappen in het proces kan mijns inziens bijdragen aan een beter begrip van de methode en aan een betere toepassing daarvan. Om het nut van een dergelijk onderscheid scherper te kunnen onderbouwen, dient nog veel werk te worden verricht. Het samenbrengen van de relevante literatuur met betrekking tot de verschillende deelaspecten van de belangenafweging en het spannen van draden daartussen om zo het fenomeen van de belangenafweging in zijn volle omvang te kunnen schetsen heeft prioriteit.

Rechtspraakonderzoek is nodig om vervolgens licht te werpen op de praktijk van belangenafwegingen. Dan zal onder meer blijken of het hier voorgestelde onderscheid ook in de praktijk kan leiden tot meer oog voor de structurerende werking van de belangenafweging. Eerdergenoemd rechtspraakonderzoek zou daarnaast kunnen leiden tot een iets realistischere benadering van de (on)mogelijkheden van de methode.

In ieder geval heeft deze bijdrage inzichtelijk gemaakt dat een beslissingsmethode als de belangenafweging een veelheid aan vraagstukken oproept. Dit inzicht levert wellicht een eerste steen op ter onderbouwing van de in de inleiding geponeerde stelling dat de belangenafweging nogal wat eisen stelt aan de motivering van een rechterlijk oordeel geveld middels zo een afweging.

BIBLIOGRAFIE

- M. Adler (1998). ‘Law and Incommensurability’. In: *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 146, pp. 1169-1184.
- J. Alder (2006). ‘The Sublime and the Beautiful: Incommensurability and Human Rights’. In: *Public Law*, winter 2006, pp. 697-721.
- T.A. Aleinikoff (1987). ‘Constitutional Law in the Age of Balancing’. In: *Yale Law Journal*, vol. 96, pp. 943-1005.
- R. Alexy (2002). *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford University Press.
- R. Alexy (2003a). ‘Constitutional Rights, Balancing, and Rationality’. In: *Ratio Juris*, vol. 16, nr. 2, pp. 131-140.
- R. Alexy (2003b). ‘On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison’. In: *Ratio Juris*, vol. 16, nr. 4, pp. 433-449.
- R.B. Andeweg & G.A. Irwin (2002). *Governance and Politics of the Netherlands*. Palgrave Macmillan.
- L.F.M. Besselink (1998). ‘Fundamentele rechten en vrijheden in het Gemeenschapsrecht’. In: L.F.M. Besselink & H.R.B.M. Kummeling (red.). *Grenzen aan grenzenloosheid. Algemene leerstukken van grondrechtenbescherming en de Europese Unie*. Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, pp. 7-29.

- J. Bomhoff & L. Zucca (2006). 'The Tragedy of Ms Evans: Conflicts and Incommensurability of Rights, *Evans v. the United Kingdom*, Fourth Section Judgment of 7 March 2006, Application No. 6339/05'. In: *European Constitutional Law Review*, vol. 2, pp. 424-442.
- H.J.M. Boukema (2006). 'Rechtspraak in plaats van belangenafweging'. In: J. van Duijvendijk-Brand e.a., *Variatie in cassatie. Opstellen aangeboden aan prof. mr. H.A. Groen*. Deventer: Kluwer, pp. 37-43.
- R. Chang (1997a) (red.). *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason*. Harvard University Press.
- R. Chang (1997b). 'Introduction'. In: R. Chang (red.). *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason*. Harvard University Press, pp. 1-34.
- F.M. Coffin (1988). 'Judicial Balancing: the Protean Scales of Justice'. In: *New York University Law Review*, vol. 63, pp. 16-42.
- D.J. Elzinga. & R. de Lange (2006). *Van der Pot. Handboek van het Nederlandse Staatsrecht*. Deventer: Kluwer.
- D.L. Faigman (1992), 'Reconciling Individual Rights and Government Interests: Madisonian Principles versus Supreme Court Practice'. In: *Virginia Law Review*, vol. 78, pp. 1521-1580.
- J.H. Gerards (2006a). *Belangenafweging bij rechterlijke toetsing aan fundamentele rechten* (oratie Leiden). Alphen aan den Rijn: Kluwer.
- J.H. Gerards (2006b). 'Rechterlijke belangenafweging in het publiekrecht'. In: *RM Themis*, nr. 4, pp. 147-159.
- J.H. Gerards (2007). *Fundamental rights and other interests – should it really make a difference?* (n.n.g.).
- R.G. Green (1998). 'Interest Definition in Equal Protection: A Study of Judicial Technique'. In: *Yale Law Journal*, vol. 108, pp. 439-478.
- F.T. Groenewegen (2005). 'In hoeverre schrijft het evenredigheidsbeginsel iets voor?'. In: A.J. Nieuwenhuis, B.J. Schueler & C.M. Zoethout (red.), *Proportionaliteit in het publiekrecht*. Deventer: Kluwer, pp. 13-22.
- L. Henkin (1978). 'Infallibility under Law: Constitutional Balancing'. In: *Columbia Law Review*, vol. 78, pp. 1022-1049.
- M. IJzermans (2001). 'De verhouding tussen heuristiek en legitimatie bij rechtsvorming'. In: E.-J. Broers & B. van Klink (red.), *De rechter als rechtsvormer*. Den Haag: Boom Juridische uitgever, pp. 89-104.
- G. Lakoff & M. Johnson (1980). *Metaphors we live by*. Chicago/London: The University of Chicago Press.
- J.H. Nieuwenhuis (1976). 'Legitimatie en heuristiek van het rechterlijk oordeel'. In: *RM Themis*, pp. 494-515.
- J. Raz (1997). 'Incommensurability and Agency'. In: R. Chang (red.). *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason*. Harvard University Press, pp. 110-128.
- C.E. Smith. (2006). 'Belangenafweging door gevalsafweging'. In: *RM Themis*, nr. 4, pp. 141-146.
- J.M. Smits (2006). 'Belangenafweging door de rechter in het vermogensrecht: een kritische beschouwing'. In: *RM Themis*, nr. 4, pp. 134-140.
- A. Stone Sweet (2004). *The Judicial Construction of Europe*. Oxford University Press.
- C.R. Sunstein (1995). 'Problems with Rules'. In: *California Law Review*, vol. 83, pp. 953-1023.