

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/20178> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Houdijker, Fenna Marina Johanna den

Title: Afweging van grondrechten in een veellagig rechtssysteem. De toepassing van het proportionaliteitsbeginsel in strikte zin door het EHRM en het HvJ EU

Issue Date: 2012-11-27

DEEL I

EEN RECHTSTHEORETISCHE ANALYSE VAN DE IDEE VAN DE RECHTERLIJKE BELANGENAFWEGING

1 Inleiding

1.1 RECHT EN EVENWICHT

Het recht draait om het bereiken van evenwicht, op het macroniveau van de samenleving en op het microniveau van de individuele zaak. De beeltenis van Vrouwe Justitia is vooral in dit laatste verband veelzeggend. De weegschaal die de Romeinse godin in haar (meestal) linkerhand houdt, staat symbool voor een afgewogen juridisch oordeel. Het appelleren aan het afwegen van de bij een juridisch conflict betrokken belangen dient daarbij het doel van overtuiging. Een afgewogen oordeel is een eerlijk oordeel en verdient daarom acceptatie, omdat de bij een conflict betrokken belangen ieder op hun eigen waarde geschat worden. Het in rechterlijke uitspraken refereren aan het ideaal van het evenwicht – in juridisch jargon door middel van gebruik van termen als ‘belangenafweging’, ‘proportionaliteit’ of ‘evenredigheid’ – dient hetzelfde doel van overtuiging.

Wie iets langer over de metafoor van de weegschaal nadenkt, ontdekt al snel dat de metafoor aan overtuigingskracht verliest indien men hem als een accurate omschrijving van het proces van rechtspreken beschouwt. Zo garandeert de metafoor bijvoorbeeld niet dat *alle* belangen in de weegschaal worden gelegd en dus worden meewogen. De weegschaal van Vrouwe Justitia kan met andere woorden niet voorkomen dat relevante belangen van de oordeelsvorming worden uitgesloten. Op dezelfde manier staat het refereren aan de metafoor van de weegschaal in een rechterlijke uitspraak, bijvoorbeeld door middel van het gebruik van de term belangenafweging, evenmin garant voor een oordeel waarin alle rechtens relevante belangen zijn betrokken.

De kracht van de metafoor van de weegschaal is misschien ook eerder gelegen in de symboliek dan in het daadwerkelijk duiden van het proces van rechterlijke oordeelsvorming. Om zijn symbolische waarde te kunnen behouden, moet de metafoor niet te ver worden opgerekt.¹ De vraag is echter

1 De spanwijdte van de symboliek van de weegschaal is immers beperkt. Alleen dat wat in de weegschaal wordt gelegd, wordt op zijn (eigen) waarde geschat. De metafoor van het wegen zou al langer houdbaar zijn – en daarmee dichterbij de waarheid komen – als het instrument van de weegschaal zou worden uitgebreid met de ‘eerlijke arm’ van Vrouwe Justitia die alle rechtens relevante rechten en belangen in de weegschaal legt. Zie over de grenzen aan metaforisch taalgebruik H3, par. 3.4.1.

of met de met de metafoor van de weegschaal samenhangende idee van afweging in de praktijk ook zo zorgvuldig wordt omgegaan. In rechterlijke uitspraken wordt veelvuldig aan de idee gerefereerd en het lijkt daarbij niet altijd om pure symboliek te gaan. En zelfs als dat het geval zou zijn, is het, gelet op de relatieve onbepaaldheid van de idee, de vraag of het inroepen daarvan wel zo voor de hand ligt. In het type conflicten dat centraal staat in dit onderzoek, namelijk conflicten tussen fundamentele rechten en belangen in de veellagige rechtsorde, is de grote rol voor de idee van afweging zo mogelijk nog problematischer.

Alvorens deze problematiek nader uit te werken, dient eerst nader te worden aangegeven wat in dit onderzoek onder de idee van afweging wordt verstaan. De geheel of gedeeltelijk symbolische oorsprong van de idee is geen excuus om dit niet iets nader te bepalen dan 'op de weegschaal van Vrouwe Justitia gestoelde idee van eerlijke geschilbeslechting'.

1.2 DE IDEE VAN AFWEGING NADER BEPAALD

De vraag wat onder de idee van afweging moet worden verstaan, is echter niet zo eenvoudig te beantwoorden. De idee van afweging lijkt meer een notie of een vertrekpunt dan dat het een duidelijke inhoud heeft en een duidelijk plan van aanpak voorschrijft. Vanuit de symbolische herkomst van de idee is dit natuurlijk niet verrassend. De vraag of de idee van afweging een bruikbaar hulpmiddel is voor de rechter die wordt gevraagd gevoelige conflicten in een gevoelige context te beslechten, wordt echter des te prangerender. Niet alleen blijkt de metafoor van de weegschaal de lading van het proces van rechtspreken niet te dekken, maar ook is de daaraan verbonden en vaak ingeroepen idee van afweging nogal vaag.

Ondanks de onduidelijkheid over de precieze inhoud van de idee van afweging, is het evenwel mogelijk de idee in een bredere en meer bekende context te plaatsen. Van daaruit kan dan alsnog worden aangegeven wat in dit onderzoek bedoeld wordt met de idee van afweging.

De idee van afweging zoals het in dit onderzoek centraal staat, maakt onderdeel uit van het beter bekende beginsel van proportionaliteit of evenredigheid. Hoewel er discussie bestaat over de precieze invulling van dit beginsel, is de rechtsgeleerde literatuur het er toch in grote lijnen over eens dat een toetsing van een handeling of maatregel aan het proportionaliteitsbeginsel uit drie onderdelen bestaat: de geschiktheidstoets, de noodzakelijkheidstoets, meestal inclusief een subsidiariteitstoets, en de toetsing van de propor-

tionaliteit in strikte zin.² Het proportionaliteitsbeginsel in ruime zin, zoals het overkoepelende beginsel ook wel wordt genoemd, vergt dan beantwoording van de volgende vragen: a) is een middel geschikt om het daarmee beoogde doel te bereiken (geschiktheid); b) is het middel noodzakelijk om het daarmee beoogde doel te bereiken (noodzakelijkheid) en kan het doel niet met een minder ingrijpend middel bereikt worden (subsidiariteit) en c) staan de nadelige gevolgen van gebruik van het middel in een proportionele verhouding tot het met het gebruik van dat middel beoogde doel (proportionaliteit in strikte zin)? Het is in het derde en laatste onderdeel van de proportionaliteitstoets in ruime zin dat de idee van afweging kan worden geplaatst. Het is immers op dit punt dat de rechter gevraagd wordt om de nadelige effecten van een bepaalde handeling of regeling af te zetten of – in de taal van de metafoor – af te wegen tegen de positieve effecten daarvan.

De vraag hoe de rechter bij deze laatste exercitie precies te werk dient te gaan, wordt opvallenderwijs weinig gesteld. Wat de toetsing aan het beginsel van proportionaliteit in strikte zin precies inhoudt, is dan ook wederom een vraag die niet gemakkelijk te beantwoorden is. De omschrijving die de Amerikaanse rechtsgeleerde Aleinikoff geeft van een *balancing opinion* vormt echter een aardig vertrekpunt:

“By a “balancing opinion,” I mean a judicial opinion that analyzes a constitutional question by identifying interests implicated by the case and reaches a decision or constructs a rule of constitutional law by explicitly or implicitly assigning values to the identified interests.”³

2 Dit is overigens met name in de literatuur m.b.t. het EU-recht zo, zie Craig & De Búrca 2011, p. 526; Craig 2006, p. 656 (maar zie p. 657 voor de opmerking dat het derde element niet altijd terugkeert in de jurisprudentie van het HvJ EU) en Gerards 2007, p. 76, incl. verdere verwijzingen. In de literatuur m.b.t. het EVRM wordt het bestaan van de drie onderdelen niet ontkend, maar vaak alleen het derde onderdeel ervan als relevant voor de jurisprudentie van het EHRM aangemerkt: Harris, O’Boyle & Warbrick 2009, p. 10-11; Greer 2006, p. 216 e.v. en Vande Lanotte & Haeck 2005, p. 201 (alhoewel laatstgenoemden wel gebruik van het subsidiariteitsbeginsel door het EHRM signaleren, *ibidem*, p. 203). Christoffersen 2009, p. 69 noemt de klassieke driedeling expliciet, maar voegt daar meteen aan toe dat het proportionaliteitsbeginsel in de Straatsburgse context naar zijn mening “far from being even remotely similar to the doctrinal description of proportionality review” is (*ibidem*, p. 71). Zie ook Kühling 2006, p. 535. De driedeling lijkt ook minder goed uitgewerkt in de Nederlandse rechtspraktijk, vgl. Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2011, p. 325 e.v. en Schlössels & Zeilstra 2010, p. 411-412. Voor dit onderzoek is interessant dat in beide handboeken de driedeling ook voor een communautaire invulling van het proportionaliteitsbeginsel wordt gehouden, zie Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2011, p. 341 en Schlössels & Zeilstra 2010, p. 413 en 418 e.v. Tegelijkertijd laat Schwarze 2006 zien dat het proportionaliteitsbeginsel weliswaar een niet meer weg te denken plaats heeft ingenomen in het (bestuurs)recht van de Europese Unie, maar dat over de reikwijdte van het beginsel nog veel onduidelijkheid bestaat (p. 677) en dat de drie genoemde onderdelen weliswaar voorkomen in de jurisprudentie van het Luxemburgse Hof, maar lang niet altijd tezamen in één en hetzelfde arrest (p. 854-855). Voor nu is van belang dat de theoretische invulling van het proportionaliteitsbeginsel, met inbegrip van de rol voor de idee van afweging daarin, over het algemeen geaccepteerd wordt.

3 Aleinikoff 1987, p. 945.

Uit deze omschrijving van een rechterlijke uitspraak die tot stand komt middels *balancing*, wat kan worden opgevat als de Amerikaanse evenknie van het continentaal-Europese proportionaliteit in strikte zin⁴, spreekt de gedachte dat de in beide begrippen vervatte idee van afweging vraagt om de met elkaar conflicterende belangen op hun eigen waarde te schatten en het pleit te beslechten door het meest gewichtige belang de voorkeur te geven.

In het artikel waaruit het hiervoor weergegeven citaat afkomstig is en waarin Aleinikoff het fenomeen van *judicial balancing*, dus balancing door de rechter, kritisch onderzoekt, laat Aleinikoff zien hoe complex het is om met toepassing van de idee van afweging recht te spreken. Hij gaat daarbij onder meer in op de vraag die veel mensen zich stellen als ze wat langer nadenken over het afwegen van rechten en belangen, de vraag hoe men eigenlijk het gewicht van een recht of een belang bepaalt. Zo leert ook het artikel van Aleinikoff vooral hoe moeilijk het is om het op het eerste gezicht eenvoudig en in ieder geval retorisch zeer aantrekkelijk idee van afwegen van rechtens relevante belangen ten grondslag te leggen aan heldere en overtuigende uitspraken. Want hoe is het mogelijk om heldere en overtuigende uitspraken te doen als men gebruik maakt van een idee dat misschien wel meer vragen oproept dan het beantwoordt? Deze vraag indachtig kan de rol van de idee van afweging in zaken betreffende fundamentele rechten en belangen nader worden geïdentificeerd.

1.3 AFWEGING VAN FUNDAMENTELE RECHTEN EN BELANGEN⁵

Het is algemeen bekend dat fundamentele rechten en belangen meestal zeer algemeen geformuleerd zijn. Willekeurig gekozen bepalingen maken dit duidelijk, zie bijvoorbeeld artikel 10 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) dat luidt: “*Een ieder heeft recht op vrijheid van*

4 Zie voor een nadere bespreking van de overeenkomsten en verschillen tussen het Amerikaanse balancing en het continentaal-Europese proportionaliteit in strikte zin H2, par. 2.3.3.

5 Een kort woord met betrekking tot de terminologie. De keuze voor de term fundamentele rechten en belangen is pragmatisch. Omdat zowel de rechten uit het EVRM, als de equivalenten daarvan in de Europese Unie voorwerp van onderzoek zijn, zouden termen als mensenrechten, grondrechten of constitutionele rechten de lading niet volledig dekken. De toevoeging van het woord ‘belangen’ dient om aan te geven dat in dit onderzoek niet alleen conflicten tussen twee fundamentele rechten worden betrokken (bijv. een conflict tussen het recht op de vrije meningsuiting en het recht om niet gediscrimineerd te worden), maar ook conflicten tussen een fundamenteel recht en een algemeen belang (bijv. een conflict tussen het recht op de bescherming van het privéleven en het algemeen belang bij de handhaving van de openbare orde) en – in de context van de Europese Unie – conflicten tussen een fundamenteel recht en één van de vier fundamentele vrijheden (de vrijheid van personen, goederen, diensten en kapitaal). Of men in de laatste twee gevallen wil spreken van een conflict tussen fundamentele rechten en belangen of van een conflict tussen fundamentele rechten en fundamentele belangen is vanuit het perspectief van dit onderzoek om het even.

meningsuiting” of artikel 3 lid 1 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (EU-Handvest) dat bepaalt: “*Eenieder heeft recht op lichamelijke en geestelijke integriteit.*” De bepalingen zelf en de verdragen waarin zij zijn neergelegd bevatten zelden nadere aanwijzingen over de precieze inhoud en betekenis van de bepalingen.

Als een verdrag mogelijkheden biedt om de erkende rechten te beperken, zijn ook deze beperkingsmogelijkheden in algemene bewoordingen gegoten. Artikel 8 lid 2 EVRM bijvoorbeeld staat de beperking van het gezinsleven toe, onder andere wanneer dit in het belang van de nationale veiligheid is of als de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen dit vergt. Artikel 52 lid 1 EU-Handvest eist onder meer dat beperkingen van de in het handvest neergelegde rechten moeten beantwoorden aan “door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang.” Wanneer iets nu precies in het belang van de nationale veiligheid is, of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen dient, of wat een doelstelling van algemeen belang is, staat niet in de betreffende verdragen vermeld.

De rechter die moet rechtspreken in zaken waarin fundamentele rechten en belangen aan de orde zijn, bevindt zich hiermee in een lastige positie. Hij moet zijn publiek van de juistheid van zijn oordeel zien te overtuigen, terwijl hem maar weinig handreikingen worden gedaan ten aanzien van het vaststellen van de precieze betekenis en reikwijdte van de rechten en belangen, alsook de eventuele beperkingsmogelijkheden. De uitdaging is des te groter voor de rechter nu zijn oordeel een terrein betreft waar de belangen zeer groot zijn. Rechtszaken over fundamentele rechten en belangen roepen immers vaak hevige discussies op.⁶ Van de rechter wordt desalniettemin verwacht dat hij tot een billijk oordeel komt, dat gedragen wordt door een kenbare motivering. De vraag rijst of aan met name dit laatste geen afbreuk wordt gedaan wanneer de rechter zich bedient van de afwegingsidee. Deze vervult misschien een belangrijk doel bij het billijken van het oordeel (vanwege het appèl op het eerlijke evenwicht), maar het is de vraag wat de idee van afweging nu precies inhoudelijk toevoegt en of een beroep hierop wenselijk is vanuit de eis dat de rechter zijn oordeel gepaard doet gaan van een kenbare motivering.

6 Hierin is overigens een belangrijke oorzaak gelegen voor het feit dat het vaak juist de rechter is die wordt geconfronteerd met het hier geschetste probleem. Door verdeeldheid ten aanzien van de betekenis en reikwijdte van fundamentele rechten en belangen is het politiek en maatschappelijk vaak moeilijk om tot een oplossing te komen in zaken waarin dergelijke rechten en belangen met elkaar in conflict komen. Hierdoor is het in het Nederlandse juridische systeem niet ongebruikelijk dat de politieke organen de beslechting van de lastige, vaak ethische of moreel complexe geschillen inzake fundamentele rechten en belangen voor zich uit schuiven, net zo lang tot dat het de rechter is die – nog steeds zonder dat er rechtsregels zijn geformuleerd – een concreet geschil naar ieders tevredenheid zal moeten zien op te lossen. Zie Elzinga & De Lange 2006, p. 297. En zie ter illustratie: Andeweg & Irwin 2002, p. 156-157. Binnen de Europese rechtsorde bestaat eveneens de tendens om beslissingen als hier bedoeld aan de rechter te laten, zie: Stone Sweet 2004.

Het belang van een kenbare motivering kan daarbij moeilijk worden overschat. De motivering van elk juridisch oordeel is van belang, omdat het iedereen die niet bij het besluitvormingsproces is betrokken, in staat stelt in discussie te treden over de juistheid en gerechtvaardigheid van de uitkomst van een zaak.⁷ Op het terrein van onderhavig onderzoek zijn de belangen bij een kenbare motivering alleen maar groter. De eerste reden hiervoor is gelegen in het al genoemde feit dat de in dit onderzoek centraal staande juridische geschillen betrekking hebben op fundamentele rechten en belangen. Bij de beslechting van die geschillen is het van des te groter belang dat de rechter aandacht heeft voor de motivering van zijn vonnis. Het is natuurlijk niet zo dat een kenbare motivering niet vereist is in andere zaken.⁸ Het is wel zo dat het fundamentele karakter van de geschillen die in dit onderzoek centraal staan, de rechter mogelijkerwijs hindert in het bereiken van een oordeel en in zijn poging om de aan dit oordeel ten grondslag liggende keuzes duidelijk te maken en te rechtvaardigen, terwijl het publiek hogere eisen zal stellen aan de helderheid van de uitspraak.

1.4 AFWEGING IN EEN VEELLAGIG RECHTSSYSTEEM

Naast de hiervoor beschreven inhoudelijke reden – het soort rechten dat aan de orde is in de geschillen die in het onderzoek centraal staan – is er een contextuele reden die het belang van (aandacht voor) de rechterlijke argumentatie vergroot. De rechterlijke instanties wiens uitspraken centraal staan in dit onderzoek opereren in de context van een veellagig rechtssysteem. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM of Straatsburgse Hof) en het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU, Hof van Justitie of Luxemburgse Hof) spreken recht in een rechtsorde waarin het waarborgen van de fundamentele rechten en belangen een gedeelde verantwoordelijk-

7 Schauer 1988, p. 516. Vgl. Shapiro 1987. Laatstgenoemde beschrijft mooi hoe moeilijk het kan zijn voor een rechter om altijd volledig open te zijn. Interessant is dat Shapiro daarbij wijst op het problematische aspect aan het gebruik van metaforen. Men kan vergeten dat iets slechts metaforisch taalgebruik betreft en in plaats van 'A is als B' zeggen 'A is B' en daarmee onduidelijkheid creëren over wat nu precies 'is' en wat slechts figuurlijk taalgebruik betreft. Verder geldt dat het natuurlijk mogelijk is een mening te hebben over de uitkomst van een zaak, zonder dat men op de hoogte is van de precieze argumenten voor die uitkomst. Maar om een halsstarrige welles nietes discussie te voorkomen, is inzicht in de onderliggende argumenten voor de uitkomst van een zaak onontbeerlijk. Door de onderliggende argumenten voor een beslissing te openbaren en toe te lichten, wordt duidelijk welke keuzes zijn gemaakt om tot een uitkomst te komen. Het is in het debat over deze keuzes dat tot de kern van een geschil kan worden gekomen (Shapiro 1987, p. 737).

8 Met het oog op de gewenste objectiviteit en legitimiteit van rechterlijke oordelen is de noodzaak van een kenbare en navolgbare argumentatie van een rechterlijk vonnis immers steeds groot. Vgl. Nieuwenhuis 1976, m.n. p. 494 en 501 en Coffin 1988, p. 22-23 en 25.

heid is. De Europese rechters werken samen met de nationale rechters om ervoor te zorgen dat ieders rechten en belangen gerespecteerd worden. De Europese rechters hebben daarbij het laatste woord als het gaat om de uitleg van de Europese rechtsregels.⁹ Tegelijkertijd hebben zij de nationale autoriteiten, meestal de rechters, nodig om ervoor te zorgen dat diezelfde regels op nationaal niveau daadwerkelijk worden nageleefd, zodat de handhaving niet louter afhankelijk is van toezicht op het Europese niveau.

In een dergelijk systeem is heldere argumentatie op het Europese niveau van groot belang voor het nationale niveau. De nationale autoriteiten moeten de Europese beslissingen kunnen begrijpen om ze op de juiste wijze op nationaal niveau te kunnen implementeren. Daarbij moeten de nationale autoriteiten ook worden overtuigd van de juistheid van de beslissingen van de Europese rechters. Zeker nu de Europese rechters geen andere middelen hebben dan hun overtuigingskracht om de naleving van hun uitspraken af te dwingen,¹⁰ is het belang bij een goede en ook overtuigende rechterlijke argumentatie groot.

Er is nog een tweede reden waarom het EHRM en het HvJ EU zich rekenschap moeten geven van de veellagige rechtsorde waarin zij opereren.

9 In de context van de EU spreekt dit uit het systeem van de prejudiciële procedure ex art. 267 VWEU, op basis waarvan de nationale rechter zich bij twijfel over de uitleg en geldigheid van het Unierecht zich tot het HvJ EU mag en soms ook moet wenden. In de context van het EVRM is het laatste woord deels verankerd in het verdrag en deels een vinding van het Hof zelf. Omdat het EVRM een minimum beschermingsniveau biedt (zie art. 53 EVRM), ligt het voor de hand dat als er twijfel bestaat over de reikwijdte van de rechten, het EHRM hierbij het laatste woord heeft, om zo het minimum beschermingsniveau effectief te kunnen waarborgen. Vgl. Harris, O'Boyle & Warbrick 2009, p. 17: "The interpretation of the Convention is the role of the Court." Ook bij het toepassen van de idee van afweging behoudt het Hof zich het recht op het laatste woord voor blijkens de bekende overwegingen dat het Hof niet in plaats treedt van de nationale autoriteiten, maar dier beslissingen slechts herzielt, onder gelijktijdige mededeling dat deze vrijheid voor het nationale niveau is onderworpen aan "European supervision, embracing both the law and the decisions applying it, even those given by independent courts" (in verschillende variaties terug te vinden in EHRM-uitspraken).

10 De naleving van uitspraken van het EHRM berust volledig op de politieke bereidheid van de verdragspartijen. De uitspraken van het EHRM zijn bindend voor de verdragspartij die partij is bij het geschil (art. 46 lid 1 EVRM), maar het toezicht op de naleving berust bij het politieke orgaan van het Comité van Ministers (art. 46 lid 2 EVRM). De meeste landen leven ook uitspraken na die tegen andere verdragspartijen zijn uitgesproken, dit berust (des te meer) op de politieke bereidheid van die landen. De naleving van uitspraken van het HvJ EU is ook grotendeels afhankelijk van de politieke wil van de lidstaten. Art. 260 VWEU biedt weliswaar de mogelijkheid voor de Europese Commissie om een lidstaat voor het HvJ EU te dagen indien zij van mening is dat deze lidstaat een arrest van het Hof niet nakomt, waarbij een forfaitaire boete of een dwangsom kan worden opgelegd. Zowel het aanbrengen van zo een zaak, als het veroordelen van de lidstaat is een politiek gevoelige beslissing, zodat zowel de Commissie als het Hof hopen en naar alle waarschijnlijkheid ook inzetten op andere wegen om een lidstaat tot nakoming te bewegen.

Het feit dat zij rechtspreken ‘bovenop’ een nationale procedure stelt niet alleen eisen aan de motivering van hun uitspraken. Het gegeven is ook een stapje eerder, bij de oordeelsvorming van belang. 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 positie van de Europese rechters hieraan soms in de weg staat. In hun uitspraken zullen ze de uiteindelijke keuze op dit punt – wel een eigen oordeel, of een meer afstandelijke toets van het reeds gevelde nationale oordeel – moeten motiveren. Als ze zich naar de mening van de nationale autoriteiten keer op keer teveel ruimte toe-eigenen, kan dit uiteindelijk afbreuk doen aan de bereidheid van de nationale autoriteiten om de beslissingen van de Europese rechters te implementeren.¹¹

Ook nu rijst de vraag of de verwijzing naar de idee van afweging, waartoe ook de Europese rechters overgaan, een positieve bijdrage levert in de zin dat dit de helderheid en de overtuigingskracht van de oordelen van het EHRM en het HvJ EU vergroot. Ook nu is het anders gezegd de vraag of het invoeren van de op de metafoor van de weegschaal gestoelde idee van afweging een toegevoegde waarde heeft voor de Hoven bij het vervullen van hun rechtsprekende taak; of dit de resultaten daarvan helderder en overtuigender maakt, zodat de nationale autoriteiten bereid blijven die resultaten te accepteren, op te volgen en te implementeren, en – daaraan voorafgaand – of dit de nationale autoriteiten helpt de uitspraken te begrijpen.

1.5 VERDERE COMPLICATIES EN VRAAGSTELLING VAN HET ONDERZOEK

De problematiek van het gebruik van de idee van afweging op het terrein van de fundamentele rechten en belangen door het EHRM en het HvJ EU is niet nieuw.¹² De wijze waarop de Hoven de idee van afweging gebruiken, is

11 Als de Europese rechters naar de mening van individuele klagers, non-gouvernementele organisatie te weinig leidend zijn, kan ook dit afbreuk doen aan de overtuigingskracht van de uitspraken van de Europese rechters, maar dit lijkt een minder groot probleem dan wanneer de nationale autoriteiten de rechters te bemoeizuchtig vinden. Een situatie waarin nationale autoriteiten meer bemoeienis van de rechters wensen, zal zich mijns inziens niet snel voordoen.

12 Het vormde reeds zes jaar geleden aanleiding tot het project waarbinnen onderhavig onderzoek is verricht: het VIDI-project ‘Judicial reasoning in fundamental rights cases – national and European perspectives’, geleid door prof. mr. J.H. Gerards en gefinancierd door de Nederlandse Organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek (NWO).

in het verleden al bekritiseerd.¹³ De kritiek op de idee van afweging valt daarbij de laatste jaren in het niet bij de meer algemene kritiek op de rechtspraak van de Hoven. Het Luxemburgse Hof krijgt wel eens het verwijt zich te activistisch te gedragen. Heel kort gezegd (want over rechterlijk activisme kan men een boek op zichzelf schrijven) zou het Hof zich te weinig te realiseren dat zij een niet-democratisch gelegitimeerd instituut is.¹⁴ Het is echter met name het Straatsburgse Hof dat tegenwoordig onder steeds grotere druk staat.¹⁵ De legitimiteit van dit Hof zou nog niet ter discussie staan gezien het feit dat de meeste uitspraken van het EHRM nog altijd netjes ten

-
- 13 T.a.v. het HvJ EU is de kritiek m.b.t. de idee van afweging toch vaak gegoten in de onduidelijkheid over de inhoud en reikwijdte van het proportionaliteitsbeginsel als zodanig, zie Koch 2003 en Gerards 2007, p. 77-79. Craig & De Búrca 2011, p. 531 zijn niet uitdrukkelijk kritisch, maar signaleren dat het HvJ EU de nationale rechter nogal eens kan opdragen een proportionaliteitsoordeel te vellen, waarbij de vraag is of soms niet te complexe zaken op het bord van deze nationale rechter belanden. Verder laten ook zij zien dat het HvJ EU niet altijd alle drie de elementen van het proportionaliteitsbeginsel toepast. Interessant is dat zij daarbij opmerken dat het ervan afhangt of de klager een beroep doet op alle onderdelen van het beginsel: *ibidem*, p. 526. Gerards 2002, p. 303-4 signaleert dat het Hof van Justitie soms, nadat het heeft vastgesteld dat een maatregel geschikt en noodzakelijk is, niet meer aan proportionaliteit in strikte zin toetst. Zie m.b.t. het EHRM Christoffersen 2009, p. 31 (onduidelijkheid over verhouding tussen proportionaliteitsbeginsel en de *margin of appreciation*-doctrine en algehele onduidelijkheid over de inhoud van de Straatsburgse proportionaliteitstoets); Tsakyrakis 2009 (zeer kritisch over gebruik van het proportionaliteitsbeginsel, m.n. de idee van afweging, door het EHRM: "proportionality constitutes a misguided quest for precision and objectivity in the resolution of human rights disputes", *ibidem*, p. 468) en Greer 2006, p. 218 e.v. (het is niet duidelijk wie de bewijslast draagt voor stelling dat een inbreuk op een fundamenteel recht (dis)proportioneel is en het EHRM gebruikt de proportionaliteitstoets op momenten dat het gevraagd wordt het EVRM te interpreteren). Gerards 2002, p. 159-160 bespreekt de op punten "buitengewoon summiere motivering" van het EHRM ten aanzien van de proportionaliteitstoets.
- 14 Het gaat hierbij meestal om kritiek van politici op het Hof. Flink wat stof opwaaien, deed het artikel van R. Herzog en L. Gerken, 'Stoppt den Europäischen Gerichtshof' gepubliceerd in de *Frankfurter Allgemeine Zeitung* van 8 september 2008 en ook beschikbaar in het Engels op *EUobserver* (10 September 2008, WWW <<http://euobserver.com/9/26714/?rk=1>> (laatstelijk geraadpleegd op 5 september 2012)). In de rechtsgeleerde literatuur kan gewezen worden op het onderzoek van De Waele 2009 naar het vaak veronderstelde activisme van het HvJ EU.
- 15 Zie de opsomming van kritische geluiden richting het EHRM in Gerards 2011b, p. 5-6. De oud-president van het EHRM Costa deed in de discussie n.a.v. zijn *Raymond and Beverly Sackler Distinguished Lecture on Human Rights* (Leiden, 10 december 2011) getiteld 'The current challenges facing the European Court of Human Rights' de suggestie dat de verschillende rol en daarmee ook rechtspraak van het HvJ EU, resp. het EHRM ten grondslag ligt aan het feit dat het EHRM meer kritiek lijkt te moeten verduren dan het HvJ EU. Juist het EHRM zou kwetsbaar zijn, omdat dit Hof opkomt voor de meer kwetsbare en daarmee vaak ook minder populaire groepen van de samenleving.

uitvoer worden gelegd,¹⁶ maar dat de discussie hevig is, wordt ook door een oud-president van het Hof niet ontkend.¹⁷

Het is niet de bedoeling van dit onderzoek om de kritiek te analyseren en ook niet om een oordeel te vellen over de gerechtvaardigdheid ervan. Het is in het kader van dit onderzoek wel belangrijk om niet alle kritiek op de Europese rechters over één kam te scheren. Kritiek op de uitkomst van zaken kan immers gezond zijn in de zin dat er voor een juridisch probleem – zoals zoveel problemen – meerdere oplossingen zijn, maar dat men kan verschillen over de meest juiste oplossing. Als er een goed beargumenteerde uitspraak ligt, kan onder meer op basis van die uitspraak een gefundeerde discussie over de juistheid van de gekozen oplossing worden gevoerd. Problematischer wordt het als de kritiek luidt dat de uitspraak niet duidelijk is, dat niet duidelijk is waarom oplossing A het van al die andere mogelijke oplossingen gewonnen heeft. Dergelijke kritiek raakt aan de kern van het belang van een heldere rechterlijke argumentatie. Als niemand begrijpt waarom oplossing A gewonnen heeft, is het moeilijk om te komen tot een inhoudelijke, gefundeerde discussie over de juistheid daarvan. Het is dat type kritiek en dan gericht op de toepassing van de idee van afweging dat centraal staat in dit onderzoek. Uiteraard moet hierbij worden aangetekend dat een heldere rechterlijke argumentatie niet zaligmakend is, omdat een heel helder gemotiveerde uitspraak volstrekt verwerpelijk kan zijn. Zonder dit uit het oog te verliezen, vormt de rechterlijke argumentatie toch het vertrekpunt van dit onderzoek naar het gebruik van de idee van afweging door de rechter. Doel is het op waarde schatten van de geuite kritiek en, zo nodig, het doen van voorstellen tot verbetering van de rechterlijke argumentatie van het EHRM en het HvJ EU ten aanzien van de idee van afweging.

Een logische vervolgvraag is wie daarvan zou profiteren. Wie met andere woorden iets met de uitkomsten van dit onderzoek opschiet. Een opmerking vooraf is dat er niets mis mee is wanneer dit onderzoek een pure rechtsgeleerde exercitie zou zijn in de zin dat de kritiek aan de hand van een eigenstandig uitgedacht rechtstheoretisch kader wordt geëvalueerd en er zo nodig voorstellen worden gedaan op basis waarvan de verondersteld onvolmaakte 'praktijk' dichterbij de in de 'theorie' voorgestelde ideale situatie zou kunnen worden gebracht.

Dit onderzoek heeft echter een iets verstrekkender doel en uit het voorgaande kan al worden afgeleid dat de verhouding tussen de hier onderzochte Europese hoven en de nationale rechter de bijzondere aandacht heeft.

16 Gerards 2011b, p. 6.

17 De kritiek zou het gevolg zijn van een combinatie van het feit dat het Hof het als gezegd voor de zwakkere en daarmee minder populaire groepen in de samenleving opneemt en een groeiend euroscepticisme waarbij het EHRM symbool staat voor Europa en waarbij het Hof extra kwetsbaar is als gevolg van zijn overduidelijke Europese en supranationale houding: J.-P. Costa, 'The current challenges facing the European Court of Human Rights' (*Raymond and Beverly Sackler Distinguished Lecture on Human Rights* 2011), p. 11-12.

De gedachte is dat beide niveaus binnen de veellagige rechtsorde iets aan de resultaten van onderhavig onderzoek kunnen hebben. De aanleiding tot het onderzoek is als gezegd gelegen in de kritiek van in eerste instantie rechtsgeleerden op de uitspraken van het EHRM en het HvJ EU. Al dan niet in combinatie met de in bredere kring geuite en meer algemene kritiek op de Hoven, is het de vraag of de kritiek zonder gevolgen zal blijven. Het is niet ondenkbaar dat teveel kritiek op de motivering van de uitspraken van rechterlijke instanties na verloop van tijd afbreuk gaat doen aan de aanvaarding van hun uitspraken. Daarop voortbouwend is het de veronderstelling dat als de kritiek ofwel als onterecht, ofwel als terecht, maar 'reparabel' kan worden aangemerkt, de afbreuk aan de aanvaarding van de uitspraken voorkomen kan worden. Zo bezien kunnen in ieder geval het EHRM en het HvJ EU zelf iets opschieten met de resultaten van dit onderzoek. Zij kunnen met de resultaten van dit onderzoek de kritiek pareren, ofwel door te wijzen op de onjuistheid van de kritiek, ofwel door anders te motiveren.

Ook de nationale rechter zou zijn voordeel kunnen doen met de resultaten van onderhavig onderzoek. De nationale rechter krijgt een steeds belangrijker rol te vervullen in de veellagige rechtsorde gelet op het toenemend belang dat in het huidige tijdsgewricht aan subsidiariteit wordt gehecht. Wil de nationale rechter zijn rol goed kunnen vervullen, concreet gezegd de bescherming van fundamentele rechten en belangen op het nationale niveau kunnen garanderen, dan heeft hij hiervoor heldere uitspraken van de Europese rechters nodig over de grote lijnen en de belangrijke kwesties. Meer duidelijkheid in de uitspraken van de Europese rechters ten aanzien van de toepassing van de idee van afweging zal ook de nationale rechter ten goede komen; zeker nu deze van beide Europese rechters niet zelden de opdracht krijgt zelf toepassing te geven aan de idee van afweging. Omdat de nationale rechter daarbij binnen de kaders van het EVRM, respectievelijk het Luxemburgse grondrechtenacquis moet blijven, zal ook hij gebaat zijn bij kennis over de Straatsburgse en Luxemburgse toepassing van de idee van afweging.

Ik ben me ervan bewust dat in het voorgaande het accent is verschoven van de aanvaarding van uitspraken naar de navolgbaarheid van uitspraken en het nut daarvan voor de nationale rechter. Het accent is bewust verlegd om te voorkomen dat een empirisch onderzoek naar het verband tussen overtuigingskracht en aanvaarding en kritiek en verwerping noodzakelijk zou worden.¹⁸ Dit zou in de eerste plaats een brug te ver zijn en in de tweede plaats is het niet nodig. Gelet op het weinige onderzoek dat nog is gedaan

18 Bovendien komt men bij aanvaarding van uitspraken al snel op het terrein van het bredere publiek. De groep te overtuigen personen gaat in kringen van klein naar groot, van partijen betrokken bij geschil naar de verdragspartijen/lidstaten, rechtsgeleerden en juridische professionals en uiteindelijk het publiek in het algemeen. Een onderzoek naar de aanvaarding van uitspraken door die onderscheiden groepen en de rol van de rechterlijke argumentatie daarbij vraagt geheel andere kennis dan die onderzoeker dezes in huis heeft.

naar de toepassing van de idee van afweging, is de winst die kan worden geboekt wellicht nog veel bescheidener: namelijk het bewust maken van de Europese en nationale rechters van wat er komt kijken bij het toepassen van de idee van afweging en wat een juiste toepassing van de idee van afweging vergt om te komen tot op dit punt inzichtelijk gemotiveerde uitspraken.

Het insteken van het onderzoek op de argumentatie is een volgende bewuste keuze en betekent dat de toepassing van de idee van afweging in een concrete zaak niet de aandacht heeft. Als korthedshalve soms gesteld wordt dat de toepassing van de idee van afweging wordt onderzocht, wordt steeds bedoeld dat de argumentatie van het EHRM en het HvJ EU omtrent de toepassing van de idee van afweging wordt onderzocht. Een andere benadering is ook slecht denkbaar, omdat het onmogelijk zal zijn de toepassing als zodanig te onderzoeken. Hierbij is volgende van belang.

De idee van afweging is in het voorgaande al eens aangeduid als hulpmiddel voor de rechter bij de beslechting van conflicten tussen fundamentele rechten en belangen. De vraag die daarbij tot nu toe onbeantwoord is gebleven, is hoe men de term hulpmiddel in dit verband moet zien. Is de idee van afweging echt een hulpmiddel in de zin dat de rechter daadwerkelijk rechten en belangen afweegt, of helpt de idee van afweging de rechter bij de legitiematie van zijn oordeel – hoe ook verkregen? Deze vraag ziet op de problematiek van de heuristiek en legitiematie van rechterlijke oordelen.¹⁹ Hierbij dient zich de vraag aan of het toepassen van de idee van afweging, ofwel het maken van een belangenafweging, een beslissingsmethode is en de rechter helpt bij het daadwerkelijk vinden van de oplossing van een juridisch geschil of niet meer dan een (stijl)middel dat de rechter gebruikt om een op een andere wijze gevonden oplossing te motiveren.²⁰

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. Dit ligt evenwel 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 ontoegankelijk is.²¹ Echter, ook als de idee van afweging vooral als argumentatief hulpmiddel moet worden gezien, is een onderzoek naar de toepassing

19 Zie over de heuristiek en legitiematie van het rechterlijk oordeel in meer algemene zin: Nieuwenhuis 1976 en IJzermans 2001. Het gaat om de scheiding tussen de fase waarin de oplossing voor een juridisch probleem gevonden wordt (heuristiek) en de fase waarin die oplossing verantwoord wordt (legitiematie), zie IJzermans 2001, p. 90.

20 Zie voor dit laatste bijv. 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."

21 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.

van dit hulpmiddel op zijn plaats. Immers, ook wanneer de rechter louter een beroep doet op de afwegingsmetafoor ter legitimatie van zijn oordeel, zal hij duidelijkheid moeten verschaffen over bepaalde keuzes die hij heeft gemaakt.²² Zo zal hij inzicht moeten geven in welke rechten en belangen hij wel of niet heeft meegewogen en het (figuurlijke) gewicht dat hij aan de rechten en belangen heeft toegekend. Doet hij dit niet dan zal het inroepen van de idee van afweging op het eerste gezicht misschien overtuigen (vanwege het appèl op de weegschaal), maar zal het bij een nadere blik, vanwege de vaagheid van de idee, afbreuk kunnen doen aan de overtuigingskracht van de uitspraak.

Hier komt nog bij dat de idee van de belangenafweging niet alleen structuur hoeft te geven aan de fase van de legitimering, maar ook houvast zou kunnen bieden in de fase 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 beargumenteren van de uitkomst van een zaak met behulp van de figuur van de 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. Zo bezien kan de idee van afweging als hulpmiddel in de heuristiek fungeren. Het gaat dan om een bewust gekozen middel, waarin een zekere beperking schuilgaat (want niet valt uit te sluiten dat ook andere middelen, overwegingen, gedachten, processen een rol hebben gespeeld in de heuristische fase), maar feit blijft dat de idee van afweging zich bijzonder goed lijkt te lenen voor een rol in de heuristische fase.

Deze laatste aanvulling wil niet zeggen dat in dit onderzoek de pijlen toch gericht worden op de heuristische fase van het rechtsprekende proces. Het onderstreept wel het belang van het onderzoek naar de toepassing van de idee van afweging in de zin dat eventuele tekortkomingen in de rechterlijke motivering, symbool kunnen staan voor (of misschien wel hun oorsprong hebben in) tekortkomingen in de rechterlijke besluitvorming. Andersom kunnen aanwijzingen voor een juiste toepassing van de idee van afweging in de legitimatiefase nut hebben voor eventueel afwegingsdenken in de heuristische fase. Hierbij is relevant dat met de idee van afweging iets speciaals aan de hand is, in de zin dat volgens sommige auteurs een rechter

22 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 genoodzaakt 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 in complexe zaken betreffende botsende fundamentele rechten en belangen meer inzicht in de beweegredenen van de rechter noodzakelijk.

er niet aan ontkomt om, wanneer hij wordt geconfronteerd met een beroep op een grondrecht, om belangen af te wegen.²³ Inzicht in de valkuilen van de idee van afweging is dan van des te groter belang.

Gezien de vele vragen die de idee van afweging bij een nadere beschouwing al snel oproept, is de veronderstelling van dit onderzoek dat de toepassing van deze methode – ook indien louter gehanteerd als legitimatiemiddel – lang niet altijd bijdraagt aan de kwaliteit van de motivering van rechterlijke uitspraken. Toegespitst op het werkkterrein van dit onderzoek, conflicten tussen fundamentele rechten en belangen in de veellagige rechtsorde, is de overkoepelende vraagstelling van dit onderzoek de vraag of het veelvuldig inroepen van de idee van afweging door het EHRM en het HvJ EU in hun uitspraken de navolgbaarheid²⁴ van die uitspraken ten goede komt. Het doel van het onderzoek is vervolgens tweeledig. In de eerste plaats het toetsen van de vooronderstelling dat de idee van afweging niet bijdraagt aan de kwaliteit van de rechterlijke argumentatie en dus het in kaart brengen van de wijze waarop het EHRM en het HvJ EU gebruik maken van de metafoor van de weegschaal. In de tweede plaats – zij het alleen indien geconcludeerd moet worden dat de motivering van het Straatsburgse en/of het Luxemburgse Hof op het punt van de belangenafweging verbetering verdient – het doen van voorstellen tot verbetering van de motivering van hun uitspraken op dit punt. Dat laatste roept twee vragen op: wat is de toetsingsmaatstaf waarlangs de bevindingen uit de rechtspraakanalyses worden gelegd om te beoordelen hoe het er in de praktijk aan toegaat, en wat is de bron waaruit

23 Gerards 2006a, p. 4. Vgl. Alexy die stelt dat “a collision of principles can only be resolved by balancing.” Alexy 2003a, p. 133.

24 Het gaat er in dit onderzoek om, om te zien of de onderzochte rechterlijke instanties oog hebben voor de mogelijke valkuilen van de idee van afweging en daar niet instappen, zodat het gebruik van de idee van afweging in de legitimatiefase de helderheid van hun uitspraken ten goede komt in plaats van daar afbreuk aan te doen. Er wordt van de navolgbaarheid van de uitspraken gesproken om te benadrukken dat het niet gaat om het inhoudelijke eindresultaat van de toepassing van de idee van afweging in concrete zaken, maar puur om het kunnen ontwaren van de redenen die aan de uiteindelijke beslissing ten grondslag liggen. Daarnaast wordt zo een beladen term voorkomen: de rationaliteit. Ik wil mij in dit onderzoek verre houden van (rechts)filosofische discussies over de vraag wanneer een beslissing rationeel is. Zeker vanuit het perspectief van de rechterlijke argumentatie lijkt het me goed de term ‘rationeel’ te vermijden. Het kan voor sommige lezers te dicht tegen ‘moreel juist’ aanliggen en dat is nu juist niet de insteek van dit onderzoek. Als men al van rationaliteit zou willen spreken, is de uiteenzetting in Loth 1991, p. 47-54 illustratief. Hier worden drie vormen van rationele argumentatie onderscheiden: overtuigende argumenten (de retorische benadering), formeel correcte argumenten (de logische benadering) en kritische argumenten (de kritische benadering, waarin het gaat om argumentatie die op zoek is naar weerlegging en vatbaar is voor weerlegging). De drie benaderingen tezamen maken dat rationele argumentatie aan eisen van effectiviteit, consistentie en geldigheid en controleerbaarheid moet voldoen. Een dergelijke benadering van rationaliteit is waar de navolgbaarheidsgedachte in dit onderzoek op ziet.

zo nodig de voorstellen tot verbetering worden gedaan? Deze vragen hebben betrekking op de methoden van het onderzoek.

1.6 METHODE VAN ONDERZOEK

De methode van onderhavig onderzoek behelst het verrichten van een rechtstheoretische analyse van de idee van afweging in combinatie met een analyse van rechtspraak waarin wordt gewogen.²⁵ In de eerste onderzoeksfase is het doel om op basis van rechtstheoretische literatuur aan te geven welke inhoud rechterlijke argumentatie over het afwegen van conflicterende fundamentele rechten en belangen in beginsel moet hebben. De rechtstheoretische analyse betreft hierbij een analyse van de idee van afweging in algemene zin. De idee wordt dus niet in de context van een individuele zaak geplaatst en bekeken. Het is met andere woorden irrelevant of de rechter een afweging moet maken tussen de uitingsvrijheid en het discriminatieverbod of tussen de openbare orde belangen van de samenleving en het gezinsleven van een vreemdeling. Evenmin speelt de context van een bepaalde rechterlijke organisatie een rol. Het gaat om de algemene vraag hoe een gemaakte afweging argumentatief dient te worden onderbouwd. Op basis van de rechtstheoretische literatuur worden hiervoor de uitgangspunten aangegeven.

Die uitgangspunten vormen de basis van de tweede fase van het onderzoek waarin wordt gekeken hoe het er in de praktijk aan toe gaat. De vraag die nu centraal is de vraag hoe het EHRM en het HvJ EU de afwegingen motiveren die zij maken tussen conflicterende fundamentele rechten en belangen. Hier wordt dus wel ingezoomd op de context van de twee Europese hoven. Dit puur beschrijvende deel van het onderzoek komt tot stand door aan de hand van de op basis van de rechtstheoretische analyse gebaseerde uitgangspunten voor de motivering van afwegingen naar de rechtspraak van het Straatsburgse en Luxemburgse Hof te kijken.

In het tweede deel wordt geen normatief oordeel geveld over de afwegingspraktijk van beide Europese hoven. Dat is voorwerp van het derde deel van dit onderzoek. Na de eerste fase van het literatuuronderzoek en de tweede fase van het rechtspraakonderzoek, volgt de derde fase van de synthese van de resultaten van de twee vorige fasen. In fase drie kan uit de resultaten van de theoretische analyse worden geput voor het daadwerkelijk waarden van de Luxemburgse en Straatsburgse afwegingspraktijk. Indien nodig kunnen daarbij voorstellen tot verbetering van de huidige motivering van afwegingen worden gedaan.

25 De methode van dit onderzoek is gebaseerd op de innovatieve methode in Gerards 2002.

1.7 PLAN VAN AANPAK

Het verdere verloop van dit onderzoek wordt grotendeels bepaald door de hiervoor beschreven methoden van onderzoek. Zo is het onderzoek opgedeeld in drie delen. In het eerste deel wordt een rechtstheoretische analyse van de idee van de rechterlijke belangenafweging uitgevoerd. In hoofdstuk twee zal daarbij eerst worden ingegaan op de oorsprong en opkomst van het Europese proportionaliteitsbeginsel, waarna de inhoud van het beginsel nog meer zal worden toegelicht dan nu in onderhavige inleiding is gebeurd.

In hetzelfde hoofdstuk twee is ook uitgebreid aandacht voor de oorsprong, opkomst en inhoud van het Amerikaanse *balancing*. In het voorgaande is niet voor niets al even gerefereerd aan deze Amerikaanse variant van de Europese idee van afweging. Het Amerikaanse discours wordt doelbewust in het onderzoek betrokken. Er is sprake van enige gelijkens tussen proportionaliteit en balancing, alsook in het debat over de wenselijkheid van het gebruik van beide ideeën. De gedachte is dat uit het Amerikaanse debat inzake balancing geput kan worden voor oplossingen voor mogelijke problemen met de Europese idee van afweging. In hoofdstuk twee zullen ook de grenzen van de vergelijkingsmogelijkheden verkend en benoemd worden.

De hoofdstukken drie en vier van deel I vormen de kern van de rechtstheoretische analyse van de idee van afweging. Terwijl uitgezoomd wordt van de specifieke Europese en Amerikaanse discoursen, staat in hoofdstuk drie de vraag centraal wat er komt kijken bij het toepassen van de idee van afweging. Onderzocht wordt welke vragen de rechter dient te beantwoorden om tot een zuivere toepassing van de idee van afweging te komen. In hoofdstuk vier staan de mogelijke antwoorden van de rechter centraal, waarbij ook nu de idee van afweging los van een bepaald discours bezien wordt. Het uitzoomen betekent in zekere zin ook scherpstellen. De idee van de rechterlijke belangenafweging als zodanig vormt voorwerp van onderzoek en alle met de specifieke discoursen verbonden 'ruis' komt te vervallen. Om echt tot de kern van de idee te komen, staat in hoofdstuk drie de idee van afweging centraal en niet zozeer de rechterlijke argumentatie met betrekking tot dit idee. De rechtvaardiging voor deze benadering is gelegen in het al eerder in deze inleiding weergegeven uitgangspunt dat ook indien de idee van afweging uiteindelijk gebruikt wordt als argumentatief middel, het gebruik van de idee vraagt om het stellen en beantwoorden van een aantal vragen. Om die vragen en antwoorden zichtbaar te maken, wordt de belangenafweging in hoofdstukken drie en vier uiteengehaald en wordt stapsgewijs aangegeven welke vragen bij het maken van een belangenafweging in ieder geval gesteld kunnen worden. Hoe dit uiteenrafelen precies in zijn werk gaat en welke stappen er in het afwegingsproces zijn te onderscheiden, wordt beschreven in hoofdstuk drie.

In het tweede deel van dit boek wordt de rechtspraak van het EHRM en het HvJ EU geanalyseerd om een beeld te krijgen van de toepassingspraktijk van beide Hoven ten aanzien van de idee van afweging. In het eerste hoofdstuk van deel II (hoofdstuk vijf) wordt de methode van de rechtspraakanalyses besproken. In de hoofdstukken zeven en negen treft men de resultaten van de analyses van de jurisprudentie van het EHRM, respectievelijk het HvJ EU aan.

Beide rechtspraakanalyses worden ieder afzonderlijk voorafgegaan door een inleiding op de betreffende rechterlijke instantie, in de hoofdstukken zes en acht. In deze inleidingen wordt uiteengezet wat de kaders zijn waarbinnen de onderscheidenlijke Europese hoven rechtspreken. De gedachte hierachter is dat het hebben van inzicht in de kaders waarbinnen recht wordt gesproken en dus ook wordt gewogen, het mogelijk maakt om het verschil te zien tussen pure afwegingsargumenten en argumenten die eerder samenhangen met de context waarbinnen de betreffende instantie opereert. In meer algemene zin draagt de aandacht voor de context bij aan een meer realistische analyse van de rechtspraak en uiteindelijk ook van de resultaten van die analyse. Uiteraard is het niet mogelijk volledig te zijn bij het schetsen van de rechterlijke instanties zelf en hun habitat. In de inleiding tot deel II wordt daarom niet alleen de methode van de rechtspraakanalyses uiteengezet, maar ook aangegeven welke onderdelen van de context voorafgaand aan die analyses nader worden belicht en waarom.

In het derde en laatste deel van dit boek worden de bevindingen uit de vorige twee delen samengenomen. In dit deel wacht de schone taak om een normatief oordeel te vellen over de afwegingspraktijk van het EHRM en het HvJ EU. Hierbij zijn de resultaten van de rechtstheoretische analyse uit deel I van het onderzoek overigens niet heilig. Daarmee wordt bedoeld dat niet uitgesloten is dat de resultaten van de theoretische analyse mogelijk kunnen worden verijnd aan de hand van de resultaten van de rechtspraakanalyses. Na de algemene benadering in deel I, is in deel II weer ingezoomd op de specifieke Europese afwegingspraktijk. In deel III wordt ook in theoretische zin ingezoomd op het specifieke Europese afwegingsdiscours in de zin dat wordt gekeken in hoeverre de in deel I aangedragen oplossingen voor afwegingsproblemen ook daadwerkelijk toepasbaar zijn in de Straatsburgse en Luxemburgse praktijk van alle dag. In deel III wordt tot slot nog op een andere manier ingezoomd. De rol van de idee van afweging als argumentatief middel komt weer centraal te staan. In het verdere verloop van dit deel I en later ook in deel II wordt niet steeds herinnerd aan het feit dat dit onderzoek in essentie een onderzoek is naar de rechterlijke argumentatie ten aanzien van de idee van afweging. In deel III wordt dit weer meer naar voren gehaald, omdat daar ook wordt ingegaan op de grenzen van wat men kan en mag verwachten van rechterlijke argumentatie.

