



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## **Belangenafweging bij rechterlijke toetsing aan fundamentele rechten**

Gerards, J.H.

### **Citation**

Gerards, J. H. (2006). *Belangenafweging bij rechterlijke toetsing aan fundamentele rechten*. Alphen a/d Rijn: Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/13662>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/13662>

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

*Belangenafweging bij rechterlijke toetsing aan fundamentele rechten*



# Belangenafweging bij rechterlijke toetsing aan fundamentele rechten

Rede

uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar  
op het gebied van het staats- en bestuursrecht aan de Universiteit  
Leiden op 4 april 2006

*door*

MR. J.H. GERARDS

Kluwer - Alphen aan den Rijn - 2006



© 2006 J.H. Gerards

Lay-out: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest

ISBN: 90 13 03837 9

NUR 823-318

*Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden vervoelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.*

*Voorzover het maken van reprografische vervoelvoudingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h t/m 16m Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, [www.reprorecht.nl](http://www.reprorecht.nl)). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.cedar.nl/pro](http://www.cedar.nl/pro)).*

*No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.*

# Inhoud

1	INLEIDING	1
2	PROBLEMEN BIJ BELANGENAFWEGING	7
2.1	Inleiding	7
2.2	Definitie, gewicht en ongelijkwaardigheid van de betrokken belangen	7
2.3	De positie van de rechter	9
3	OPLOSSINGSRICHTINGEN	11
3.1	Inleiding	11
3.2	Alternatieven voor de toetsing van een belangenafweging	11
3.2.1	Categorisering	11
3.2.2	Exclusionary reasons	19
3.2.3	Instrumentaliteit	21
3.2.4	Controle van de besluitvormingsprocedure	22
3.3	Verbetering van de toetsing van de belangenafweging	26
3.3.1	Definitie van de betrokken belangen	26
3.3.2	Gewicht, abstractiegraad en ongelijkwaardigheid	28
3.4	Rechterlijke toetsing van belangenafwegingen: variatie in toetsingsintensiteit	36
4	BESLUIT	41
	GERAADPLEEGDE LITERATUUR	43



# 1 | Inleiding

*Mijnheer de Rector Magnificus, zeer gewaardeerde toehoorders,<sup>1</sup>*

Op 7 februari jongstleden hield het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in Straatsburg een hoorzitting in de zaak Tysiacy tegen Polen.<sup>2</sup> Mevrouw Tysiacy, de klaagster in deze zaak, is ernstig bijziend: zij heeft een dyoptrie van -20 in elk van beide ogen. In 2000 raakte mevrouw Tysiacy zwanger en consulteerde ze verschillende artsen, omdat ze bevreesd was dat haar zicht door de zwangerschap nog verder achteruit zou gaan. Die vrees bleek niet ongegrond. Drie oogspecialisten bevestigden dat, als mevrouw Tysiacy de zwangerschap zou voldragen, er een risico bestond dat ze volledig blind zou worden. Mevrouw Tysiacy vond dit risico te groot, vooral omdat ze al twee kinderen had en als alleenstaande bijstandsmoeder moeite genoeg had om hen op te voeden. Zij verzocht de artsen dan ook om een abortus uit te voeren. De artsen weigerden echter toestemming, omdat er volgens hen er geen medische gronden voor abortus aanwezig waren.

Mevrouw Tysiacy stelt voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens dat in deze feitenconstellatie een aantasting zichtbaar is van haar recht op bescherming van het privé-leven, zoals gegarandeerd door artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. Door onvoldoende mogelijkheden te verschaffen om een recht op medische abortus te verkrijgen, heeft de Poolse regering dit recht volgens mevrouw Tysiacy niet voldoende gegarandeerd.

---

1 Dit is een uitgewerkte en op punten uitgebreide versie van de op 4 april 2006 te Leiden uitgesproken rede. Het onderwerp van de rede past binnen het onderzoeksprogramma 'Securing the Rule of Law in a World of Multi-Level Jurisdiction' – deelprogramma 'Fundamental Rights' van het Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek. De rede maakt bovendien onderdeel uit van het NWO-vidi-onderzoeksproject 'Judicial reasoning in fundamental rights cases – national and European perspectives'. Ik dank Jos Gerards, Tom Barkhuysen, Michiel van Emmerik en Jacco Bomhoff voor hun waardevolle commentaar en de inspirerende discussies die hebben bijgedragen aan de totstandkoming van deze rede.

2 Zie persbericht 7 februari 2006, [http://www.echr.coe.int/Eng/Press/2006/Feb/Hearing\\_TysiacyPoland070206.htm](http://www.echr.coe.int/Eng/Press/2006/Feb/Hearing_TysiacyPoland070206.htm). Op het moment van schrijven van deze rede waren alleen de feiten en standpunten bekend zoals deze in dit persbericht vermeld zijn. Dit kan betekenen dat hierin onzorgvuldigheden zijn opgenomen. Voor een correct overzicht is het nodig om de uitspraak van het Hof te raadplegen.

De vraag is nu hoe het Europees Hof voor de Rechten van de Mens deze zaak zal beoordelen. Lastig voor het Hof is dat uit het artikel 8 waar mevrouw Tysiak zich op beroept niet meteen een uitkomst is af te leiden. Artikel 8 zegt niet veel meer dan dat een ieder recht heeft op respect voor zijn privé-leven en dat beperkingen van dit recht alleen toelaatbaar zijn als zij noodzakelijk zijn in een democratische samenleving met het oog op het behartigen van een legitieme doelstelling. Wat het recht op bescherming van het privé-leven precies inhoudt, en wanneer beperkingen noodzakelijk kunnen worden geacht, daarover zegt de bepaling niets. Voor bepalingen over grondrechten is dit soort vaagheid kenmerkend: de Nederlandse Grondwet, het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en het Handvest voor de Grondrechten van de Europese Unie kenmerken zich alledrie door een opsomming van heel brede en algemeen geformuleerde rechten. Zulke bepalingen bieden een rechter maar weinig houvast bij zijn beoordeling. In veruit de meeste gevallen zal hij zelf moeten bepalen welke betekenis een grondrecht in een concreet geval toekomt, daarbij hoogstens geholpen door eerdere jurisprudentie.<sup>3</sup>

---

3 Het gaat hierbij vaak om zogenaamde 'hard cases': gevallen waarin niet direct uit wet, grondwet of verdrag kan worden afgeleid hoe een concrete kwestie moet worden beslecht. Simpele oplossing van dit soort zaken door subsumptie is niet goed mogelijk. Zie nader Burg 2000, p. 47 e.v. en Bengoetxea/MacCormick/Moral Sorano 2001, p. 50. Overigens is de situatie veel minder gecompliceerd als de wetgever verdere invulling heeft gegeven aan een bepaald grondrecht en daarin, bijvoorbeeld, duidelijk heeft aangegeven welk grondrecht bij een botsing met een ander grondrecht prevaleert. Een bekend Nederlands voorbeeld is de Algemene Wet Gelijke Behandeling, waarin botsingskwesties tussen het recht op gelijke behandeling en andere grondrechten worden gereguleerd. In veel gevallen waarin de AWGB van toepassing is, kan de rechter eenvoudig volstaan met toepassing van de AWGB en is verdere afweging niet meer vereist. Een andere interessante vorm van regulering is te vinden in de Amerikaanse Religious Freedom Restoration Act of 1993 (42 U.S.C. Chapter 21B), waarin is aangegeven dat algemene beperkingen op de vrijheid van godsdienst alleen zijn toegestaan als daarvoor een 'compelling governmental interest' bestaat. Daardoor weet de rechter dat hij een strikte toets moet uitvoeren die aan bepaalde vereisten voldoet. Zie voor een recente toepassing daarvan de uitspraak van het Amerikaanse Supreme Court in *Gonzales v. O Centro Espirita Beneficente Uniao do Vegetal*, \_ U.S. \_ (2006). Vanzelfsprekend zijn de moeilijkheden ook minder groot als eerdere rechterlijke uitspraken al duidelijk hebben gemaakt welke factoren een rol spelen bij de beslechting van een bepaald type geschil. Zoals Alexy heeft aangegeven, zullen deze rechterlijke uitspraken in de loop van de tijd een netwerk gaan vormen van relatief concrete regels die invulling kunnen geven aan constitutionele normen zoals grondrechten (Alexy 2002, p. 108). In echte 'hard cases' is het probleem echter dat er juist geen precedents beschikbaar zijn waarin een rechtsregel verder wordt uitgelegd, of waarin precedents nauwelijks een goede basis vormen voor het geven van een interpretatie of het beoordelen van een belangenafweging. In de zaak van Tysiak is dat aan de orde: het EHRM heeft zich nog niet eerder uitgesproken over een soortgelijke kwestie, terwijl ook de tekst van het EVRM weinig aanknopingspunten biedt. Hoewel het EHRM bij zijn oordeelsvorming vanzelfsprekend wel gebruik kan maken van analoge toepassing van precedents in andere, maar op punten vergelijkbare zaken, of inspiratie kan ontleenen aan uitspraken van nationale rechters over dit soort kwesties, zal het daardoor toch een nieuwe, eigen beslissing moeten nemen.

Het is daarbij van belang om in herinnering te roepen dat grondrechten zelden absoluut zijn. Grondrechten, zoals ze geformuleerd zijn in de bekende juridische teksten, kunnen worden beschouwd als codificaties van algemene, ongeschreven rechtsbeginselen. Daarmee onderscheiden grondrechtelijke bepalingen zich van 'gewone' rechtsregels.<sup>4</sup> Als inbreuk wordt gemaakt op een rechtsregel, is meteen duidelijk dat die inbreuk juridisch onaanvaardbaar is.<sup>5</sup> Bij een rechtsbeginsel is dit nu juist niet zo. Een rechtsbeginsel valt eerder te zien als een gezaghebbend argument dat in een bepaalde richting pleit, maar dat geen duidelijk rechtsgevolg voorschrijft.<sup>6</sup> Als er andere, minstens zo gezaghebbende argumenten zijn die in een andere richting wijzen, kan daaraan onder omstandigheden de voorrang worden gegeven. Dit zegt dan echter niets over de rechtsgeldigheid van het beginsel, zoals bij een regel het geval is. Het kan goed zijn dat het 'verliezende' beginsel in andere feitelijke omstandigheden juist wel prevaleert.<sup>7</sup> Dit typische kenmerk van rechtsbeginselen is eigen aan veruit de meeste grondrechten.<sup>8</sup> Inderdaad, iedereen heeft recht op vrijheid van meningsuiting, maar dat betekent niet dat iemand dit recht altijd en onder alle omstandigheden kunt invoeren. Er kunnen overtuigende argumenten zijn die ervoor pleiten om het recht op vrijheid van meningsuiting te beperken. Zo is de vraag of iemand zeer beledigende uitspraken mag doen over zijn medemens, als die medemens zich daardoor ernstig voelt aangetast in zijn religieuze opvattingen of als hem daardoor reputatieschade wordt aangedaan.

---

4 Zie voor dit onderscheid tussen rechtsregels en rechtsbeginselen nader Dworkin 1977, p. 24-28 en Burkens 1989, p. 55. Zie voor een vergelijkbaar onderscheid Alexy 2002, p. 48; Alexy beschouwt beginselen echter, anders dan Dworkin, als 'optimaliseringsgeboden'. Het door Dworkin en Alexy gemaakte onderscheid is overigens niet onbetwist. Met name is wel gesteld dat het onderscheid minder absoluut is dan zij hebben gesteld: regels kunnen soms een beginselachtig karakter hebben, terwijl er bovendien veel verschillende typen regels denkbaar zijn die niet allemaal even gemakkelijk zijn in te passen in de door Dworkin en Alexy ontworpen tweedeling; zie nader De Lange 1991, p. 112/113. Voor het doel van deze rede is echter niet zozeer de kracht van het verschil tussen regels en beginselen van belang, maar eerder de consequenties die Alexy en Dworkin aan het beginselkarakter verbinden, namelijk de capaciteit om te wijken voor andere beginselen. Dat kenmerk van beginselen lijkt in de literatuur niet ter discussie te staan.

5 Vgl. Alexy 2002, p. 49.

6 Of, in de letterlijke bewoordingen van Dworkin: '[A principle] states a reason that argues in one direction, but does not necessitate a particular decision' (Dworkin 1977, p. 26).

7 Alexy 2002, p. 50.

8 Vgl. ook Alexy 2002, p. 50 (voetnoot 32), waar hij aangeeft dat juist het feit dat bij de toetsing aan beginselen altijd een afweging wordt gemaakt, aan toont dat het bij constitutionele rechten (zoals grondrechten) gaat om beginselen. Duidelijk is wel dat sommige grondrechten, zoals het verbod van foltering of het verbod op terugwerkende kracht van strafwetgeving, dusdanig absoluut van karakter zijn dat daarbij nauwelijks nog gesproken kan worden van een rechtsbeginsel, maar eerder van een rechtsregel. Zelfs de absolute grondrechten zijn echter vaak minder absoluut dan ze lijken. Vgl. bijv. EHRM 17 januari 2006 (ontv.besl.), *Kolk en Kislyiy/Estland*, nrs. 23052/04 en 24018/04, waarin het Hof vaststelt dat het verbod op terugwerkende kracht van strafwetgeving niet geldt voor misdaden tegen de menselijkheid.

In dat geval kan het zijn dat de belangen van de medemens zwaarder wegen dan het belang bij vrijheid van meningsuiting.<sup>9</sup>

Daarmee ben ik aangeland bij een centraal punt van deze rede. Een beoordeling van zaken over grondrechten vergt, juist door het specifieke karakter van die rechten, steeds een beoordeling en een weging van belangen. Als het Straatsburgse Hof straks een oordeel moet vellen over de claim van mevrouw Tysiac, kan het niet volstaan met te kijken naar het recht op bescherming van het privé-leven waarop zij zich beroept. Het Hof moet ook kijken naar de argumenten, beweegredenen en doelstellingen die de Poolse regering heeft aangevoerd om het abortusverbod te rechtvaardigen. Uiteindelijk moet het Hof dan beoordelen wat het zwaarste weegt: het belang van mevrouw Tysiac bij keuzevrijheid en bij de mogelijkheid om een in haar ogen beter en aanvaardbaarder leven te leiden, of het door de Poolse regering behartigde belang bij de bescherming van ongeboren leven.

Een rechter die geconfronteerd wordt met een beroep op een grondrecht ontkomt er dus niet aan om een belangenafweging te maken. In sommige gevallen, zoals bij de genoemde bepaling in het EVRM, krijgt hij daartoe zelfs de uitdrukkelijke opdracht.<sup>10</sup> Maar daar ontstaat meteen ook het probleem, want hoe kan een rechter nu een redelijk, juridisch gemotiveerd oordeel vellen over de betrokken belangen? De keuze tussen deze belangen vergt immers steeds een normatieve beslissing of waardeoordeel.<sup>11</sup> Anders gezegd: of iemand de individuele keuzevrijheid van mevrouw Tysiac belangrijker vindt dan de bescherming van het recht op leven, hangt af van zijn *persoonlijke* opvattingen over abortus en menselijke waardigheid.

Het probleem is echter dat we het er tegelijkertijd over eens zijn dat een rechter zijn keuze niet van persoonlijke opvattingen of waardeoordelen mag laten afhangen. Een subjectief oordelende rechter is een doembeeld dat we

---

9 Anders dan bij een rechtsregel, betekent dit niet dat er een *uitzondering* wordt gemaakt op de regel van vrijheid van meningsuiting, of dat de vrijheid van meningsuiting in dit soort gevallen geen gelding heeft. Het betekent slechts dat het beginsel aan deze vrijheid ten grondslag ligt tijdelijk teruggedeest om recht te kunnen doen aan een ander beginsel. Het beginsel zelf blijft onverkort in stand. Zie Burkens 1989, p. 55.

10 Hoewel dit uit het vereiste van een noodzakelijke inbreuk niet direct kan worden afgeleid, heeft het Hof de noodzaak van belangenafweging in ieder geval zelf steeds in het EVRM gelezen; zie vooral EHRM 7 juli 1989, *Soering/VK*, Series A, Vol. 161, § 89: '... inherent in the whole of the Convention is a search for a fair balance between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights'; vgl. ook Arai-Takahashi 2002, p. 193. Een nog duidelijker voorbeeld van een opdracht tot evenredigheidstoetsing is te vinden in het EU Handvest voor de Grondrechten (2000), waarin art. 52 voorschrijft dat beperkingen van grondrechten alleen kunnen worden gesteld 'met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel'. Zie ook Zoethout 2005, p. 24.

11 Vgl. Van Drooghenbroeck 2001, p. 15, die tenminste vier momenten in de besluitvorming aanwijst waar een subjectief getinte beslissing moet worden genomen.

via allerlei, al dan niet institutionele, wegen proberen te voorkomen.<sup>12</sup> Het zou dus mooi zijn als er een manier bestond om in gevallen van belangenafweging een neutraal en objectief rechterlijk oordeel te garanderen. Helaas zijn rechtswetenschappers er niet van overtuigd dat zo'n methode bestaat. Scholten sprak al over de noodzakelijke, niet-juridische 'sprong' die een rechter in een open rechtssysteem moet maken,<sup>13</sup> terwijl ook Dworkin heeft toegegeven dat in moeilijke zaken de morele en politieke overtuigingen van de rechter een rol zullen spelen.<sup>14</sup> Inderdaad is het subjectieve element van de rechterlijke oordeelsvorming niet volledig uit te sluiten en zal de uitkomst van een 'hard case' zelden eenduidig zijn. Toch ben ik het eens met Nieuwenhuis, die recentelijk in een redactioneel stelde dat dit soort concessies aan de irrationaliteit van afwegingsoordelen onbevredigend is.<sup>15</sup> Naar mijn overtuiging is het nodig en mogelijk om verder te zoeken. Een belangrijk aanknopingspunt wordt daarbij geboden door Alexy, die heeft aangegeven dat het mogelijk is om een uitkomst rationeel te rechtvaardigen door middel van een goede rechterlijke argumentatie.<sup>16</sup> In dit verband kunnen veel hogere eisen worden gesteld aan de rechterlijke motivering bij de toetsing van belangenafwegingen dan nu gebruikelijk is.<sup>17</sup> De reden daarvoor is allereerst dat een goede rechterlijke motivering kan bijdragen aan de kenbaarheid en de controleerbaarheid van het rechterlijk oordeel.<sup>18</sup> Voor het publiek van de uitspraak (in de praktijk vooral juristen: hogere rechters, advocaten, wetenschappers), is het belangrijk om te weten op welke redenering een bepaalde beslissing is gestoeld. Alleen dan kunnen zij nagaan of deze beslissing juridisch acceptabel is en kunnen zij hier eventueel kritiek op uitoefenen.<sup>19</sup> Belangrijker nog is dat een sterke motiveringseis zal bijdragen aan verbetering van de rationaliteit en de kwaliteit van het rechterlijk oordeel zelf. Het is bekend en onvermijdelijk dat een rechter

---

12 Vgl. ook Smith 2005, p. 138. Een belangrijke manier om dit te doen is door de instelling van meervoudige kamers, waarbij rechters door onderling overleg tot een beslissing moeten komen en de subjectieve voorkeuren van de rechters noodzakelijkerwijze minder bepalend zullen zijn. Zie nader Van Drooghenbroeck 2001, p. 285.

13 Scholten 1974, p. 76 en 130.

14 Dworkin 1986, p. 256. Zie ook Van Gerven 1973, p. 136, die aangeeft dat dit nog sterker zal gelden als fundamentele waarden in het geding zijn, nu de mens in de rechter daar zelden onverschillig tegenover zal staan.

15 Nieuwenhuis 2005, p. 481. Vgl. ook Alkema 2000, § 4.

16 Vgl. Alexy 2002, p. 100/101. Of, anders gezegd: de gedachte is 'to accept the opaque box and try to improve its output' (Gottlieb 1994, p. 850). Zie ook Hol 1994, p. 185.

17 De kwaliteit van de motivering schiet op dit moment vaak ernstig tekort. In veel gevallen wordt nauwelijks uitgelegd hoe de rechter tot een bepaald oordeel is gekomen en welke argumenten daarbij een rol hebben gespeeld. Of, in de termen van Coffin: 'All too commonly in judicial opinions, lip service is paid to balancing, a cursory mention of opposing interests is made, and, presto, the 'balance' is arrived at through some unrevealed legerdemain' (Coffin 1988, p. 22).

18 Vgl. Nieuwenhuis 1976, p. 494 en 501 en recentelijk Malsch/Lavender/Nijboer 2006, p. 365/366; uitgebreid en inzichtelijk ook Plug 2000, p. 22 e.v.

19 Vgl. Boukema 2000, p. 137.

in zaken over botsende belangen intuïtief tot een bepaalde keuze komt.<sup>20</sup> Hij kan deze keuze echter alleen in zijn uitspraak verwerken als hij deze kan inpassen in het bestaande juridische raamwerk van rechtsregels en rechterlijke uitspraken.<sup>21</sup> Blijkt dit niet mogelijk te zijn, bijvoorbeeld omdat er geen rechtsregels en juridisch relevante argumenten zijn die de beslissing ondersteunen, dan zal de rechter zijn intuïtieve keuze moeten heroverwegen en zijn uitkomst moeten bijstellen.<sup>22</sup> Het motiveringsvereiste dwingt daarmee tot rationalisering en fungeert als een belangrijke controle op subjectiviteit.<sup>23</sup>

De vraag hoe de motivering van oordelen over belangenafwegingen er in het ideale geval uit moet zien, en hoe de bestaande wijze van rechterlijk motiveren kan worden verbeterd,<sup>24</sup> is één van de centrale onderzoeksvragen die ik mij voor de komende jaren heb gesteld. Met behulp van een genereuze Vidi-subsidie van NWO wil ik proberen om rechters meer aanknopingspunten te verschaffen voor het beargumenteren van oordelen over grondrechten.<sup>25</sup> In het vervolg van deze rede wil ik uiteenzetten langs welke lijnen ik vorm wil geven aan dit onderzoek. In dat opzicht vormt de rede een agenda voor de toekomst. Alle alternatieven en suggesties die ik hier doe zijn dan ook voorlopig en verdienen stuk voor stuk nader onderzoek.

---

20 Zie nader Minow 1990, p. 60 e.v. en De Lange 1990, p. 130 en 172.

21 Zie reeds Scholten 1974, p. 121/122 en 132.

22 Coffin 1988, p. 25.

23 *Idem.*

24 Deze onderzoeksdoelstelling veronderstelt dat de motivering op dit moment niet (altijd) deugdelijk is. Die veronderstelling lijkt niet onterecht, wanneer wordt gekeken naar de kritiek die in de literatuur is geleverd op de wijze waarop rechters hun uitspraken over belangenafwegingen beargumenteren. Zie ten aanzien van het EHRM bijvoorbeeld Van Drooghenbroeck 2001, p. 278 en 711 en Van Dijk/Van Hoof 1998, p. 604. Kritisch over de motivering door de Nederlandse Hoge Raad is Boukema 2000, p. 136.

25 De behoefte daaraan lijkt groot. Aleinikoff gaf al in 1987 aan dat 'what is so surprising is how rudimentary the process appears. No system of identification, evaluation, and comparison of interests has been developed'. Recentelijk heeft ook Nieuwenhuis aandacht gevraagd voor de dringende noodzaak om een methode te ontwikkelen voor rechterlijke belangenafwegingen (Nieuwenhuis 2005, p. 481).

## 2 | Problemen bij belangenafweging

### 2.1 INLEIDING

Voordat ik toekom aan alternatieven en suggesties, wil ik eerst de bestaande problemen nog iets verder uitwerken en aanscherpen. De problematiek van belangenafweging is eenvoudiger te behandelen als enkele meer specifieke deelproblemen worden onderscheiden. Ik richt me daarbij steeds op de concrete context van rechtszaken over fundamentele rechten, vooral omdat de belangenafwegingsproblematiek daarbij zo scherp zichtbaar is.

### 2.2 DEFINITIE, GEWICHT EN ONGELIJKWAARDIGHEID VAN DE BETROKKEN BELANGEN

Een eerste probleem van belangenafweging betreft de definitie van de belangen die in een concrete rechtszaak zijn betrokken. Voor een rechter is het niet eenvoudig om uit de voorgelegde stukken af te leiden welke belangen nu eigenlijk gediend zijn met een besluit of maatregel, en evenmin is het altijd gemakkelijk vast te stellen welke belangen precies zijn aangetast. Veel belangen blijven onuitgesproken, omdat hun aanwezigheid vanzelfsprekend wordt gevonden, of omdat ze in de besluitvorming een ondergeschikte rol hebben gespeeld. Bovendien is het goed mogelijk dat een inbreuk op een individueel recht niet zozeer is ingegeven door objectief bepaalde argumenten en belangen, maar primair door politieke overwegingen. Te denken is aan de wens om mediabelangstelling te trekken of om een concessie los te weken op een ander beleidsterrein. Voor een rechter is het moeilijk na te gaan welke rol dit soort overwegingen gespeeld, en ook als dat wel is gelukt, is het lastig hieraan juridische betekenis toe te kennen. Wellicht is dit ook de reden waarom rechters in de praktijk zelden duidelijk vaststellen welke belangen betrokken zijn en hiervan nauwelijks een definitie geven.<sup>26</sup>

Dit probleem van de definitie van de betrokken belangen wordt nog versterkt doordat belangenafwegingen 'multidimensionaal' zijn.<sup>27</sup> We hebben de neiging om een belangenafweging voor te stellen als 'tweedimensionaal',

---

26 Vgl. ook Coffin 1988, p. 23 en Aleinikoff 1987, p. 977.

27 Schlössels 1998, p. 182 spreekt van een 'multipolair' karakter.

in die zin dat één duidelijk herkenbaar algemeen belang botst met één duidelijk herkenbaar individueel belang. Die voorstelling vormt echter een sterke simplificatie van de werkelijkheid. In de praktijk speelt in ieder proces van besluitvorming een veelheid van belangen en overwegingen, die allemaal een kleinere of grotere bijdrage leveren aan de uiteindelijke beslissing. Onduidelijk is nog of de rechter in staat is om al deze belangen te achterhalen en te definiëren, maar ook of het steeds nodig is om dit te doen om een goed oordeel te kunnen vellen.<sup>28</sup>

Een tweede probleem is het verschil in abstractiegraad van de betrokken belangen. Het geval van mevrouw Tysiac kan hierbij tot voorbeeld strekken. Het belang dat de Poolse overheid in deze zaak probeert te beschermen is abstract: het gaat om het beschermen van ongeboren leven in zijn algemeenheid. Daartegenover staat een heel concreet belang van mevrouw Tysiac, namelijk haar wens om te voorkomen dat een voldragen zwangerschap leidt tot blindheid en daarmee tot grote praktische problemen. Zo'n heel concreet belang is bijna niet te vergelijken met het sterk abstracte algemene belang van de regering.

Hieraan gerelateerd is een ander punt, dat in de literatuur wordt omschreven als het probleem van 'incommensurabiliteit', ofwel het probleem van de ongelijkwaardigheid van belangen.<sup>29</sup> Volgens veel theoretici kunnen belangen alleen tegen elkaar worden afgewogen als zij in zeker opzicht vergelijkbaar zijn of, preciezer gezegd, als er een gemeenschappelijke schaal van waarden is die de keuze kan doen bepalen in het voordeel van het ene of het andere belang. Hun stelling is dat zo'n gemeenschappelijke schaal meestal zal ontbre-

---

28 Burg ziet in het multidimensionale karakter een minder groot probleem, omdat het meestal wel mogelijk is om belangen toch in twee hoofdstromen of clusters in te delen (Burg 2000, p. 169/170). Dit is zonder meer waar: in een juridisch geschil tussen twee partijen is het mogelijk om een cluster van belangen van de benadeelde te construeren en een cluster van belangen van degene die verantwoordelijk is voor de aantasting. Dit helpt de rechter bij de afweging echter niet altijd verder, omdat dan nog de vraag blijft hoe de verschillende belangen bij elkaar kunnen worden 'opgeteld' en hoe het cluster vervolgens moet worden afgewogen tegen het cluster van belangen van de overheid. Een dergelijke 'optelsom' is vooral lastig als de verschillende belangen een sterk verschillend karakter of een heel verschillende waarde hebben.

29 Strikt genomen bestaat er een verschil tussen incommensurabiliteit en onvergelijkbaarheid. Bij incommensurabiliteit is sprake van het ontbreken van een gemeenschappelijke schaal van waarden, terwijl het bij onvergelijkbaarheid gaat om zaken die niet met elkaar kunnen worden vergeleken. Anders gezegd: bij incommensurabiliteit is er een morele factor in het spel, terwijl dit bij onvergelijkbaarheid niet het geval hoeft te zijn. Zie nader Chang 1997, p. 1/2. Niettemin worden beide begrippen vaak door elkaar heen gebruikt en lijken zij sterk op elkaar; betoogd wordt dan ook wel dat de beide begrippen elkaar heel dicht benaderen (vgl. Griffin 1997, p. 35/36). Vooral omdat het voor juristen vaak gemakkelijker is te denken in termen van vergelijkbaarheid in plaats van in termen van gelijkwaardigheid, zal ook hier het onderscheid niet heel strikt worden gemaakt.

ken, omdat belangen per definitie ongelijkwaardig zijn.<sup>30</sup> Net zomin als je de lengte van een stuk touw volgens Scalia kunt vergelijken met het gewicht van een steen,<sup>31</sup> kan het abstracte recht op leven worden vergeleken met de concrete belangen van mevrouw Tysiac. Volgens sommigen is het, gelet op het ontbreken van een gemeenschappelijke noemer, dan ook nooit mogelijk om een rationeel oordeel te geven over een belangenafweging. Er zijn simpelweg immers geen rationele argumenten om het ene belang te prefereren boven het andere.<sup>32</sup>

### 2.3 DE POSITIE VAN DE RECHTER

Deze problemen van de definitie van belangen en de ongelijksoortigheid en ongelijkwaardigheid daarvan betreffen rechtstreeks de belangenafweging. De rechterlijke beoordeling van belangenafwegingen neemt echter ook nog een ander probleem met zich mee, dat de positie van de rechter zelf betreft.<sup>33</sup> Als het gaat om aantastingen van fundamentele rechten is de rechter meestal niet in eerste instantie verantwoordelijk voor het maken van een belangenafweging. Dit is anders in het civiele recht, waar de rechter rechtstreeks geconfronteerd kan worden met twee gelijkwaardige partijen die beide een beroep doen op een grondrechtelijk of anderszins fundamenteel te achten rechtsbelang. In zo'n procedure moet de civiele rechter zelf bepalen welk van beide rechtsbelangen moet prevaleren. Gaat het om publiekrechtelijke rechtsverhoudingen, en daar wil ik me hier toe beperken, dan is de situatie een andere. In het publiekrecht wordt de rechter meestal een kwestie voorgelegd waarbij de wetgever of een bestuursorgaan heeft besloten om een grondrecht te beperken met het oog op het behartigen van bepaalde belangen. Het zijn dan dus de wetgever of het bestuursorgaan die in eerste instantie hebben vastgesteld welke belangen zij willen nastreven, en die hebben besloten dat deze belangen zwaarder wegen dan het conflicterende individuele grondrecht. De rechter moet in beginsel respect tonen voor het feit dat een ander, veelal direct of indirect democratisch gelegitimeerd orgaan een bepaalde beslissing heeft

---

30 Vgl. o.a. Aleinikoff 1987, p. 973. Er bestaat in de rechtstheoretische literatuur echter discussie over de vraag in hoeverre incommensurabiliteit en onvergelijkbaarheid echt een probleem vormen. Er zijn ook auteurs die volhouden dat een zekere mate van vergelijking wel steeds mogelijk is; zie bijv. Regan 1997, p. 136. Ook het utilitarisme gaat ervan uit dat een rationele keuze tussen ongelijkwaardige alternatieven altijd mogelijk is; zie nader Schauer 1994, p. 787.

31 *Bendix Autolite Corp. v. Midwesco Enterprises, Inc.*, 486 U.S. 888, op 897 (1988) (Scalia, J., concurring).

32 Groenewegen 2005, p. 15. Scalia geeft daarbij overigens aan dat dit vooral geldt voor zaken die de economische aspecten van de Amerikaanse grondwet betreffen. Gaat het om grondrechtelijke vragen, dan lijkt hij minder bezwaar te hebben tegen het uitvoeren van een belangenafweging (*idem*).

33 Vgl. ook Van Drooghenbroeck 2001, p. 16.

genomen.<sup>34</sup> Dat geldt nog in het bijzonder als het gaat om een rechterlijke beoordeling op Europees niveau. De Europese hoven hebben immers niet alleen te maken met het feit dat een andere staatsmacht primair verantwoordelijk is voor het maken van een belangenafweging, maar zij moeten ook nog rekening houden met de soevereiniteit van de staten en met het feit dat de nationale autoriteiten in het algemeen beschikken over een grotere kennis van nationale gevoeligheden en omstandigheden.<sup>35</sup> Deze 'dubbele constitutionele gelaagdheid' vormt een argument voor extra terughoudendheid en voorzichtigheid.<sup>36</sup> De vraag is echter hoe deze terughoudendheid en voorzichtigheid in het rechterlijk oordeel tot uitdrukking moeten komen en welke implicaties dit heeft voor de beoordeling van een belangenafweging. Een gerede vraag is bovendien of terughoudendheid altijd op zijn plaats is. Zeker 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. Op de vraag wanneer terughoudendheid is geboden en wanneer een strikte rechterlijke controle moet worden toegepast, is echter nog steeds geen bevredigend antwoord is gegeven.

---

34 Vgl. Zoethout 2005, p. 31, die er in dit verband op wijst dat het gaat om een waardeoordeel dat veelal ook een politiek oordeel is. Als zodanig hoort het uitspreken daarvan thuis bij de wetgever en, als afgeleide daarvan, het bestuur. Zie ook Jans e.a. 2002, p. 182 en vgl. Koopmans 1996, p. 4/5.

35 Van Drooghenbroeck beschouwt dit overigens ook als een waarborg: nu de Europese rechter zijn oordeel moet inpassen in de kaders die door de lidstaten zijn gecreëerd, bestaat er een minder groot risico van subjectieve rechterlijke oordeelsvorming (2001, p. 285).

36 Jans e.a. 2002, p. 189 en 193; vgl. ook Alkema 2000, p. 1054. Zie ook de conclusie van A-G Geelhoed van 16 maart 2006 in de zaak *Chacón Navas* (Zaak C-13/05), waarin hij aangeeft dat in zaken waarin op nationaal niveau een belangenafweging is gemaakt in het kader van een grondrechtelijke kwestie, een correctie van de bereikte uitkomst door de gemeenschapsrechter alleen mogelijk is als hij over een 'onaanvechtbare en superieure rechtsbasis' daarvoor beschikt (§ 55). De gemeenschapsrechter zal zich in zijn visie dus zeer terughoudend moeten opstellen. Heringa constateert terecht dat het EHRM in dit opzicht een bijzondere positie inneemt, omdat gelijkwaardige constitutionele partners of 'co-equal branches' (wetgever, uitvoerende macht) bij dit Hof ontbreken (Heringa 1996, p. 24). De positie van het EHRM is daardoor iets gemakkelijker dan die van het HvJ EG, maar ook het Straatsburgse Hof zal én rekening moeten houden met zijn algemene positie als supranationale rechter, én met de algemene beperkingen van de rechterlijke positie ten opzichte van de (in dit geval nationale) wetgever en bestuursorganen.

## 3 | Oplossingsrichtingen

### 3.1 INLEIDING

De voorafgaande, korte inventarisatie laat iets zien van de complexiteit en omvattendheid van de problematiek van de toetsing van belangenafwegingen door de rechter. Er zijn problemen bij de definitie van belangen, bij het bepalen van hun abstractiegraad en bij het beoordelen van hun onderlinge vergelijkbaarheid, maar ook waar het de positie betreft van nationale en Europese rechters die belast zijn met de toetsing van belangenafwegingen. Deze problemen kunnen nog veel verder worden uitgewerkt, maar daar wil ik me hier niet op richten. Ik wil vooral ingaan op enkele mogelijkheden die in de rechtswetenschappelijke literatuur en in jurisprudentie zijn aangereikt als oplossing voor deze problemen. Zoals ik eerder aangaf zal die bespreking kort en schetsmatig zijn. Niet alleen moeten alle hierna genoemde oplossingsmogelijkheden in de komende jaren verder worden onderzocht, maar ook is het bestek van deze rede te beperkt om alle oplossingen met voldoende diepgang te bespreken.

### 3.2 ALTERNATIEVEN VOOR DE TOETSING VAN EEN BELANGENAFWEGING

#### 3.2.1 Categorisering

Een eerste interessante oplossingsmogelijkheid is gelegen in het geheel of gedeeltelijk wegnemen van de noodzaak om een concrete belangenafweging te maken of te toetsen. De meest vergaande variant van deze oplossingsrichting wordt in de Amerikaanse rechtswetenschappelijke literatuur aangeduid als 'categorization'.<sup>37</sup> Het uitgangspunt daarbij is dat het toetsen van een rechterlijke belangenafweging een bewuste rechterlijke strategie is, veel meer dan een praktische noodzaak die voortvloeit uit de aard van grondrechten.<sup>38</sup> Volgens aanhangers van 'categorization' is ook een andere strategie denkbaar

---

<sup>37</sup> Zie bijv. Sullivan 1992, p. 59.

<sup>38</sup> Vgl. bijv. Coffin 1988, p. 17. Vaak wordt erop gewezen dat de strategie van belangenafweging door de rechter pas relatief recent is ontwikkeld, namelijk halverwege de 20<sup>ste</sup> eeuw. Daarvoor werkte de rechter veel meer met andere strategieën, zoals die van eenvoudige subsumptie en categorisering. Zie daarover uitgebreid Aleinikoff 1987, p. 948 e.v.

om zaken over fundamentele rechten aan te pakken. Bij deze strategie formuleert de rechter een premisse of regel met betrekking tot het grondrecht in kwestie, die hij in het gegeven geval en in latere, vergelijkbare gevallen eenvoudig kan toepassen.<sup>39</sup> Eventueel kan later nog worden voorzien in uitzonderingen op de regel, maar ook dan is de gedachte dat de concrete noodzaak van belangenafweging wordt vervangen door een abstracte toepassing van een regel met uitzonderingen.

Deze gedachte van categorisering heeft in de rechtspraak over grondrechten wel enige ingang gevonden, ook al lijkt dit niet altijd bewust te zijn. Een aantal van deze voorbeelden wil ik kort bespreken, waarbij ik vier typen zal onderscheiden.

Allereerst kunnen beperkingen van de reikwijdte van grondrechten worden gezien als een voorbeeld van categorisering. Een voorbeeld is het oordeel van het Amerikaanse Supreme Court dat extreme pornografie niet kan worden beschouwd als 'meningsuiting'.<sup>40</sup> Gevallen van extreme pornografische publicaties genieten dus ook niet de bescherming van het recht op vrijheid van meningsuiting. Concreet betekent dit dat de rechter alleen hoeft vast te stellen of een afbeelding of publicatie feitelijk kan worden gekwalificeerd als pornografisch. Is dat het geval, dan bestaat er geen noodzaak meer voor het maken van een verdere afweging tussen de vrijheid van meningsuiting en de daarmee conflicterende belangen: duidelijk is meteen dat beperkingen van de uiting zijn toegestaan.<sup>41</sup> Soortgelijke voorbeelden zijn te vinden in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens over het recht op gezinsleven. Een algemene regel is daarbij bijvoorbeeld dat de wens om een gezin

39 Vgl. Sullivan 1992, p. 59. Zie voor een vergelijkbare benadering Alexy 2002, p. 53, waar hij toelicht hoe in sommige omstandigheden een botsing van beginselen kan worden omgezet naar een conditionele norm (d.w.z. een regel die van toepassing is als aan bepaalde voorwaarden is voldaan) (p. 54 en 56).

40 Aanvankelijk gold dit voor alle gevallen van 'obscene publications' (*Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957)), maar dit werd later beperkt tot pornografie (*Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973)). Zie ook Barendt 2005, p. 362 en Gunther/Sullivan 1997, p. 1125.

41 Voorbeelden van deze benadering zijn vooral zichtbaar in de oudere Amerikaanse jurisprudentie. Aanvankelijk werd daarin niet alleen 'hard core pornography' uitgesloten van de reikwijdte van het Eerste Amendement, waarin het recht op vrijheid van meningsuiting vastligt, maar ook scheldwoorden ('fighting words'), commerciële uitlatingen en zelfs alle gevallen van smaad (zie *Chaplinsky v. State of New Hampshire*, 316 U.S. 568 (1942), op 572). In de loop van de tijd is het Supreme Court hiervan teruggekomen en heeft het aanvaard dat ook deze uitlatingen als 'speech' zijn aan te duiden. Zie nader Barendt 2005, p. 76. Ook andere rechters kennen dergelijke uitsluitingen; de Belgische rechter is bijvoorbeeld terughoudend in het erkennen van commerciële uitingen als onderdeel van de vrijheid van meningsuiting (zie Voorhoof 2004, p. 849). Het EHRM is minder geneigd de reikwijdte op deze manier te beperken – zoals Voorhoof fraai uitdrukt, laat artikel 10 EVRM zich als een 'heel erg grote paraplu openplooiën' en biedt het bescherming aan meningen en informatie in de meest ruime zin (p. 900). Alleen sterk revisionistische uitingen (ontkenning van de holocaust) heeft het Hof via art. 17 EVRM buiten de bescherming van art. 10 EVRM gehouden (zie EHRM 24 juni 2003 (ontv. besl.), *Garaudy/Frankrijk*, EHRC 2003/69).

te stichten buiten het begrip 'gezinsleven' valt, waardoor uit art. 8 EVRM bijvoorbeeld geen recht op adoptie kan worden afgeleid.<sup>42</sup>

Een tweede voorbeeld van categorisering is te vinden in Amerikaanse rechtspraak over ongelijke behandeling. In zijn *Korematsu*-uitspraak uit 1944 heeft het Amerikaanse Supreme Court aangegeven dat een ongelijke behandeling op grond van ras ernstig verdacht is, en dat zo'n ongelijke behandeling aan een uiterst strikte rechterlijke toetsing moet worden onderworpen.<sup>43</sup> Die rechterlijke toetsing blijkt in de praktijk zo strikt te zijn, dat feitelijk geen enkel op ras gebaseerd onderscheid toelaatbaar is. Of, in de woorden van Gerald Gunther, de test bij rassenongelijkheid is 'strict in theory, but fatal in fact'.<sup>44</sup> Ook bij deze benadering is geen toetsing vereist van de belangenafweging die aan de ongelijke behandeling ten grondslag heeft gelegen. Staat immers vast dat een onderscheid is gebaseerd op ras, en dat is relatief gemakkelijk vast te stellen, dan wordt vrijwel geen enkele rechtvaardiging daarvoor geaccepteerd.<sup>45</sup> Anders gezegd: de algemene regel is dat het belang van gelijke behandeling op grond van ras prevaleert boven andere rechten of algemene belangen.<sup>46</sup> Een soortgelijke benadering is te vinden in rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, al is die minder absoluut. Zo heeft het Hof in zijn rechtspraak aangegeven zeer veel waarde te hechten aan uitingen van parlementairen en politici.<sup>47</sup> Het belang bij het kunnen doen van dit soort uitingen is zelfs zodanig zwaarwegend, dat beperkingen hiervan zelden toelaatbaar worden geacht.<sup>48</sup> Alleen in bepaalde omstandigheden, zoals

---

42 Zie EHRM 26 februari 2002, *Fretté/Frankrijk*, Reports 2002-I, EHRC 2002/30 (m.nt. Janssen en Gerards), NJ 2002/553 (m.nt. SW), NJCM-Bull. 2002, p. 1044 (m.nt. PaB).

43 *Toyosaburo Korematsu v. United States*, 232 U.S. 214 (1944), op 216.

44 Gunther 1972, p. 8.

45 De juistheid van deze stelling wordt geïllustreerd dat in de ruim 60 jaar die sinds *Korematsu* zijn verstreken, een ongelijke behandeling op grond van ras onder het Veertiende Amendement van de Amerikaanse grondwet alleen toelaatbaar is geacht in de zaak *Korematsu* zelf en in een recente uitspraak over een heel specifieke vorm van voorkeursbeleid (*Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003)).

46 Ook Sullivan heeft soortgelijke rechterlijke uitspraken gekwalificeerd als voorbeelden van categorisering (1992, p. 60).

47 Nader Voorhoof 2004, p. 856.

48 Dit komt bijvoorbeeld tot uitdrukking in de volgende formulering: '... while freedom of expression is important for everybody, it is especially so for an elected representative of the people. He or she represents the electorate, draws attention to their preoccupations and defends their interests. Accordingly, interferences with the freedom of expression of an opposition member of parliament, like the applicant, call for the closest scrutiny on the part of the Court' (§ 36) (EHRM 27 februari 2001, *Jerusalem/Oostenrijk*, Reports 2001-II, EHRC 2001/27 (m.nt. A.W. Heringa)). Vgl. ook EHRM 17 december 2002, *A/Verenigd Koninkrijk*, NJCM-Bull. 2004, 1002 (m.nt. W. Voermans), EHRC 2003/16 (m.nt. H. Broeksteeg), § 79, waarin het Hof aangaf dat 'very weighty reasons' moeten worden aangevoerd om een beperking van de vrije meningsuiting in het politieke forum te rechtvaardigen. Een soortgelijke 'presumptie' lijkt ook te gelden in andere gevallen, zoals die waarin het gaat om deelname aan een publiek debat waarbij kritiek geleverd wordt op het overheidsbeleid;

in gevallen waarin de uitlatingen feitelijk onjuist blijken te zijn, kan een andere uitkomst worden bereikt.<sup>49</sup> Ook hier lijkt de noodzaak om in een concreet geval de belangenafweging te beoordelen grotendeels te zijn vervangen door het werken met een rechterlijke presumptie. Deze regel kan steeds weer worden toegepast en behoeft nauwelijks bijstelling. Ook al giet het Hof dit soort overwegingen in het jasje van een toetsing van belangenafweging, van een daadwerkelijke afweging is dan niet echt sprake.<sup>50</sup>

Een derde type van categorisering is te vinden in de Nederlandse belasting-rechtspraak over bepaalde toepassingen van het recht op gelijke behandeling.<sup>51</sup> Het gaat hier om gevallen waarin een belastinginspecteur in een reeks van gevallen ten gunste van de belastingplichtigen is afweken van een wettelijke regeling.<sup>52</sup> Het kan zijn dat zo'n belastinginspecteur in een zoveelste geval in de reeks zijn afwijken van de wet staakt en ervoor kiest om te handelen in overeenstemming met de wet. Er ontstaat dan een situatie van botsende belangen. Enerzijds geldt immers het belang van de benadeelde belastingplichtige, die vindt dat zijn recht op gelijke behandeling is aangetast doordat in zijn geval anders is gehandeld dan in eerdere gevallen. Daartegenover staat het belang van het legaliteitsbeginsel, dat wil zeggen het algemene belang dat overheidsorganen zich gedragen in overeenstemming met de democratisch tot stand gekomen wet. De rechter die met zo'n zaak geconfronteerd wordt, dient dan te beoordelen welk van beide belangen in het concrete geval prevaleert. In 1979 koos de Hoge Raad echter een afwijkende benadering. In een

---

ook daar lijkt een rechtvaardiging in beginsel niet mogelijk, tenzij zich bijzondere omstandigheden voordoen (vgl. Voorhoof 2004, p. 986-988).

- 49 Zie de in de vorige noot genoemde uitspraak *Jerusalem*, waarin het Hof naging of er voldoende feitelijke basis bestond voor de uitlatingen die gedaan waren.
- 50 Ook dan kan, zelfs bij een rechterlijke strategie die formeel als 'afweging' wordt aangeduid, materieel sprake zijn van categorisering; zie Sullivan 1992, p. 61. Dit geldt ook voor de andere gevallen waarin het Hof duidelijke presumpties heeft geformuleerd, zoals in het in noot 48 genoemde voorbeeld van de uitlatingen over een onderwerp van publiek debat, waarin de regering wordt bekritiseerd. Uitzonderingen betreffen dan vooral de feitelijke onjuistheid van de uiting (bijv. EHRM 17 december 2004, *Pedersen en Baadsgaard/Denemarken*, EHRM 2005/17, m.nt. J.H. Gerards, NJ 2005/369 (m.nt. EJD)) of het feit dat deze een politicus nodeloos in het privé-leven treft (bijv. EHRM 6 februari 2001, *Tammer/Estland, Reports 2001-I*, EHRC 2001/20 (m.nt. A.W. Heringa, NJ 2002/158 (m.nt. EJD))). Het afwegingskarakter is dan echter alweer sterker aanwezig, zoals in de meeste uitspraken van het EHRM.
- 51 Sommige mensen zullen betwijfelen of hier nog kan worden gesproken over een grondrecht; zie bijv. Holtmaat 2003, p. 1276/1277. De discussie over de proliferatie van grondrechten en het discriminatieverbod valt echter buiten het bestek van deze rede. Zeker nu de Hoge Raad in het kader van belastingzaken claims over ongelijke behandeling steeds onder de werkingssfeer van art. 26 IVBPR brengt, ga ik gemakshalve uit van het grondrechtelijke karakter van deze claims.
- 52 In het belastingrecht komt het voeren van een dergelijk *contra legem*-beleid met enige regelmaat voor. Zie nader Gribnau 2001, p. 12; uitgebreid hierover ook (naar aanleiding van de discussie over *contra legem*-beleid op 'fiscale vrijplaatsen' als woonwagencamp Vinkenslag te Maastricht) een brief van de Staatssecretaris van Financiën met bijlagen; zie *Kamerstukken II 2003/04, 29643, nr. 2*.

richtinggevende uitspraak stelde hij voorop dat de rechter in dit soort gevallen niet telkens opnieuw een oordeel hoeft te geven over de afweging van belangen, maar kan uitgaan van een zogenaamde 'voorrangsregel'.<sup>53</sup> Volgens deze regel heeft de individuele belastingplichtige bij een tegenwettelijk, begunstigend beleid recht op hetzelfde voordeel als is verstrekt in de gevallen waarin van de wet is afgeweken. De Hoge Raad heeft deze regel in latere gevallen consequent gehanteerd en zelfs nog uitgebreid naar een aantal verwante situaties.<sup>54</sup> Het grote voordeel daarvan is dat iedereen weet waar hij aan toe is en dat de taak van lagere rechters en belastinginspecteurs wordt vergemakkelijkt.

Een vierde type van categorisering is ten slotte te vinden in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Hoewel dit Hof groot voorstander is van *ad hoc* belangenafwegingen en vrijwel nooit gebruik maakt van categorisering, laat de zaak *Enhorn* van dit laatste een interessant voorbeeld zien.<sup>55</sup> Aan de orde in deze zaak was een Zweedse regel voor het preventief beperken van de bewegingsvrijheid van mensen met besmettelijke ziekten (zoals HIV/Aids), waarbij ook detentie tot de mogelijkheden behoorde. Er bestaat hierbij onvermijdelijk spanning tussen het belang van de bescherming van de volksgezondheid en de individuele vrijheid.<sup>56</sup> Het Hof koos er echter niet voor om deze belangen integraal tegen elkaar af te wegen, maar gaf aan dat de redelijkheid van detentie moest worden beoordeeld op basis van twee criteria: de vraag of de verspreiding van een besmettelijke ziekte gevaarlijk zou zijn voor de volksgezondheid en de vraag of detentie het laatste redmiddel is om verspreiding van de ziekte te voorkomen. Bij dit laatste zou duidelijk moeten zijn dat minder vergaande middelen uitgetoet zijn en dat gebleken is dat deze onvoldoende bijdragen aan de bescherming van de volksgezondheid.<sup>57</sup> Dit soort criteria levert niet meteen duidelijkheid op over de uitkomst van de procedure, maar een volledig vrije afweging is ook niet meer mogelijk. Er wordt immers een duidelijk kader verschaft waarbinnen de besluitvorming door lagere rechters én door nationale autoriteiten kan plaatsvinden.

Kijkend naar deze en andere voorbeelden uit de rechtspraak, lijkt categoriseren een ideale oplossing voor de problemen van belangenafweging. Als een feitelijke situatie zich vaker voordoet, kan de rechter volstaan met het formuleren van een duidelijke regel met eventueel enkele uitzonderingen, die hij vervolgens in concrete gevallen kan toepassen. De rechtszekerheid wordt

---

53 Zie HR 6 juni 1979, *BNB* 1979/211, m.nt. J.P. Scheltens. De term is van Happé (1996, p. 288).

54 Voor een overzicht van de relevante rechtspraak en literatuur hierover zie o.a. Gerards 2002, p. 548-552.

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

56 Zie uitgebreider de *concurring opinion* van Judge Costa, punt 11.

57 § 44.

daardoor vergroot, terwijl problemen van inconsistentie van rechtspraak en beïnvloeding door subjectieve factoren worden tegengegaan.<sup>58</sup> Een voordeel kan bovendien zijn dat, doordat er een duidelijke standaard is gesteld, het aantal zaken over een bepaalde kwestie vermindert.<sup>59</sup> Vooral voor de situatie van het EHRM, dat overspoeld wordt met zaken, is dat van groot belang.<sup>60</sup> In de Amerikaanse rechtstheoretische literatuur, en ook door een aantal rechters van het Amerikaanse Supreme Court, is dan ook met enthousiasme op deze mogelijkheid gewezen.<sup>61</sup> Inderdaad denk ik dat rechters zich meer bewust kunnen zijn van de mogelijkheid om premissen en hoofdregels te formuleren, ook in de context van de toetsing aan grondrechten. Ondanks de genoemde voorbeelden lijkt het er namelijk op dat rechters zich de potentie van deze strategie onvoldoende realiseren. Sterker nog, een rechter als het Straatsburgse Hof lijkt zich zelfs niet van bewust te zijn van het feit dat het bezig is met een vorm van categorisering; de genoemde voorbeelden kunnen zonder meer als uitzonderingen worden gekwalificeerd. Naar mijn idee kunnen dit Hof, maar ook andere rechters, meer duidelijkheid en voorspelbaarheid van hun rechtspraak bereiken door deze strategie vaker en beter overwogen in te zetten.

---

58 Zie uitgebreider Scalia 1989, p. 1179. Vgl. in dit opzicht ook de uitspraak van het EHRM in de zaak *Evans/Verenigd Koninkrijk* (EHRM 7 maart 2006, nr. 6339/05, n.n.g.). Deze zaak had betrekking op het bestaan van een algemene regel in de Engelse wetgeving, op grond waarvan beide ouders hun toestemming moesten geven voor het terugplaatsen van bevruchte eicellen om op die manier een zwangerschap mogelijk te maken. Volgens klaagster zou deze regel een hardheidsclausule moeten bevatten, die het voor de rechter mogelijk zou maken om in voorkomende gevallen voorrang te geven aan de wensen van één van de ouders. Een dergelijke hardheidsclausule zou de rechter dwingen tot het maken van een belangenafweging. Het EHRM gaf echter aan dat het EVRM zelf een dergelijke individuele afwegingsmogelijkheid niet steeds vereist, nu deze ‘... would not only have given rise to acute problems of evaluation of the weight to be attached to the respective rights of the parties concerned ... but would also have created ‘new and even more intractable difficulties of arbitrariness and inconsistency’” (§ 65, onder verwijzing naar de uitspraak van het Engelse Court of Appeal). Weliswaar is hier geen sprake van categorisering door de rechter zelf, maar het EHRM maakt duidelijk dat er belangrijke voordelen van rechtszekerheid en publiek vertrouwen kunnen zijn verbonden aan het werken met een ‘clear or ‘bright-line’ rule’ (§ 65). In sommige gevallen is die rechtszekerheid in de visie van het Hof te prefereren boven een oplossing die is toegesneden op het individuele geval.

59 Zo geven Gunther en Sullivan aan dat het aantal zaken over ‘obscene publications’ voor het Supreme Court sterk is afgenomen nadat het Supreme Court in een relatief duidelijke uitspraak had aangegeven welke publicaties wel en niet onder de reikwijdte van de vrijheid van meningsuiting vielen (Gunther/Sullivan 1997, p. 1142).

60 De wens dat het EHRM duidelijkere uitspraken doet is in de literatuur vaak geuit. Zie bijv. Van Dijk 2003, p. 398/399 en Lawson 2003, p. 125.

61 Zie bijv. Gottlieb 1994, p. 856, waar hij heel voorzichtig aangeeft dat ‘decision-making shortcuts’, zoals hij vormen van categorisering aanduidt, bij minder belangrijke beslissingen nuttig kunnen zijn. De grootste voorvechter van categorisering (en een geducht criticus als het gaat om belangenafwegingen) is de Amerikaanse rechter Scalia. Zie vooral Scalia 1989, maar ook talrijke opinies; een nadere analyse daarvan is te vinden bij Sullivan 1992, p. 77 e.v.

Daarbij moeten zij zich wel realiseren dat categoriseren geen oplossing is voor alle problemen. Ook het proces van categoriseren vergt immers een weging van belangen.<sup>62</sup> Het scheppen van de voorrangregel in het belastingrecht kon bijvoorbeeld alleen plaatsvinden nadat de Hoge Raad een afweging had gemaakt tussen het gelijkheidsbeginsel en het legaliteitsbeginsel, waarbij het tot de conclusie kwam dat het gelijkheidsbeginsel in bepaalde gevallen het zwaarst moet wegen.<sup>63</sup> Ook het kwalificeren van onderscheid op grond van ras als ‘verdacht’, vergt een abstract rechterlijk oordeel over de mogelijke rechtvaardigingen die voor een dergelijk onderscheid te geven zijn en, vervolgens, over de afweging tussen die rechtvaardigingen en het recht op gelijke behandeling. Ten slotte baseerde het Supreme Court de uitsluiting van ‘obscene publications’ van het Eerste Amendement zelfs uitdrukkelijk op een belangenafweging.<sup>64</sup> De in paragraaf 2 genoemde problemen spelen ook bij deze afwegingen een rol. Ook hier spelen immers vragen naar de definitie en de vergelijkbaarheid van belangen, maar ook naar de capaciteiten van een rechter om hierover een objectief oordeel te vellen.

Het belangrijkste verschil met, en het belangrijkste voordeel ten opzichte van *ad hoc* belangenafwegingen, is erin gelegen dat de afweging maar één keer gemaakt hoeft te worden. Is dat eenmaal gebeurd, dan kan de op die manier gevormde regel steeds weer worden toegepast. Dat is een groot voordeel vanuit het perspectief van duidelijkheid, voorspelbaarheid en rechtszekerheid, en vermindert het risico van subjectieve oordeelsvorming in een groot aantal concrete gevallen. Aan al die duidelijkheid is echter ook een nadeel verbonden. De grote waarde van concrete belangenafwegingen is nu juist gelegen in de mogelijkheid van flexibiliteit en van ‘Einzelfallgerechtigkeit’.<sup>65</sup> Per concreet voorliggend geval kan de rechter nagaan of de inbreuk op het grondrecht redelijk is, gelet op alle omstandigheden van het geval. Dit maatpak van de individuele belangenafwegingen wordt bij categorisering vervangen door een

---

62 Zie ook Van Drooghenbroeck 2001, p. 287/288. In de Amerikaanse literatuur wordt dit wel aangeduid als ‘definitional balancing’ ter onderscheiding van ‘ad hoc balancing’; met dit laatste begrip wordt een concrete belangenafweging in een individueel geval aangeduid; zie Aleinikoff 1987, p. 948, die ook aangeeft dat beide vormen van belangenafweging vergelijkbare problemen kennen. Zie over dit onderscheid ook Henkin 1978, p. 1027/1028. Dit is hoogstens iets anders in het genoemde voorbeeld van de zaak *Enhorn* (noot 55), waarbij het EHRM niet zozeer belangen afweegt, als wel een kader scheidt die de afweging in een concreet geval kan sturen.

63 Dit blijkt ook uitdrukkelijk uit de uitspraak, waarin de Belastingkamer stelt dat ‘aan dit beginsel [het gelijkheidsbeginsel, JHG] bij een afweging als vermeld [tegen het legaliteitsbeginsel, JHG] doorslaggevende betekenis moet worden toegekend’ (HR 6 juni 1979, *BNB* 1979/211, m.nt. Scheltens).

64 ‘... [S]uch utterances are no essential part of any exposition of ideas, and are of such slight social value as a step to truth that any benefit that may be derived from them is clearly outweighed by the social interest in order and morality’ (*Chaplinsky v. State of New Hampshire*, 316 U.S. 568 (1942), op 572).

65 Zie nader Van Drooghenbroeck 2001, p. 652 en 731.

confectiepak, en zo'n pak zit lang niet iedereen goed.<sup>66</sup> Soms voelt de rechter zich zelfs genoodzaakt om zich met naald en draad aan het werk te zetten om kleine aanpassingen te verrichten.<sup>67</sup> Zo moest het Amerikaanse Supreme Court in 2003 constateren dat onderscheid op grond van ras in bijzondere omstandigheden, zoals die van het bevorderen van een diverse studentenpopulatie, toch wel redelijk kan zijn.<sup>68</sup> Ook het EHRM heeft moeten erkennen dat het uitsluiten van de wens om een gezin te stichten niet altijd tot redelijke resultaten leidt, hetgeen het soms oplost door deze wens onder de reikwijdte van het recht op bescherming van het privé-leven te vatten.<sup>69</sup> Al die kleine aanpassingen en wijzigingen zijn ingegeven door een concreet oordeel over de betrokken belangen en laten zien dat categorisering niet steeds de oplossing is.<sup>70</sup> Categorisering is een bruikbare strategie als het gaat om goed af te bakenen situaties (zoals die van een 'nog niet bestaand gezinsleven' of de voorangsregel in het belastingrecht), of als het gaat om gevallen waarbij de uitkomst van de afweging weinig discutabel is (zoals bij gelijkheid op grond van ras). De strategie is naar mijn idee minder bruikbaar in gevallen waarin zich een veelheid van belangen voordoet van gelijk gewicht, waarin discussie mogelijk is over de vraag welk belang de doorslag moet geven, waarin moeilijk grenzen te trekken zijn tussen feitelijke situaties, of waarin de mogelijkheid om recht te doen aan individuele omstandigheden belangrijker is dan het creëren van rechtszekerheid. Anders gezegd: categoriseren kan een goede oplossing zijn, en ik denk dat rechters er meer gebruik van kunnen en moeten maken, maar ze moeten zich daarbij beperken tot situaties en omstandigheden

66 Vgl. ook Sullivan 1992, p. 62/63, die nog wijst op enkele andere voor- en nadelen van de strategieën van categorisering en belangenafweging.

67 Ook Aleinikoff wijst hierop (1987, p. 979/980). Vgl. ook Sullivan, die aangeeft dat de categoriseringsbenadering van Scalia soms noodzaakt tot dusdanig veel uitzonderingen dat van een harde regel nauwelijks nog sprake is (1992, p. 87); kritisch is ook Schauer 2005, p. 44.

68 Zie *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003). Enkele nadelige gevolgen van de mechanische toepassing van de *strict scrutiny*-test heb ik belicht in mijn dissertatie; zie Gerards 2002, p. 507. Een flexibeler test zou in veel gevallen van ongelijke behandeling tot billijkere resultaten kunnen leiden.

69 Zie recentelijk bijvoorbeeld de zaak *Evans/VK* (EHRM 7 maart 2006, nr. 6339/05, n.n.g.), waarin het Hof aangaf dat de wens om een IVF-behandeling te ondergaan en moeder te worden deel uitmaken van het privé-leven van klager (§ 57). Vgl. ook de eerder genoemde zaak *Fretté/Frankrijk*, waarin de mogelijkheid van adoptie via het recht op gelijke behandeling toch onder de reikwijdte van art. 8 EVRM werd begrepen (EHRM 26 februari 2002, *Fretté/Frankrijk*, Reports 2002-I, EHRC 2002/30 (m.nt. Janssen en Gerards), NJ 2002/553 (m.nt. SW), NJCM-Bull. 2002, p. 1044 (m.nt. PaB), § 32).

70 Er zijn bovendien nog andere problemen verbonden aan categorisering. Schauer heeft bijvoorbeeld overtuigend uitgelegd dat het stellen van een hoofdregel op basis van een concrete zaak waarin zich een bepaalde rechtsvraag voordoet, in veel gevallen leidt tot 'rule-making distortions': de regel is niet objectief, maar sterk geïnspireerd door de (vaak niet-representatieve feiten) van de zaak waarin hij is geformuleerd (Schauer 2005, p. 30-32).

die zich hiervoor daadwerkelijk lenen.<sup>71</sup> Daarbij is het van belang de verschillende mogelijke typen van categorisering in het oog te houden. Waar de voorrangsregel zoals gecreëerd door de Nederlandse belastingkamer of de rigide, zeer strikte test van het Supreme Court voor veel gevallen onbruikbaar zal zijn, zal het in veel gevallen gemakkelijker zijn om 'hulpregels' te creëren zoals het EHRM dat deed in de zaak *Enhorn*. Het is vooral deze laatste mogelijkheid die voor de praktijk goede aanknopingspunten lijkt te bieden.

### 3.2.2 Exclusionary reasons

De eerste oplossingsrichting heb ik daarmee nagenoeg besproken. Ter afsluiting wijs ik nog op een interessante variatie op het thema van categorisering. De Amerikaanse rechtswetenschapper Pildes heeft gepleit voor een concept van 'exclusionary reasons'.<sup>72</sup> Volgens dat concept kunnen bepaalde algemene belangen, argumenten of doelstellingen nooit worden geaccepteerd als rechtvaardiging van de inbreuk op een grondrecht.<sup>73</sup> Als dergelijke argumenten toch worden aangevoerd, kan de rechter volstaan met te verwijzen naar de ontoelaatbaarheid van deze argumenten. De noodzaak om deze nog af te wegen tegen de aangetaste belangen komt daarmee te vervallen.<sup>74</sup> Dit concept

---

71 Daarbij moeten ze vanzelfsprekend hun oordeel steeds goed motiveren. Dit is vooral een probleem bij het Straatsburgse Hof. Hierboven is al gewezen op de uitspraak van het EHRM in *Evans/Verenigd Koninkrijk* (zie hiervoor noot 69), waarin het Hof aangaf dat categorisering (in dat geval door de wetgever) zeer wenselijk kan zijn vanuit het perspectief van rechtszekerheid. In een andere uitspraak gaf het juist te kennen dat een algemene regel (in dat geval betreffende een volledige uitsluiting van gevangenen van het kiesrecht) in strijd zou komen met de Conventie: Such a general, automatic and indiscriminate restriction on a vitally important Convention right must be seen as falling outside any acceptable margin of appreciation, however wide that margin might be...'. In dit geval was volgens het Hof dus *wel* een 'maatpakbenadering' nodig; het rechtszekerheidsargument speelde kennelijk geen rol. Door deze ogenschijnlijk tegenstrijdige rechtspraak kunnen alleen op basis van een scherpe analyse van de feiten en omstandigheden in conclusies worden getrokken over de vraag wanneer het Hof categorisering nu wenselijk vindt en wanneer niet. Het Hof zelf heeft uitspraken als de genoemde in ieder geval nog niet met elkaar in verband gebracht, noch heeft het criteria gegeven om te kunnen bepalen of categorisering wenselijk is. Hoewel het in deze uitspraken steeds categorisering betreft die door de wetgever gemaakt zijn, bestaan deze onduidelijkheid en onzekerheid ook ten aanzien van de categorisering die door het Hof zelf gemaakt worden in de vorm van (impliciete) hoofdregels en presumpties.

72 Pildes 1994, p. 711 e.v. Hetzelfde concept komt naar voren onder andere benamingen, zoals de 'forbidden interest rule' (Green 1998, p. 469 e.v.). Green wijst ook op de tegenovergestelde mogelijkheid, namelijk die van 'mandatory interest rules' – daarbij geldt dat de rechter aangeeft dat een beperking slechts gericht mag zijn op behartiging van één bepaald (type) belang. Is de beperking gericht op andere belangen, dan is deze ontoelaatbaar; ook dan is een nadere afweging van belangen niet vereist (p. 460 e.v., met voorbeelden uit de Amerikaanse rechtspraak).

73 Pildes 1994, p. 712 en 726.

74 Pildes 1994, p. 714.

heeft in de rechtspraak ook wel ingang gevonden, zij het slechts in een beperkt aantal gevallen. Zo heeft het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen wel aangegeven dat puur budgettaire overwegingen geen voldoende rechtvaardiging kunnen vormen voor een ongelijke behandeling op grond van geslacht.<sup>75</sup> Op dezelfde manier heeft het EHRM aangenomen dat overbelasting en werkdruk geen gegronde redenen vormen voor te lange procedures voor de nationale rechter.<sup>76</sup> Het voordeel van dit soort 'uitgesloten redenen' is dat de rechter hierdoor gemakkelijker een oordeel kan geven over een belangenafweging die door wetgever of bestuur gemaakt is. Als immers argumenten zijn aangevoerd die vallen onder één van de uitgesloten redenen, dan hoeft de rechter daarnaar niet meer te kijken. De aantasting van het individuele belang kan dan hoogstens nog worden gerechtvaardigd door andere algemene belangen, die niet tot de uitgesloten categorieën behoren.<sup>77</sup>

Natuurlijk zijn ook aan deze oplossing nadelen verbonden. Zo vergt het formuleren van uitgesloten redenen opnieuw een belangenafweging: vastgesteld moet immers worden of het redelijk is dat bepaalde doelstellingen een belangen aantasting nooit kunnen rechtvaardigen. Ook is zo'n abstracte uitsluiting maar in een relatief klein aantal gevallen nuttig. Er is immers geen heel groot aantal goed omschrijfbaar situaties denkbaar waarin een bepaalde reden of doelstelling geheel uitgesloten moet worden geacht.<sup>78</sup> Toch kan het werken met dit soort categorieën het beoordelen van belangenafwegingen voor de rechter vergemakkelijken en moet verder worden onderzocht welke mogelijkheden dit concept voor de rechtspraak biedt.<sup>79</sup>

---

75 HvJ EG 24 februari 1994, zaak C-343/92, *Roks*, Jurispr. 1994, I-571, punt 35/36 en HvJ EG 20 maart 2003, *Kutz-Bauer*, Jurispr. 2003, I-2741, punt 59/60.

76 Zie reeds EHRM 10 juli 1984, *Guincho/Portugal*, Series A, Vol. 81, § 38.

77 Hoewel Green erop wijst dat verschil kan worden gemaakt tussen zwakke en sterke uitgesloten redenen. Bij sterke uitgesloten redenen is de gerichtheid daarop zo onacceptabel, dat de beperking ook niet meer kan worden gered door eventuele *wel* toelaatbare redenen (Green 1998, p. 471).

78 Voor een categorie zoals de genoemde budgettaire doelstellingen voor het HvJ EG is dit bijvoorbeeld al lastig. Er zijn immers omstandigheden denkbaar waarin budgettaire doelstellingen heel wel een rechtvaardiging kunnen opleveren. Bovendien bestaat hierover geen consensus. In de zaak *Hoogendijk/Nederland* nam het EHRM bijvoorbeeld wel aan dat financiële overwegingen een redelijke rechtvaardiging kunnen vormen voor (indirect) onderscheid naar geslacht (EHRM 6 januari 2005, *EHRC* 2005/24 (m.nt. Gerards), *NJCM-Bulletin* 2005, p. 444 (m.nt. Hendriks) terwijl het ging om een feitelijk geheel vergelijkbare kwestie als die waarop de Luxemburgse rechtspraak betrekking heeft. Een absolute uitsluiting is dan ook eigenlijk alleen in evidente gevallen mogelijk (bijvoorbeeld uitsluiting van discriminatoire redenen of van redenen die strijdig zijn met de wet), of in gevallen waarin de uitsluiting zich beperkt tot een bepaald type feitelijke situaties.

79 Overigens kan in dit verband ook wetgeving een belangrijke rol spelen. Uit specifieke wetgeving kan bijvoorbeeld blijken dat bepaalde belangen niet in een bestuurlijke afweging betrokken hadden mogen worden. Het specialiteitsbeginsel kan dan behulpzaam zijn bij het beoordelen van de belangenafweging.

### 3.2.3 Instrumentaliteit

De strategie van categorisering vermindert de noodzaak voor de rechter om toe te komen aan een daadwerkelijke beoordeling van een concreet geval van belangenafweging. Er is echter nog een tweede mogelijkheid om dit te doen. Om die mogelijkheid te kunnen begrijpen als alternatief voor een concrete afweging, is het belangrijk om een zorgvuldiger onderscheid te maken dan gebruikelijk is tussen instrumentaliteit en proportionaliteit in strikte zin.<sup>80</sup> De notie van proportionaliteit in strikte zin houdt in dat er een evenwichtige verhouding moet bestaan tussen de belangen die door een maatregel worden aangetast en de belangen die daarmee worden gediend. Het is echter lang niet altijd nodig om te toetsen of zo'n evenwichtige situatie aanwezig is. In veel gevallen kan de rechter volstaan met de toetsing aan het vereiste van een redelijke verhouding tussen doel en middel. Deze notie veronderstelt dat de overheid zijn doelstellingen probeert te verwezenlijken door de keuze voor een *bepaalde* maatregel of een *bepaald* besluit. Belangrijk is dan dat een aantasting van individuele belangen niet altijd het gevolg hoeft te zijn van het feit dat de overheid ervoor kiest om bepaalde algemene belangen te behartigen, maar dat deze ook kan zijn veroorzaakt door een ongelukkige keuze van het instrument. De vraag naar de instrumentaliteit betreft dan ook de vraag of de overheid een redelijk middel heeft gekozen om zijn doelstellingen te realiseren. Denkbaar is bijvoorbeeld dat een bepaalde maatregel helemaal niet effectief is, waardoor de nagestreefde doelstellingen niet goed kunnen worden gerealiseerd. In dat geval heeft de maatregel alleen nog tot gevolg dat individuele belangen worden aangetast. Het is duidelijk dat dat onredelijk is, zonder dat ook nog een oordeel hoeft te worden gegeven over de afweging die aan het besluit ten grondslag lag.

Eenzelfde redenering kan worden gevolgd voor de vereisten van noodzakelijkheid en subsidiariteit.<sup>81</sup> Volgens deze vereisten moet een maatregel de minst belastende oplossing zijn om een bepaald algemeen belang te kunnen behartigen. Zijn er alternatieven waardoor individuele rechten minder zwaar wordt aangetast, maar die net zo effectief zouden zijn als het gaat om het behartigen van de algemene belangen, dan staat de redelijkheid in de weg

---

80 Zie Gerards 2005, p. 99 e.v. Zowel in literatuur als in jurisprudentie wordt dit onderscheid niet altijd zuiver gemaakt. Soms wordt het proportionaliteitsbeginsel zelfs gedefinieerd als het vereiste van een redelijke verhouding tussen doel en middel en wordt het element van belangenafweging als zodanig genegeerd; zie bijv. Schokkenbroek 1996, p. 197 e.v. In de rechtspraak is deze vermenging vooral zichtbaar in de jurisprudentie van het HvJ EG over de vier vrijheden (die door het HvJ EG zeker tot de fundamentele rechten worden gerekend!); zie nader Van Gerven 1999, p. 37/38. Voor voorbeelden zie HvJ EG 23 mei 1996, zaak C-237/94, *O'Flynn*, Jurispr. 1996, I-2617, punt 21/22 en HvJ EG 23 maart 2004, zaak C-138/02, *Collins*, Jurispr. 2004, I-2703, punt 72.

81 Zie voor het verschil tussen beide vereisten nader Gerards 2002, p. 692 e.v.

aan een keuze voor het meer belastende instrument.<sup>82</sup> Ook dan kan de maatregel in strijd worden verklaard met een grondrecht, zonder dat een vergelijking nodig is van moeilijk vergelijkbare belangen.<sup>83</sup>

Een toetsing van instrumentaaliteit lost opnieuw niet alle problemen op. Het kan voor een rechter moeilijk zijn om de effectiviteit of noodzaak van een maatregel vast te stellen en ook bij deze toetsing moet hij rekening houden met het feit dat overheidsinstellingen meestal beter zijn toegerust om de keuze voor het instrumentarium te beoordelen.<sup>84</sup> Toch laat de rechtspraak zien dat het waardevol is om een instrumentaaliteitstoets uit te voeren voordat wordt toegekomen aan een toetsing van de eigenlijke belangenafweging.<sup>85</sup> Vooral het Hof van Justitie van de EG maakt al veel gebruik van deze oplossing, zelfs zoveel dat het soms over het hoofd lijkt te zien dat een oordeel over instrumentaaliteit, bij gebleken geschiktheid en noodzakelijkheid van de maatregel, niet ook meteen een oordeel over de redelijkheid van de belangenafweging impliceert.<sup>86</sup> Andere rechters, zoals het Straatsburgse Hof, doen daarentegen nog maar weinig met deze toets.<sup>87</sup> Een meer structurele en methodisch beter uitgewerkte toetsing van instrumentaaliteit kan zeker een verheldering opleveren van de rechtspraak over grondrechten en kan voorkomen dat het Hof steeds weer in moet gaan op de redelijkheid van de op nationaal niveau gemaakte afweging.

### 3.2.4 Controle van de besluitvormingsprocedure

Zoals eerder aangegeven hebben veel procedures over grondrechten betrekking op verticale rechtsverhoudingen. De rechter toetst daarbij de redelijkheid van een maatregel of concreet besluit, genomen door een (lagere) wetgever of bestuursorgaan. De vraag is echter of zo'n inhoudelijke redelijkheidstoets steeds

---

82 Dit vereiste houdt ook verband met het principe van optimalisering; Als verschillende alternatieven beschikbaar zijn om een bepaald doel te bereiken, vereist dit principe dat dat alternatief wordt gekozen dat nog wel recht doet aan het nagestreefde belang, maar bovendien feitelijk het minst nadelig is voor de andere betrokken belangen. Zie voor verdere uitwerking Burg 2000, p. 141 e.v en Alexy 2002, p. 68. Vgl. ook Chang 1998, p. 1589 e.v.

83 Dat toetsing van instrumentaaliteit een goede oplossing vormt voor het probleem van incommensurabiliteit is vrij breed erkend. Zie bijv. Groenewegen 2005, p. 18/19.

84 Vgl. de verwijzingen bij De Lange 1991, p. 150 en zie zeer kritisch ook Bhagwat 1997, p. 322, waar hij aangeeft dat rechters ook bij een instrumentaaliteitstoets zeer manipulatief te werk kunnen gaan.

85 Ook in de literatuur is de waarde van de toetsing van instrumentaaliteit onderkend; zie bijv. Schlössels 1998, p. 183.

86 Voor voorbeelden zie de in noot 80 hierboven genoemde arresten. Zie nader ook Jans 2000, p. 248/249, waar hij aangeeft dat het Hof bij voorkeur een instrumentaaliteitstoets uitvoert en slechts bij hoge uitzondering toekomt aan een proportionaliteitstoets in strikte zin.

87 Vgl. ook Van Drooghenbroeck 2001, p. 190 en 218/219. Kritiek wordt vooral geleverd op het inconsistente gebruik van de doel-middeltoets; zie bijv. Kummeling 2001, p. 238/239.

nodig is. Een andere mogelijkheid is om de aandacht te concentreren op de procedure die heeft geleid tot het bestreden besluit. Is deze procedure zorgvuldig geweest, in die zin dat het besluit goed is voorbereid en alle betrokken belangen voldoende zijn meegewogen, dan kan wellicht worden verondersteld dat het resultaat van deze belangenafweging ook inhoudelijk redelijk is. Een dergelijke aanpak heeft een aantal voordelen. Belangrijk is allereerst dat op deze manier wordt voorkomen dat de rechter een inhoudelijk waardeoordeel moet vellen over de wijze waarop de bij de besluitvorming betrokken belangen tegen elkaar zijn afgewogen. Bovendien zal het toetsen van de wijze waarop de besluitvormingsprocedure is verlopen voor een rechter eenvoudiger zijn dan het beoordelen van de redelijkheid van een besluit. Ten slotte doet een op de besluitvormingsprocedure gerichte toetsing recht aan de ingewikkelde onderlinge verhouding tussen de rechter en de andere staatsmachten. Door de redelijkheid van het resulterende besluit te veronderstellen, toont de rechter bij uitstek respect voor de beleids- en beoordelingsvrijheid van wetgever of bestuursorgaan. Als het gaat om toetsing door de Europese hoven, biedt deze methode bovendien de mogelijkheid om een oordeel te geven over zaken waarin de nationale autoriteiten duidelijk 'better placed' zijn om de noodzaak en redelijkheid van een inbreuk te beoordelen.<sup>88</sup>

De procedurele toetsing is vooral herkenbaar in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. In toenemende mate onderscheidt dit Hof een materiële en een procedurele component in de grondrechten die in het EVRM zijn vervat.<sup>89</sup> Waar het moeilijk is om te concluderen dat de materiële component is geschonden, kan het Hof vaak wel vaststellen dat de nationale autoriteiten niet zorgvuldig genoeg hebben gehandeld.<sup>90</sup> De (impliciete) aanname lijkt dan te zijn dat door het ontbreken van procedurele zorgvuldigheid, de grondrechten ook in materieel opzicht onvoldoende kunnen worden gegarandeerd.<sup>91</sup> Een procedurele onzorgvuldigheid alleen is dan ook voldoende reden om een schending van het EVRM aanwezig te achten. Een voorbeeld hiervan is de Nederlandse zaak *Venema*, waarin het Hof concludeerde dat het onvoldoende betrekken van de ouders in een procedure over

---

88 Het gaat dan vooral om familierechtelijke zaken (bijvoorbeeld omgangsregelingen) of om het opleggen van straffen.

89 Dit is al lang het geval voor art. 2, 3 en 8. Recentelijk heeft het Hof ook bij art. 14 EVRM een dergelijk onderscheid gemaakt; zie EHRM 6 juli 2005 (GC), *Nachova/Bulgarije*, EHRC 2005/97, m.nt. Henrard, § 160 e.v.

90 Hier in de vorige genoemde arrest *Nachova* vormt hiervan een voorbeeld: hoewel het in dit geval niet mogelijk was om aan te tonen dat het gebruik van excessief politiegeweld een racistische basis had, was duidelijk dat onvoldoende onderzoek was verricht naar het bestaan van eventuele racistische motieven.

91 Vgl. ook *Nachova*, waarin het Hof stelde dat: '... the authorities' duty to investigate the existence of a possible link between racist attitudes and an act of violence is an aspect of their procedural obligations arising under Article 14 of the Convention, but may also be seen as implicit in their responsibilities under Article 2 to secure the enjoyment of the right to life without discrimination' (§ 161).

ondertoezichtstelling, een schending opleverde van het recht op bescherming van het gezinsleven van art. 8 EVRM.<sup>92</sup> Het Hof kwam daarbij niet meer toe aan de vraag of de uitkomst die in deze procedure was bereikt ook inhoudelijk in overeenstemming was met het EVRM.<sup>93</sup>

Nog interessanter zijn de zaken waarin het Hof een direct verband legt tussen de zorgvuldigheid van de besluitvormingsprocedure en de constatering van een schending van de *materiële* component van een grondrecht. In dit verband is een belangrijke uitspraak die in de zaak *Maurice*.<sup>94</sup> Deze zaak had betrekking op Franse wetgeving over de materiële kosten van kinderen die zijn geboren met een handicap, waarbij deze handicap het gevolg is van onzorgvuldig medisch handelen. De wetgeving had tot gevolg dat deze kosten niet meer via een schadevergoedingsactie voor de civiele rechter konden worden vergoed. In plaats daarvan werd een algemene sociale voorziening getroffen die gold voor alle kinderen met een handicap, ongeacht de oorzaak daarvan. De klagers stelden dat dit in strijd zou komen met het recht op respect voor het gezinsleven, in het bijzonder omdat de gerechtelijke vergoeding vermoedelijk hoger zou zijn geweest dan de nu toegekende sociale voorziening. Bij zijn beoordeling van deze klacht legde het Hof veel nadruk op het feit dat over deze kwestie een 'stormy, nation-wide debate' had plaatsgevonden, 'reflecting the major differences of opinion on the question within French society'. In de daarop volgende wetgevingsprocedure was uitgebreid gedebatteerd; daarbij waren alle relevante sociale, ethische en juridische aspecten aan de orde gekomen en waren de betrokken belangen gewikt en gewogen.<sup>95</sup> Zonder in te gaan op de inhoudelijke afweging die daarbij gemaakt werd, concludeerde het Hof dan ook dat '... there is no serious reason for the Court to declare contrary to Article 8 ... the way in which the French legislature dealt with the problem or content of the specific measures ...' en stelde vast dat deze bepaling niet geschonden was.<sup>96</sup>

Deze werkwijze lijkt een belangwekkend alternatief te vormen voor de inhoudelijke toetsing van belangenafwegingen, zeker waar gevoelige kwesties aan de orde zijn. Ook op deze methode is echter kritiek geuit. Deze kritiek is vooral

---

92 EHRM 17 december 2002, *Venema/Nederland*, EHRC 2003/17, § 98.

93 § 99: '... the competent authorities presented the applicants with *faits accomplis* without sufficient justification. This is enough for the Court to find that there has been a violation of Article 8 of the Convention'.

94 EHRM 6 oktober 2005, *Maurice/Frankrijk*, n.n.g. De parallelzaak *Draon/Frankrijk* is gepubliceerd in EHRC 2005/112.

95 § 121

96 §§ 124/125. Andersom resulteert juist het ontbreken van een goede besluitvormingsprocedure in het parlement soms in een schending; zie bijv. EHRM 6 oktober 2005 (GC), *Hirst/UK* (no. 2), EHRC 2005/115 (m.nt. Broeksteeg), *NJCM-Bull.* 2006, p. 234 (m.nt. Sackers), waarin het Hof veel waarde hecht aan het feit dat '... it cannot be said that there was any substantive debate by members of the legislature on the continued justification ... for maintaining such a general restriction on the right of prisoners to vote' (§ 79).

in het Verenigd Koninkrijk naar voren gekomen in reactie op een uitspraak van een nationaal Court of Appeal, waarin van een vorm van procedurele toetsing gebruik werd gemaakt om te kunnen beoordelen of een verbod van een school op het dragen van een bepaald type islamitische sluijer in overeenstemming was met de godsdienstvrijheid zoals gewaarborgd door art. 9 EVRM.<sup>97</sup> Deze benadering werd afgewezen door het House of Lords, dat aangaf dat de kern van grondrechtenbescherming door de rechter nu juist is gelegen in de mogelijkheid van een rechterlijke toetsing.<sup>98</sup> Wat telt is niet de kwaliteit van de besluitvormingsprocedure, maar juist de uitkomst daarvan – dit is dan ook hetgeen dat door de rechter op zijn waarde moet worden beoordeeld.<sup>99</sup> De procedurele benadering zou bovendien leiden tot ‘a new formalism’ and zou een ‘recipe for judicialisation on an unprecedented scale’ vormen.<sup>100</sup> Reden daarvoor is vooral dat de procedurele redenering ook kan worden omgekeerd. De aanname is dan dat bij een minder zorgvuldige procedure moet worden aangenomen dat het grondrecht op ongerechtvaardigde wijze is aangetast. Zeker als zeer strikte eisen zouden worden gesteld aan de procedure (zoals in de uitspraak van het Court of Appeals gebeurde), kan dit ertoe leiden dat ook te rechtvaardigen inbreuken onrechtmatig worden bevonden, enkel en alleen omdat een bestuursorgaan niet de juiste procedure heeft gevolgd.<sup>101</sup>

Deze kritiek is ongetwijfeld terecht. Zeker als sprake is van een ernstige aantasting van een grondrecht, wordt alleen recht gedaan aan individuele belangen door een zorgvuldig en inhoudelijk rechterlijk onderzoek uit te voeren naar de redenen voor deze aantasting. Ook moet overmatig formalisme worden voorkomen. Een meer op de procedure georiënteerde toetsing kan echter uitkomst bieden als er reden is voor een minder intensieve toetsing.<sup>102</sup>

---

97 Zie Court of Appeal 2 maart 2005, *R (SB) v. Governors of Denbigh High School* [2005] EWCA Civ 1999; [2005] 1 WLR 3372, vooral punt 76, 77 en 78 van de opinie van Brooke LJ.

98 House of Lords 22 maart 2006, *R (on the application of Begum) v. Headteachers and Governors of Denbigh High School* [2006] UKHL 15 (Lord Bingham of Cornhill, § 30).

99 *Idem*, § 31. Vgl. ook Davies 2005, p. 515.

100 *Idem*; zie ook Poole 2005, p. 691.

101 Kritisch hierover zijn Poole 2005, p. 689 en 693 en Davies 2005, p. 514. Belangrijk hierbij is bovendien dat het EHRM hierover, zoals hierboven aangegeven, anders lijkt te denken. De gedachte is dan echter niet zozeer dat precies een bepaalde procedure moet zijn gevolgd, waarbij die procedure haarfijn wordt uitgewerkt door het Hof, maar eerder dat in zijn algemeenheid moet vaststaan dat de besluitvorming is omkleed met voldoende waarborgen om (in beginsel) een redelijke uitkomst te kunnen garanderen.

102 Vgl. ook Davies 2005, p. 517. Ook kan deze methode een oplossing vormen voor toetsing door het EHRM in het geval waarin de belangen elkaar min of meer in evenwicht lijken te houden. Zie daarvoor de *dissenting opinion* van Thomassen in de zaak *Sezen/Nederland*, waar zij het volgende stelt: ‘... the conflicting interests are more or less in balance and a decision in either direction is arguable. In these circumstances, it seems to me that it should be left to the national authorities to balance the interests involved. Since the applicants’ interests have not been overlooked and reasonable and foreseeable legal principles were applied, I believe that the majority should have shown more restraint’ (EHRM 31 januari

Het is daarom zeker waardevol om nader onderzoek te verrichten naar deze mogelijkheid, zeker ook in verbinding met het hierna nog te bespreken onderwerp van de intensiteit van de rechterlijke toetsing.<sup>103</sup>

### 3.3 VERBETERING VAN DE TOETSING VAN DE BELANGENAFWEGING

#### 3.3.1 Definitie van de betrokken belangen

De oplossingsrichtingen die ik tot nu toe besproken heb, zijn alternatieven voor een toetsing van een belangenafweging. Hoewel die alternatieven waardevol zijn, heb ik ook aangegeven dat ze niet altijd bruikbaar zijn. Er zijn veel situaties denkbaar waarin een daadwerkelijke toetsing van een belangenafweging onontkoombaar is. Te denken valt aan de situatie waarin de rechter de instrumentaliteit van de inbreuk heeft beoordeeld, en tot de conclusie is gekomen dat de gekozen maatregel inderdaad een effectief en noodzakelijk middel vormde om de nagestreefde doelen te realiseren. In dat geval blijft de vraag open of, desondanks, niet sprake is van een dusdanig ernstige inbreuk op het grondrecht van het individu, dat de nagestreefde doelen daarvoor geen voldoende rechtvaardiging vormen. Als categorisering of een procedurele toetsing niet mogelijk of wenselijk zijn, is die vraag alleen te beantwoorden door het uitvoeren of toetsen van een belangenafweging. Naar mijn idee is ook daarbij een verandering van de rechtspraak mogelijk en wenselijk. In de eerste plaats valt winst te behalen op het niveau van de definitie van de in het geschil betrokken belangen. Zeker bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens kan hier het nodige worden verbeterd.<sup>104</sup> Dit Hof neemt op dit moment genoegen met erg breed en vaag geformuleerde algemene belangen, waarbij het zelden de vraag stelt naar de legitimiteit daarvan en nauwe-

---

2006, EHRC 2006/34, m.nt. Woltjer, *dissenting opinion* Thomassen, punt 8).

103 Het is mogelijk om de zorgvuldigheid van de procedure niet zozeer te beschouwen als een inhoudelijke toets, maar meer als een hulpstuk voor het vaststellen van de intensiteit van de toetsing. Als de procedure heel zorgvuldig is geweest, kan de rechter volstaan met een heel marginale, inhoudelijke toets van de gemaakte afweging, terwijl een onzorgvuldige procedure kan vragen om een intensievere toets. Zie voor een dergelijke benadering bijv. EHRM 28 maart 2006, *Sukhovetskyj/Oekraïne*, waarin het Hof eerst vaststelde dat de litigieuze inbreuk het resultaat was van een uitgebreide parlementaire discussie en onderzoek door het nationale constitutionele hof (§ 65), waarna het oordeelde dat een zeer ruime *margin of appreciation* moest worden toegekend (§§ 68/69); inderdaad was het daarna verrichte, inhoudelijke onderzoek van de rechtvaardiging vrij oppervlakkig (§§ 70/71/72). Weliswaar legde het Hof in deze zaak geen rechtstreeks verband tussen procedurele zorgvuldigheid en toetsingsintensiteit, maar dit verband lijkt impliciet zeker aanwezig te zijn. Ook de in de vorige noot genoemde *dissenting opinion* van rechter Thomassen biedt een illustratie van deze benadering.

104 Zie voor kritiek op de benadering van het Hof ook Van Drooghenbroeck 2001, p. 307.

lijks probeert de betrokken algemene belangen verder te concretiseren.<sup>105</sup> Zelfs in de rechtspraak over het bepalen van positieve verplichtingen zijn voorbeelden te zien waarin het Hof alleen melding maakt van uiterst vage belangen als 'de bevordering van de economie' of 'het verbeteren van het algemeen welzijn'.<sup>106</sup> Het is dan erg moeilijk om een goed oordeel te kunnen geven over de gemaakte belangenafweging en de door het Hof gedane uitspraak – onduidelijk blijft immers welke grootheden nu eigenlijk tegenover elkaar staan.<sup>107</sup> De oppervlakkige benadering van het Hof maakt het bovendien moeilijk om een oordeel te geven over de legitimiteit van de betrokken belangen, terwijl dat een belangrijk onderdeel van de toetsing zou moeten zijn. Als immers duidelijk is dat een staat ontoelaatbare doelstellingen probeert te verwezenlijken, kan de zaak worden afgedaan wegens het ontbreken van een legitiem doel en is een oordeel over de afweging niet meer noodzakelijk.

Toch is de houding van het Hof wel begrijpelijk. Een goede definitie van de betrokken belangen en de legitimiteit daarvan vergt het nodige van de rechter. Het is niet altijd eenvoudig om te achterhalen welke doelstellingen aan een bepaald handelen van de overheid ten grondslag liggen, terwijl bovendien geldt dat al deze doelstellingen op meer of minder concreet niveau kunnen worden gedefinieerd. Voor een aantal van deze praktische en principiële belemmeringen zijn echter wel oplossingen denkbaar.<sup>108</sup> Zonder daar nu te diep op in te willen gaan, merk ik op dat de rechter in veruit de meeste gevallen af kan gaan op de stellingen van partijen.<sup>109</sup> Daarin moet hij dan wel een actieve houding kiezen.<sup>110</sup> Als partijen niet vanzelf ingaan op de kwestie, of volstaan met het aanvoeren van heel algemeen geformuleerde doelstellingen of belangen, is het aan de rechter om door te vragen en te achterhalen welke belangen nu eigenlijk op het spel staan. Alleen dan kan hij immers een oordeel geven over de legitimiteit van die belangen, maar ook over de redelijkheid van het gekozen instrument. Alleen dan ook kan hij een objectief oordeel geven over de manier waarop die belangen tegen elkaar zijn afgewogen.

---

105 Zie reeds Schokkenbroek 1996, p. 188.

106 Vgl. Arai-Takahashi 2002, p. 16, die naar aanleiding hiervan opmerkt dat het Hof de proportionaliteitstoets vooral retorisch gebruikt. Zij geeft aan dat het Hof niet alleen het algemeen belang vaak erg vaag en algemeen formuleert, maar dat het ook het individuele grondrecht te weinig concretiseert.

107 Zie ook Nieuwenhuis 1997, p. 84, die aangeeft dat een belangenafweging alleen goed kan plaatsvinden als de belangen ook echt worden uitgesproken.

108 In mijn proefschrift over rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel heb ik daaraan aandacht besteed; zie Gerards 2002, p. 35 e.v. en p. 679 e.v.

109 Gerards 2002, p. 680.

110 Hoe actief deze houding moet zijn, is ook afhankelijk van de gekozen toetsingsintensiteit. Zie Gerards 2002, p. 680 en hierna par. 3.4.

### 3.3.2 Gewicht, abstractiegraad en ongelijkwaardigheid

Het tweede inherente probleem van belangenafwegingen, namelijk dat van de verschillen in abstractiegraad en gewicht van de betrokken belangen, lijkt moeilijker oplosbaar. De kunst lijkt hier allereerst om te proberen de abstractiegraad van de betrokken belangen naar elkaar toe te halen.<sup>111</sup> Het is belangrijk om dit te doen, niet alleen omdat op die manier de belangen beter vergelijkbaar worden gemaakt, maar ook omdat het abstractieniveau waarop een belang wordt gedefinieerd bepalend kan zijn voor het gewicht dat aan een belang wordt toegekend. In het algemeen kan worden gezegd dat, naarmate een belang algemener is gedefinieerd, de neiging bestaat hieraan meer waarde toe te kennen.<sup>112</sup> Door strijdende belangen op verschillende abstractieniveaus te definiëren, kan de afweging worden gemanipuleerd of in ieder geval worden beïnvloed.<sup>113</sup> Zo wijzen Tribe en Dorf op een verschil tussen de meerderheidsopinie en de dissenters in de Amerikaanse zaak *Bowers v. Hardwick*, die betrekking had op een verbod op sodomie.<sup>114</sup> Volgens de meerderheid was de concrete voorliggende vraag of 'the Federal Constitution confers a fundamental right upon homosexuals to engage in sodomy',<sup>115</sup> terwijl de dissenters vonden dat de zaak 'the most comprehensive of rights and the right most valued by civilized men' betrof, te weten 'the right to be let alone'.<sup>116</sup> In beide gevallen gaat het om een nadere definitie van het hier ingeroepen grondrecht, het recht op bescherming van het privé-leven. Uit de abstractiegraad waarmee de rechters van het Supreme Court het individuele belang nader definiëren, blijkt echter meteen hoeveel belang zij aan dit recht toekennen. Het ligt dan ook

---

111 Vgl. ook Coffin 1988, p. 29. Zo'n gelijktrekking van het abstractieniveau moet zeker plaatsvinden als de rechter ook nog onderscheid maakt tussen een abstracte toetsing van proportionaliteit (d.w.z. toetsing op het niveau van de vraag of een wettelijke regeling in zijn algemeenheid verenigbaar kan worden geacht met een bepaald grondrecht) en een concrete toetsing van proportionaliteit (d.w.z. toetsing van de vraag of een algemene regeling in een individueel geval tot onredelijke consequenties heeft geleid). In het eerste geval zal altijd een vertaling van het individuele belang van de klager naar een meer abstract niveau nodig zijn, terwijl in het tweede geval juist een concentratie dient plaats te vinden op de concrete belangen en moet worden bekeken hoe groot het belang van de staat is bij het overeind houden van zijn doelstellingen in dat concrete geval. Zie voor een mooie toepassing van dit laatste de uitspraak van het Amerikaanse Supreme Court in *Gonzales v. O Centro Espirita Beneficente Uniao do Vegetal*, \_U.S.\_ (2006). Over de vraag op welk van beide niveaus de toetsing plaats moet vinden bestaat in de literatuur en rechtspraak weinig eenduidigheid; ik zal hierop in het kader van deze rede niet verder ingaan. Zie voor uitgewerkte stellingen en voor een overzicht van de rechtspraak o.a. Zoethout 2005, p. 32 en Gerards 2005, p. 96-98.

112 Green 1998, p. 453 e.v.

113 Green 1998, p. 457.

114 478 U.S. 186 (1986); zie Tribe/Dorf 1990, p. 1065.

115 478 U.S., op 190.

116 478 U.S., op 199 (J. Blackmun, dissenting).

voor de hand dat de meerderheid in deze zaak een uitkomst bereikten die volkomen tegengesteld was aan die van de dissenters.<sup>117</sup>

Als zo goed mogelijk wordt geprobeerd om het abstractieniveau van de verschillende belangen gelijk te trekken, wordt het dus niet alleen gemakkelijker om de belangen tegen elkaar af te wegen, maar wordt de afweging ook meer waardenneutraal. Terugkerend naar het geval van de slechtziende mevrouw Tysiac, betekent dit dat het nodig is om haar heel concrete, persoonlijke belang te vertalen naar een algemener belang, namelijk dat bij bescherming van de individuele keuzevrijheid en bij bescherming van de gezondheid. Het wordt dan al iets gemakkelijker om deze belangen te vergelijken met het heel abstracte belang dat in dit geval wordt behartigd door de Poolse regering, te weten het belang bij bescherming van ongeboren leven.<sup>118</sup> Overigens is het andersom mogelijk om het Poolse belang te concretiseren, bijvoorbeeld door het te vertalen naar het concrete recht op leven van *deze* ongeboren vrucht. Dat recht is dan beter te vergelijken met het concrete belang van de moeder dan het abstracte belang zoals geformuleerd door de Poolse regering.<sup>119</sup>

Met het gelijk trekken van het abstractieniveau is echter nog niets gezegd over het gewicht van de verschillende belangen en over hun onderlinge vergelijkbaarheid. Lastig hierbij is dat er maar weinig eenduidigheid is over de vraag of het gewicht van de diverse belangen moet worden bepaald voor elk van de betrokken belangen *als zodanig*, of dat het steeds nodig is het gewicht van de belangen te bepalen *in relatie tot elkaar*. Deze keuze kan worden vergeleken met verschillende soorten weegschalen. Een personenweegschaal, zoals die in de badkamer staat, kan iemands gewicht bepalen zonder deze persoon daarbij te vergelijken met een ander. Een weegschaal zoals Vrouwe Justitia die in de hand heeft werkt anders. Deze weegschaal heeft twee schalen, waarmee niet zozeer het gewicht wordt bepaald van de *afzonderlijke* grootheden die in de schalen worden geplaatst, als wel het gewicht van die grootheden

---

117 Volgens de meerderheid raakte het sodomieverbod geen constitutioneel beschermd recht, zodat het ook niet in strijd kon worden geacht met de grondwet. De minderheid gaf aan dat het recht wel onder het bereik van de 'Substantive Due Process Clause' viel en dat het verbod daarmee kennelijk in strijd was.

118 Deze benadering is zichtbaar bij Smith 1998, p. 178.

119 Over de richting waarin het abstractieniveau gelijk moet worden getrokken kan worden gediscussieerd. Veruit de meeste auteurs geven echter aan dat belangenafwegingen zo concreet mogelijk moeten zijn en dat daarbij zo goed mogelijk rekening moet worden gehouden met de concrete omstandigheden van het geval (vgl. bijv. De Lange 1994, p. 280). Dat heeft niet alleen het voordeel dat zo goed mogelijk recht kan worden gedaan aan het individuele geval (Aleinikoff 1987, p. 982), maar ook dat de belangenafweging geen bredere draagwijdte kan krijgen dan alleen die van het voorliggende geval – de precedentwerking blijft daardoor beperkt (vgl. Coffin 1988, p. 33). Bovendien is dit in overeenstemming met de eerder geuite wens dat rechters de betrokken belangen beter en op een minder hoog abstractieniveau definiëren.

in relatie tot elkaar. Interessant is nu dat we, als het gaat om belangenafweging, meteen het beeld voor ogen krijgen van de weegschaal van Vrouwe Justitia. We willen immers weten of één belang duidelijk zwaarder weegt dan het andere, en dat betekent dat we kijken naar hun onderlinge relatie. De metafoor is echter veel ingewikkelder dan dit bekende beeld ons voorspiegelt. Belangrijk is immers dat een weegschaal met de twee schalen uiteindelijk toch weegt met behulp van een gemeenschappelijk criterium: het gewicht gemeten in kilo's en grammen. Een balans zal niet doorslaan als aan de ene kant een pak veren en aan de andere kant een blok lood wordt gelegd, als het gewicht in grammen van de veren en het lood identiek zijn. Het probleem is dat ontastbare zaken als belangen nu juist niet in kilo's en grammen kunnen worden uitgedrukt.<sup>120</sup> Het is ook moeilijk om een andere, uniforme standaard te vinden die kan dienen om belangen met elkaar te vergelijken.<sup>121</sup> In de rechtseconomie zijn wel pogingen gedaan om ieder belang in geld uit te drukken, zodat de waarde in geld kan worden gebruikt als universele maatstaf.<sup>122</sup> Inderdaad is dit een mogelijkheid, maar principiële en praktische overwegingen kunnen in de weg staan aan deze werkwijze. Zo is het zowel principieel als praktisch bijna onmogelijk om aan te geven wat de financiële waarde is van het recht op bescherming van ongebooren leven, of om te beslissen hoe kostbaar een leven zonder blindheid is.<sup>123</sup>

---

120 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'.

121 Vgl. Aleinikoff 1987, p. 973.

122 Nader Schauer 1994, p. 788.

123 Zie ook Sunstein 1997, p. 236. Het voorbeeld raakt de fundamentele discussie over de financiële waardeerbaarheid van een (waardig) mensenleven. In de rechtseconomie wordt hierover nuchter gedacht. Uit economisch en econometrisch onderzoek is gebleken dat het mogelijk is om de statistische waarde van een mensenleven of een leven in gezondheid op geld te waarderen; de schattingen van de waarde van een mensenleven lopen uiteen van 2 tot 7 miljoen Euro (zie Suurmond/Van Velthoven 2005, p. 5). Als het gaat om overheidsinvesteringen in het kader van de verkeersveiligheid kan dit soort statistische waarden een rol spelen bij de afweging: moeten inderdaad tientallen miljoenen worden geïnvesteerd als dit slechts een statistische vermindering met twee of drie verkeersdoden oplevert? Op het gebruik van dit soort puur financiële waarderingen is echter belangrijke kritiek mogelijk (Nieuwenhuis 2005(b), p. 179/180); het gebruik van zo'n waardering in belangenafwegingen als die in *Tysiac* is dan ook niet zonder meer voor de hand liggend. Dit wordt geïllustreerd door een recente uitspraak van het Bundesverfassungsgericht (15 februari 2006, 1 BvR 357/05) over de wettelijke bevoegdheid om een gekaapt passagiersvliegtuig uit de lucht te schieten, als is gebleken dat de kapers het toestel willen laten neerstorten op een bewoond gebied. Daarbij botst het recht op leven van de inzittenden met het recht op leven van degenen die anders het slachtoffer worden van het neerstorten van het vliegtuig. De overheid dient beide rechten te respecteren, waarbij kan worden aangenomen dat die rechten ongeveer even zwaar wegen. Op zichzelf zou hier een numerieke vertaling mogelijk zijn (dus nog niet eens een financiële!): als het aantal doden dat verwacht wordt als gevolg van een aanslag groter is dan het aantal doden door het neerschieten van het vliegtuig, moet de afweging welhaast uitvallen in het voordeel van het eerste. Dat vergt echter dat het leven van mensen op deze manier gewaardeerd en ver-

Wil de metafoor van de belangenafweging bruikbaar zijn, dan zullen de belangen dus op een andere manier met elkaar moeten worden vergeleken. Een eerste mogelijke stap daarbij kan zijn gelegen in het bepalen van het gewicht dat elk van de betrokken belangen *als zodanig* toekomt. Als deze meting laat zien dat één van de belangen heel zwaarwegend is, is het gemakkelijker om dit belang te vergelijken met de andere betrokken belangen.<sup>124</sup> Als bijvoorbeeld duidelijk is dat de overheid een uiterst zwaarwegend belang nastreeft, terwijl het geraakte individuele belang geen groot gewicht toekomt, kan relatief eenvoudig worden vastgesteld dat aan het overheidsbelang de doorslag moet worden gegeven.<sup>125</sup>

Vanuit dit uitgangspunt is het waardevol om nader onderzoek te verrichten naar de methoden die in literatuur en rechtspraak zijn gevonden om het intrinsieke gewicht van belangen te beoordelen. Interessant is namelijk dat het vaststellen van het intrinsieke gewicht van belangen in de praktijk wel ingang heeft gevonden. Een onuitgesproken uitgangspunt daarbij lijkt te zijn dat het misschien moeilijk is om het gewicht van een belang te bepalen in relatie tot een volledig ander belang (bijvoorbeeld het individuele recht op privacy tegenover het algemene belang bij terrorismebestrijding), maar dat het gemakkelijker is om dit te doen als het gaat om 'verwante' belangen.<sup>126</sup>

---

geleken kan worden. Het Bundesverfassungsgericht ging er in zijn uitspraak van uit dat dit niet mogelijk is. De bedoelde afweging is immers alleen mogelijk door mensen te 'verdinglichen', zoals het Bundesverfassungsgericht het zo fraai noemt, dat wil zeggen door mensen te beschouwen als 'blote objecten' van statelijk handelen. Het Bundesverfassungsgericht acht een dergelijke benadering dusdanig in strijd met de fundamentele menselijke waardigheid, dat het besluit tot neerschieten in strijd komt met het verbod om mensen te doden. 'Daran ändert es nichts, dass dieses Vorgehen dazu dienen soll, das Leben anderer Menschen zu schützen und zu erhalten' (§ 139).

124 Vgl. ook Regan 1997, p. 135.

125 Een voorbeeld is de situatie van cameratoezicht op de openbare weg. Het individuele belang dat daardoor wordt aangetast is niet vreselijk zwaarwegend: de handelingen van burgers op de openbare weg zijn immers voor iedereen zichtbaar, dus het monitoren daarvan via een camera zal het individu niet erg beperken in zijn bewegingsvrijheid en ontplooiingsmogelijkheden. Anderzijds zijn de overheidsbelangen die hiermee gediend zijn wél zwaarwegend. Niet alleen maakt cameratoezicht het mogelijk om de veiligheid op straat te vergroten, maar ook kan bijvoorbeeld snel worden ingegrepen als een camera laat zien dat er een ongeluk is gebeurd. De afweging is dan relatief gemakkelijk (zie nader EHRM 28 januari 2003, *Peck/Verenigd Koninkrijk*, EHRM 2003/24). Moeilijker wordt het vanzelfsprekend in gevallen waarin beide belangen ongeveer even zwaarwegend zijn, zoals in het in de vorige noot genoemde voorbeeld van het geëvacueerde passagiersvliegtuig. Daar moet immers worden aangenomen dat het recht op leven van de mensen in het vliegtuig even zwaarwegend is als het recht van de potentiële slachtoffers op de grond. Een wel bestaande mogelijkheid is om hier te kijken naar aspecten van instrumentaliteit, zoals het Bundesverfassungsgericht ook deed. In zijn uitspraak besteedde het veel aandacht aan de vraag of de waarborgen tegen onnodig neerschieten toereikend waren en concludeerde het dat dit niet het geval is. In een dergelijk geval kan zonder inhoudelijke belangenafweging worden geconstateerd dat de regeling niet deugdelijk is.

126 Vgl. ook Chang 1997, p. 16.

In dit verband kan worden gewezen op de kernrechtbenadering, zoals die in veel rechtspraak over grondrechten is terug te vinden. Bij deze methode wordt door teleologische en historische interpretatie bepaald welke rechten behoren tot de essentie van een bepaald grondrecht. Zo is algemeen aanvaard dat perspublicaties over onderwerpen van algemeen belang tot de kern van de vrijheid van meningsuiting worden gerekend, omdat dit soort publicaties nauw verband houdt met de reden waarom de vrijheid van meningsuiting beschermd wordt. Die reden is dat een goed functionerende democratie staat of valt bij de mogelijkheid om in het openbaar kritiek te leveren op allerlei besluiten en ontwikkelingen.<sup>127</sup> Als dit het uitgangspunt is, valt ook te begrijpen dat veel minder waarde wordt gehecht aan puur commerciële uitingen, zoals handelsreclame, die immers weinig van doen hebben met het goede functioneren van de democratie. Binnen de kernrechtdoctrine valt het recht op het maken van reclame dan ook te zien als een minder zwaarwegend, perifeer belang.<sup>128</sup> Op basis van een dergelijke kernrechtdoctrine of verwante glijdende schaaldoctrines, is het mogelijk het intrinsieke gewicht van een bepaald recht of belang te bepalen op een voor *dat* belang relevante schaal.<sup>129</sup>

---

127 Op vergelijkbare wijze wordt soms een relatie gelegd met de menselijke waardigheid of het zelfbeschikkingsrecht als kern van het grondrecht; zie nader Gerards 2005, p. 93 en vgl. Waaldijk/Tielman 1984, p. 214.

128 Dit is vaste rechtspraak van het EHRM. Zie bijv. EHRM 20 november 1989, *Markt Intern Verlag GmbH en Klaus Beermann/Duitsland*, Series A, Vol. 165, § 33; het EHRM denkt hier overigens anders over als het gaat om vergelijkende reclame; zie EHRM 11 december 2003, *Krone Verlag GmbH & Co KG/Oostenrijk*, EHRC 2004/7 (m.nt. Gerards). Ook het Amerikaanse Supreme Court heeft 'commercial speech' gekwalificeerd als 'low value speech', waarop een terughoudende toets moet worden toegepast. Zie *Central Hudson Gas and Electricity Corporation v. Public Service Commission*, 447 U.S. 557 (1980); nader hierover Barents 2005, p. 399 e.v.

129 Vgl. ook Aleinikoff 1987, p. 974 en Tribe/Dorf 1990, p. 1069. Voor Nederland is deze 'vergelijkingsmethode' uitgewerkt door Wiarda; zijn methode (die neerkomt op het 'lokaliseren van het gegeven geval op de geleidelijkheidslijn die de beide varianten verbindt waarvan de oplossing wél duidelijk is', Wiarda 1999, p. 108) is ook bruikbaar voor het bepalen van het gewicht van een belang op de voor dát belang relevante schaal. Een interessante toepassing hiervan is zichtbaar in een recente uitspraak van het Canadese Supreme Court, *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6 (2 maart 2006), die betrekking had op een verbod voor leerlingen om op school de kirpan te dragen. Een kirpan is een kleine dolk die onder de kleding wordt gedragen; deze vormt een belangrijk religieus symbool voor de Sikh-religie. De school beschouwde de kirpan echter als een wapen; het dragen ervan was in verband met de veiligheid op school niet toegestaan. Bij de beoordeling van deze rechtvaardiging stelde het Canadese Supreme Court zich de vraag of het waarborgen van veiligheid op school belangrijk genoeg is om een aantasting van een constitutioneel belang (de vrijheid van godsdienst) te rechtvaardigen. Het stelde hierbij het volgende: 'Clearly, the objective of ensuring safety in schools is sufficiently important to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom. It remains to be determined what level of safety the governing board was seeking to achieve by prohibiting the carrying of weapons and dangerous objects, and what degree of risk would accordingly be tolerated. ... [T]he possibilities range from a desire to ensure absolute safety to a total lack of concern for safety. Between these two extremes lies a concern to ensure a reasonable level of safety'

Een tweede interessante methode in dit verband is het hanteren van catalogusformules, zoals vaak zichtbaar is in de Nederlandse rechtspraak en in toenemende mate ook in die van het Straatsburgse Hof.<sup>130</sup> Bij deze methode kijkt de rechter aan de hand van een reeks van objectieve factoren welk gewicht moet worden toegekend aan een concreet voorgelegd algemeen of individueel belang. Zo bepaalt het Hof in Straatsburg het belang van een vreemdeling om niet het land te worden uitgezet aan de hand van factoren als de lengte van zijn verblijf, de vraag waar hij zijn opleiding heeft genoten en de vraag of hij nog banden heeft met het land waarnaartoe hij zal worden uitgezet.<sup>131</sup> Impliciet wordt het concrete belang van de individuele klager daarbij vergeleken met belangen van andere, eventueel hypothetische klagers, om het belang op die manier een plaats te geven op een schaal die loopt van het hebben van geen enkel tot een zeer krachtig juridisch relevant belang. Het gebruik van dergelijke catalogi is wijdverbreid, maar is nauwelijks nog onderzocht als methode om de rechter te helpen bij de beoordeling van een belangenafweging.<sup>132</sup> Het zou zeer interessant zijn om een dergelijk onderzoek in de komende jaren te entameren.

Het probleem is met deze vaststelling van het eigen gewicht van het belang op een voor *dat* belang relevante schaal echter nog niet opgelost. Om een goed oordeel te kunnen geven over de aantasting van het grondrecht, blijft het nodig om de verschillende betrokken belangen tegen elkaar af te zetten, om uiteindelijk te kunnen concluderen welk belang moet prevaleren.<sup>133</sup> Het grootste probleem daarbij is de al genoemde incommensurabiliteit, dat wil zeggen het gegeven dat belangen vaak ongelijkwaardig zijn en dus niet goed tegen elkaar kunnen worden afgewogen. Ik heb aangegeven dat dit probleem misschien oplosbaar is door uit te gaan van het eigen, intrinsieke gewicht van de belangen en vervolgens dat *gewicht* met elkaar te vergelijken. Zeker als dat gewicht

---

(§ 45). Vervolgens beredeneert het Supreme Court welk 'level of safety' op een school gegarandeerd zou moeten worden; het komt daarbij uit op een middenniveau. Het is dit niveau van veiligheid, en het daarmee verbonden 'gemiddelde' veiligheidsbelang, dat vervolgens wordt vergeleken met de religieuze vrijheid van de leerling. Via een dergelijke schaal wordt het gewicht van het belang in zekere zin 'meetbaar' gemaakt, waardoor het beter te vergelijken is met andere belangen.

130 Het bekendste Nederlandse voorbeeld is een uitspraak van de Hoge Raad waarin criteria werden vastgesteld voor de afweging in gevallen waarin iemand beledigd is door een uitlating van iemand anders; in dat geval botst het belang om niet lichtvaardig verdacht te worden gemaakt met het belang dat misstanden niet verborgen blijven. Zie HR 24 juni 1983, *NJ* 1984/801 (m.nt. CJHB bij *NJ* 1984/803). Zie voor een verdere uitwerking o.a. Schuyt 1999, p. VII-225 e.v.

131 Zie voor een recent voorbeeld EHRM 31 januari 2006, *Sezen/Nederland*, nr. 50252/99, n.n.g., § 42.

132 Zie echter nader de bijdrage van Jan Smits aan de studiemiddag 'Belangenafweging door de rechter' die op 28 oktober 2005 plaatsvond in Leiden. Deze bijdrage zal nog nader worden uitgewerkt en elders worden gepubliceerd.

133 Vgl. Alexy 2002, p. 102 en Aleinikoff 1987, p. 975.

is vastgesteld op basis van een enigszins vergelijkbaar abstractieniveau, kan dit voor de praktijk een bruikbaar handvat bieden om kwesties van belangenafweging aan te pakken. Bovendien biedt deze methode enige ruimte voor een benadering die in de rechtspraak vaak zichtbaar is, waarbij niet alleen wordt gekeken naar de rechtstreeks bij het geschil betrokken belangen, maar ook naar meer 'externe' belangen, zoals een heel abstract belang van bevordering van pluralisme of van veiligheid in de samenleving. Hoewel de vraag is of dit soort belangen in zijn algemeenheid mee mogen spelen in het rechterlijk oordeel (het gaat immers om belangen die niet als zodanig relevant zijn voor het geschil), kan de aanwezigheid van dergelijke belangen wellicht de doorslag geven als blijkt dat de betrokken belangen van vergelijkbaar gewicht zijn.<sup>134</sup>

In de literatuur zijn echter nog andere oplossingen aangedragen om het probleem van incommensurabiliteit te omzeilen.<sup>135</sup> Zo heeft Alexy betoogd dat niet zozeer het *gewicht* van de belangen leidend moet zijn bij de beoordeling van een belangenafweging, als wel de ernst van de aantasting en de grootte van het belang bij verwezenlijking van doelstellingen en belangen.<sup>136</sup> Is een concreet, individueel belang door een overheidsmaatregel heel ernstig aangetast, terwijl verwezenlijking van dit belang nauwelijks afbreuk zou doen aan de mogelijkheid de doelstellingen van de maatregel te realiseren, dan dient

---

134 Een benadering die hier enigszins op lijkt is te vinden in de eerder al genoemde uitspraak van het Canadese Supreme Court in de kirpan-zaak. In deze uitspraak besteedde het Supreme Court niet alleen aandacht aan de concreet betrokken belangen van uitoefening van religie door klager en de veiligheid van de school, maar stelde het ook de vraag of het volledig aantasten van het recht om de kirpan te dragen niet ook zou leiden tot een aantasting van bredere maatschappelijke belangen ('An absolute prohibition would stifle the promotion of values such as multiculturalism, diversity, and the development of an educational culture respectful of the rights of others.' (§ 78)). De vraag was of het belang van de veiligheid van de school, waarvan al was vastgesteld dat het niet erg zwaarwegend was, tegen die achtergrond niet zou moeten wijken. Bij de beoordeling van die vraag telt het Supreme Court de verschillende getroffen belangen als het ware bij elkaar op: 'A total prohibition against wearing a kirpan to school undermines the value of this religious symbol and sends students the message that some religious practices do not merit the same protection as others. On the other hand, accommodating Gurbaj Singh and allowing him to wear his kirpan under certain conditions demonstrates the importance that our society attaches to protecting freedom of religion and to showing respect for its minorities. The deleterious effects of a total prohibition thus outweigh its salutary effects.' (§ 79).

135 Vgl. ook Smith 2005, p. 172 die voorstelt dit probleem op te lossen door de vergelijkingsmethode van Wiarda te gebruiken: de rechter moet gevallen bedenken waarin de uitkomst van de afweging wél duidelijk zou zijn (of waarin een eerdere rechter zelfs al een uitspraak heeft gedaan), en het aan hem voorgelegde geval daarmee vergelijken. Op die manier wordt het fundamentele probleem van de voor de praktijk effectief en op een bruikbare manier omzeild. Een probleem blijft dan echter dat het voorgelegde geval juist een 'borderline case' kan zijn, waarbij de vergelijking weinig oplevert (vgl. Endicott 2000, p. 44). In dat geval moet de rechter toch vooral gevoelsmatig kiezen.

136 Alexy formuleert zijn 'Law of Balancing' als volgt: 'The greater the degree of non-satisfaction of, or detriment to, one principle, the greater must be the importance of satisfying the other' (Alexy 2002, p. 102).

volgens Alexy het individuele belang te worden beschermd ten koste van het algemene belang.<sup>137</sup> Deze interessante mogelijkheid verdient nader onderzoek, vooral omdat de ernst van een belangen aantasting gemakkelijker objectief vaststelbaar lijkt te zijn dan het intrinsieke gewicht van het betrokken belang.<sup>138</sup> Bovendien wordt het probleem van incommensurabiliteit vermeden, doordat niet meer wordt gekeken naar (onvergelijkbare) belangen als zodanig, maar alleen naar de ernst van de hierop gemaakte inbreuk of de grootte van het belang bij verwezenlijking.<sup>139</sup> Met name is de vraag interessant of concrete rechtszaken op die manier oplosbaar te zijn. In het eerder geschetste geval van mevrouw Tysiac lijkt dat wel zo te zijn.<sup>140</sup> In haar zaak is duidelijk dat de inbreuk op haar individuele belang heel vergaand is: haar keuzevrijheid is haar volledig ontnomen, de aantasting van haar gezondheid is groot en de impact op haar verdere leven is enorm. Daartegenover staat de vraag of een eenmalige uitzondering op de Poolse regel de doelstelling van bescherming

---

137 Alexy 2003a, p. 137.

138 Alexy stelt dat hiervoor een hypothetische schaal kan worden ontwikkeld: de rechter kan zich proberen voor te stellen wat een heel ernstige aantasting van een bepaald belang zou zijn en hoe een minimale aantasting eruit zou zien, waardoor hij kan proberen om zijn eigen geval een plaats te geven op deze schaal; dit kan hij vervolgens ook doen voor het belang dat hiertegenover is gesteld (Alexy 2003a, p. 136). Deze methode is verwant met de vergelijkingsmethode van Wiarda (1999, p. 107). Alexy geeft hierbij toe dat het dan nog steeds gaat om een kwestie van waardering, maar stelt dat dit niet hoeft te leiden tot de gevreesde irrationaliteit of subjectiviteit: de waardering zelf kan worden ondersteund met goede, juridisch relevante argumenten die het oordeel uiteindelijk controleerbaar en rationeel maken (*idem*, p. 139).

139 Alexy 2003b, p. 442.

140 Er zijn echter veel zaken te bedenken waarin dit lastiger is, zoals zaken waarin de ernst van de aantasting van het ene belang en de noodzaak van verwezenlijking van het andere belang elkaar min of meer in evenwicht houden. Waar Alexy op dit probleem stuit, volstaat hij helaas met de stelling dat 'this cannot be discussed here', maar hij lijkt te speculeren dat in dat soort gevallen niet de rechter, maar de wetgever een oplossing moet bieden (Alexy 2003b, p. 443). Ook is het nog niet zo gemakkelijk om na te gaan hoe moet worden omgegaan met belangen die zich op een verschillend abstractieniveau bevinden. Alexy gaat er zelf vanuit dat zijn theorie vooral opgaat voor abstract geformuleerde belangen (bijv. recht op leven tegenover recht op individuele keuzevrijheid) die elkaar min of meer in balans houden. Vooral dan is het nuttig om te kijken naar de ernst van de inbreuk, omdat de uitkomst van de afweging in dat geval niet meteen uit het gewicht van de belangen kan worden afgeleid (*idem*, p. 440). Ten slotte is niet helemaal helder hoe in dit soort gevallen moet worden omgegaan met het meenemen van 'externe' belangen, zoals algemene belangen bij het bevorderen van pluralisme, tolerantie of veiligheid in een democratische samenleving. In een benadering waarbij het gewicht van de belangen bepalend is, kunnen deze belangen als het ware worden 'opgeteld' bij het aangetaste of nagestreefde belang, maar in een benadering waarin alleen de ernst van de aantasting bepalend is, is dit niet goed mogelijk. Hetzelfde geldt voor het probleem waarin niet slechts twee, maar veel meer belangen betrokken zijn, waarbij de ernst van de (potentiële) inbreuk die hierop wordt gemaakt verschilt; ook hierover stelt Alexy dat 'this shall not be considered here' (*idem*, p. 448). Nader onderzoek zal moeten uitwijzen of voor de genoemde problemen oplossingen bestaan die binnen de theorie van Alexy passen.

van ongeboren leven onbereikbaar zou maken.<sup>141</sup> Weliswaar moet bij de beantwoording daarvan rekening worden gehouden met zaken als precedentwerking en hellende vlakken, maar dan nog is duidelijk dat een abortus het door de Poolse overheid gediende belang maar in beperkte mate zou aantasten. In ieder geval zou de aantasting van het belang van de overheid zich dan beperken tot de categorie van mensen die zich in een vergelijkbare situatie bevinden als mevrouw Tysiac.<sup>142</sup>

De conclusie moet dan luiden dat een abortus in dit geval inderdaad had moeten worden toegelaten, omdat die keuze het meest recht zou doen aan het belang van mevrouw Tysiac, zonder dat dit in algemene zin in de weg zou staan aan een goede verwezenlijking van het belang van de bescherming van het ongeboren leven. Naar mijn idee is dit dan ook de uitkomst die het Hof zou moeten bereiken.

#### 3.4 RECHTERLIJKE TOETSING VAN BELANGENAFWEGINGEN: VARIATIE IN TOETSINGSINTENSITEIT

De casus van mevrouw Tysiac lijkt hiermee opgelost, maar er staat nog een laatste probleem open voor bespreking. Dat probleem betreft de positie van de rechter ten opzichte van de staatsmacht wiens belangenafweging hij moet beoordelen. Jammer genoeg ontbreekt de ruimte om uitgebreid op dit belangrijke probleem in te gaan, maar ik wil erop wijzen dat een belangrijke oplossing hiervoor kan worden gevonden in een goed gebruik van variatie in toetsingsintensiteit.<sup>143</sup> Natuurlijk kan een rechter nauwgezet nagaan welke belangen bij de besluitvorming betrokken zijn geweest en kan hij de uitkomst vervolgens laten afhangen van de manier waarop hij die belangen zelf zou hebben afgewogen. Zo'n strikte toets is echter lang niet altijd nodig. De rechter kan ook kiezen voor een veel meer terughoudende opstelling, waarbij hij alleen bekijkt of bij

---

141 Uiteindelijk gaat het hierbij dus toch om een beoordeling van belangen op min of meer gelijkwaardig abstractieniveau. Het vertrekpunt zijn weliswaar de concrete belangen van Tysiac, maar deze worden geherformuleerd tot meer abstracte belangen (belang bij keuzevrijheid, belang bij een leven in gezondheid en met redelijke middelen van bestaan, belang van het kind) om ze vergelijkbaar te maken met het belang van het recht op leven. Volgens Alexy is een dergelijke vergelijkbaarheid van abstractiegraad in theorie niet nodig, maar zijn oplossing lijkt praktisch gezien moeilijk toepasbaar (Alexy 2003b, p. 441).

142 Als zich al meer van deze gevallen voordoen, is het bovendien zonder meer redelijk dat daarin eenzelfde benadering wordt gekozen. Hellend vlak-argumentaties kunnen in deze context niet overtuigend worden geacht. In dezelfde zin J. Roberts in zijn opinie voor *Gonzales v. O Centro Espirita Beneficente Uniao do Vegetal*, \_ U.S. \_ (2006).

143 Zie voor een verdere uitwerking van deze oplossing voor het gelijkheidsbeginsel Gerards 2004, p. 135 e.v.

het voorliggende besluit sprake was van kennelijke willekeur.<sup>144</sup> In de rechtspraak van alle vandaag genoemde rechterlijke instanties is een variatie tussen deze twee uitersten in meerdere of mindere mate zichtbaar.<sup>145</sup> Toch ben ik ervan overtuigd dat van dit krachtige instrument een nog veel beter gebruik kan worden gemaakt. Op dit moment wordt de basis voor een bepaalde toetsingsintensiteit lang niet altijd gemotiveerd en als dat al gebeurt, is die basis naar mijn oordeel niet altijd de juiste. Zo heeft de Nederlandse rechter de neiging om zich ófwel sterk te richten naar de toetsingsintensiteit van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, terwijl die lang niet altijd één op één vertaalbaar is naar de nationale context, ófwel zich volledig vast te pinnen op de vraag of sprake is van een discretionaire bevoegdheid. Geen van beide benaderingen is altijd redelijk en ik denk dat hier een veel meer gestructureerde en uniforme benadering kan worden gekozen. Bij het ontwikkelen van zo'n benadering kan gebruik worden gemaakt van de rechtspraak van het Amerikaanse Supreme Court en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Vooral in de Amerikaanse rechtspraak zijn mooie en rechtstheoretisch goed onderbouwde oordelen gegeven over toetsingsintensiteit, waar we in Nederland zeker nog iets van kunnen leren. Het uitgangspunt in de Amerikaanse rechtspraak is, net als in Nederland, dat belangenafwegingen primair gemaakt moeten worden door de daartoe geëigende organen. Zeker gezien de legitimatie van deze organen past het de rechter niet om zijn eigen oordeel daarvoor in de plaats te stellen. De rechter moet in beginsel uitgaan van de redelijkheid van de democratische of bestuurlijke besluitvorming. Bovendien moet hij zich realiseren dat kleine oneffenheden of merkwaardige beleidskeuzes op andere manieren gecorrigeerd kunnen worden dan door rechterlijke toetsing, bijvoorbeeld door middel van politieke controle.<sup>146</sup> Er is dan ook geen reden tot rechterlijk ingrijpen, behalve als sprake is van aperte willekeur of evidente fouten.<sup>147</sup> Hoewel het democratische besluitvormings-

---

144 Vgl. ook De Waard 2005, p. 369, die aangeeft dat bij een marginale toetsing de grens van het rechtens aanvaardbare wordt gelegd op het punt waar iedereen het erover eens zal zijn dat deze uitkomst niet meer acceptabel is. Zie voor een nadere uitwerking van de manier waarop de toetsingsintensiteit effect kan hebben op verschillende facetten van de toetsing (vaststelling van de betrokken belangen, toetsing van noodzakelijkheid), maar ook op de bewijslastverdeling (m.n. bij toetsing van instrumentaliteit), Gerards 2002, p. 679 e.v.

145 Voor een verdere analyse daarvan voor het terrein van de gelijke behandeling, zie Gerards 2002. Vgl. ook De Waard 2005, p. 365.

146 Dit samenstel van argumenten is in verschillende uitspraken terug te vinden; zie bijv. *Rostker v. Goldberg*, 453 U.S. 57, 64 (1981) en *Ferguson v. Skrupa*, 372 U.S. 726, 730-731 (1963).

147 Vgl. Groenewegen 2005, p. 22, die aangeeft dat een belangrijke reden hiervoor is gelegen in het feit dat het bij belangenafwegingen een waardeoordeel is vereist. Al dan niet direct democratisch gelegitimeerde organen beschikken over een grotere mate van legitimatie om een dergelijk oordeel te geven dan de rechter, reden waarom de laatste zich in beginsel terughoudend moet opstellen. In de VS resulteert een vergelijkbaar uitgangspunt in een uiterst terughoudende toetsing; zie bijv. *FCC v. Beach Communications*, 508 U.S. 307, 314 (1993).

systeem al veel inherente waarborgen tegen verkeerde beslissingen bevat, mag op de goede werking hiervan niet altijd worden vertrouwd. Met het oog hierop heeft het Amerikaanse Supreme Court aangegeven dat een verdergaande toetsing dan een toetsing op willekeur is aangewezen als er gegronde redenen zijn om te twifelen aan de goede en objectieve werking van het besluitvormingssysteem, of aan het zelfcorrigerende vermogen daarvan.<sup>148</sup> Zo'n reden kan bestaan als een grondrecht is aangetast, maar anders dan soms wordt verondersteld hoeft dat niet steeds het geval te zijn.<sup>149</sup> Grondrechten zijn er in soorten en maten en niet alle aspecten van grondrechten zijn even zwaarwegend of belangrijk. Een belangenafweging bij grondrechten verschilt ook niet principieel van een belangenafweging in andere gevallen, zoals belangenafwegingen bij het nemen van 'gewone' bestuursrechtelijke besluiten. Hoogstens is het zo dat grondrechtelijke belangen in het algemeen als zwaarwegend kunnen worden aangemerkt, zodat daartegenover ook zwaarwegende maatschappelijke belangen moeten worden gesteld om een inbreuk te kunnen rechtvaardigen. Ook dat lijkt echter nog te algemeen gesteld. Steeds meer belangen worden tegenwoordig als grondrechtelijk aangeduid. Zo begreep het Europees Hof voor de Rechten van de Mens recentelijk nog een aanspraak op kinderbijslag onder de reikwijdte van het recht op gezinsleven,<sup>150</sup> terwijl een aanspraak van een bedrijf op merkenrecht onder het eigendomsrecht bleek te vallen.<sup>151</sup> Dat zijn duidelijk andersoortige belangen dan het belang bij het voorkomen van willekeurige huiszoeken of het belang bij het kunnen oprichten van een politieke partij. Dit type grondrechtelijk belang wijkt nauwelijks nog af van de 'normale' individuele belangen die door bestuursrechtelijk optreden kunnen worden geraakt. Het is dan moeilijk vol te houden dat de rechterlijke toetsing bij grondrechten in zijn algemeenheid intensiever kan en moet zijn dan de eisen die in het bestuursrecht bij discretionaire bevoegdheden

---

148 De basis voor deze doctrine is gelegd in een belangrijke voetnoot in een verder onbeduidende zaak, *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 154 (1938) (voetnoot 4). Volgens deze voetnoot kan er reden zijn voor verdergaande toetsing als wetgeving op het eerste gezicht strijdig lijkt te zijn met een specifieke bepaling uit de Amerikaanse constitutie of als de wetgeving de positie van minderheden aantast op een manier die vragen doet rijzen over de betrouwbaarheid van het wetgevingsproces als waarborg voor de bescherming van rechten van minderheden. Hierdoor wordt de mogelijkheid gecreëerd om, zonder het uitgangspunt van terughoudendheid aan te tasten, toch mogelijkheden te scheppen voor een verdergaande rechterlijke controle; zie nader Ackerman 1985, vooral p. 741-742 en vgl. Gerards 2004, p. 157 e.v.

149 Zie daarvoor Nieuwenhuis/Schueler/Zoethout 2005, p. 219, die onderscheid maken tussen twee 'rechtsposities', die van het bestuursrecht en die van de grondrechten. Waar bij grondrechten heel goed een (zelfs intensieve) rechterlijke proportionaliteitstoets mogelijk wordt geacht omdat het gaat om rechtsvragen, is volgens de auteurs in het bestuursrecht veelal sprake van politieke besluitvorming waarbij alleen een terughoudende toetsing passend is (p. 224).

150 EHRM 25 oktober 2005, *Niedzwiecki/Duitsland*, EHRM 2005/121, m.nt. Den Houdijker/Gerards.

151 EHRM 11 oktober 2005, *Anheuser-Busch/Portugal*, n.n.g.

worden gesteld. Het is daarom beter om, in aansluiting op de eerdergenoemde Amerikaanse rechtspraak en de rechtspraak van het EHRM, de intensiteit van de rechterlijke toetsing te bepalen aan de hand van het gewicht van het aangetaste belang, de ernst van de inbreuk en de aard van de nagestreefde belangen.<sup>152</sup> Naarmate een overheidsbesluit een individueel belang indringender raakt, of naarmate zo'n besluit een zwaarwegender belang treft, mogen er hogere eisen worden gesteld aan het gewicht van de nagestreefde belangen en aan het bewijs dat de inbreuk daadwerkelijk geschikt en noodzakelijk is. Dit betekent dat het bij discretionaire, maar zeer ingrijpende bestuursbesluiten heel redelijk kan zijn als de rechter intensiever toetst, ook al is er geen individueel grondrecht aangetast.<sup>153</sup> Andersom kan een meer marginale toets juist aangewezen zijn als een lichte inbreuk is gemaakt op een perifeer te achten grondrecht. Op die manier wordt, meer dan in de huidige doctrine het geval is, recht gedaan aan de rechtsstatelijke positie van de rechter, maar ook aan de belangen van het individu.

---

152 Zie nader Gerards 2004, p. 169 e.v. Hierbij kan ook rekening worden gehouden met het eerdergenoemde aspect van de zorgvuldige voorbereiding van een besluit. Naarmate die beter is geweest, is er minder reden om met extra zorg en wantrouwen te kijken naar de resultaten daarvan.

153 Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij zware reparatoire bestuurlijke sancties. Zoals Den Houdijker heeft aangegeven, wordt daarbij een terughoudende toetsing uitgevoerd vanwege de aard van de sanctie en wordt een licht rechtsbeschermingsregime toegepast, terwijl de ingrijpendheid van de sanctie eerder zou pleiten voor een andere benadering (Den Houdijker 2006, p. 41 e.v.).



## 4 | Besluit

Ik kom tot een besluit. Zoals gezegd is het bijna onvermijdelijk dat een rechter bij zaken over fundamentele rechten een oordeel moet geven over een belangenafweging. Daarbij spelen belangrijke problemen, zowel bij de beoordeling van de belangenafweging zelf als bij de positiebepaling van de rechter. Ik heb aangegeven dat het een van mijn doelstellingen voor de komende jaren is om oplossingen aan te reiken voor die problemen. Vandaag heb ik daarvoor enkele ideeën uiteen gezet.

Ik ben mij ervan bewust dat de doelen die ik hiermee gesteld heb ambitieus zijn en dat het gaat om uitdagend, maar ook risicovol onderzoek. Ik ben dan ook grote dank verschuldigd aan het College van Bestuur en het bestuur van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid voor hun bijdrage aan de totstandkoming van mijn benoeming en voor het vertrouwen dat zij daarmee in mij hebben gesteld. Ik waardeer dat vertrouwen zeer, niet het minst omdat ik besef dat vertrouwen bij het benoemen van een jonge hond als ik nog wel iets anders betekent dan bij de benoeming van ervaren wetenschappers met een bewezen staat van dienst.

Ik bedank ook de mensen van de afdeling Staats- en Bestuursrecht, waar ik mij de afgelopen drie jaar zo thuis ben gaan voelen. Ik geniet dagelijks van jullie enthousiasme, betrokkenheid en academische bevlogenheid. In het bijzonder wil ik daarbij noemen mijn collega's Tom, Willemien en Michiel. Jullie dragen, ieder op zijn eigen onnavolgbare manier, bij aan het grote plezier dat ik heb in mijn onderzoek, maar ook in het behartigen van allerhande afdelingsaangelegenheden. Ik heb echt het idee dat we met onze verfrissende ideeën op de goede weg zijn.

Mijn oud-collega's van de Universiteit Maastricht, waarvan er vandaag veel aanwezig zijn, wil ik ook bedanken. Mijn manier van denken over het recht, maar ook mijn idee over hoe een goede juridische opleiding eruit hoort te zien, is sterk gekleurd door mijn verblijf aan de Bouillonstraat. Ik verzeker jullie dat ik mijn best doe om alle goede ervaringen ingang te doen vinden in Leiden.

Aalt Willem, jou past een bijzonder woord van dank. Ook al ben ik alweer een tijdje weg, ik mis je nog steeds, als een scherpe en betrokken sparring-partner, maar ook als coach en begeleider. Ik moet nu op eigen benen staan

en dat is af en toe best lastig. Ik ben blij dat ik dan jouw voorbeeld kan gebruiken.

Beste studenten, het is goed te zien dat ook jullie hier aanwezig zijn. Ik vind het jammer dat veel rechtenstudenten het staats- en bestuursrecht beschouwen als een saai en lastig vak, terwijl het juist zo leuk en spannend is. Het is mijn oprechte wens om mijn eigen fascinatie voor het vak over te dragen en jullie enthousiast te maken voor het staats- en bestuursrecht.

Dames en heren, ik kan aan dit dankwoord nooit genoeg hebben om uit te drukken hoe dankbaar ik eigenlijk ben. Ik ben blij en gelukkig dat zoveel van de mensen die mijn leven glans verlenen vandaag de weg naar Leiden hebben gevonden. Het liefst zou ik jullie allemaal persoonlijk willen bedanken, maar omdat dat hier niet gaat lukken, beperk ik me tot de drie mensen die voor mij het allerbelangrijkste zijn.

Lieve Jos en Giny, ik vond het moeilijk om weg te gaan uit Maastricht en om zonder jullie te beginnen aan een hele nieuwe levensfase. Ik heb ook nog steeds af en toe heimwee, naar het 'lunsen' met een wandelingetje in het park, naar de fijne gesprekken en naar de knusse zondagavonden. Maar ik heb het gevoel dat alle nieuwe dingen maar weinig hebben veranderd in ons clubje, en dat is iets waar ik vreselijk blij om ben. Jullie zijn allebei fantastische mensen en ik ben apetrots op zulke ouders.

En dan ten slotte Mark. Ik kan moeilijk zeggen hoe ontzettend blij ik ben dat wij elkaar ontmoet hebben in dat prachtige verre Nieuw-Zeeland, temidden van tui's, kea's en borrelende geisertjes. Onderzoek doen is geweldig, en je weet hoe me dat soms in beslag neemt, maar je moet ook weten dat ik pas echt gelukkig ben als we samen lopen te genieten van de kleine dingen en van de vogeltjes. Ik hoop dat we dat nog heel lang gaan doen!

## Geraadpleegde literatuur

- Ackerman, B. (1985), 'Beyond *Carolene Products*', 98 *Harvard Law Review* 713 (1985)
- Aleinikoff, T.A. (1987), 'Constitutional Law in the Age of Balancing', 96 *Yale Law Journal* 943 (1987)
- Alexy, R. (2002), *A Theory of Constitutional Rights*, vert. Julian Rivers, Oxford: OUP 2002
- Alexy, R. (2003a), 'Constitutional Rights, Balancing, and Rationality', *Ratio Juris* 2003, p. 137
- Alexy, R. (2003b), 'On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison', *Ratio Juris* 2003, p. 442
- Alkema, E.E.A., 'Gedifferentieerde rechtsvinding door de rechter in veranderende staatsrechtelijke verhoudingen', *NJB* 2000, p. 1053
- Arai-Takahashi, Y. (2002), *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen: Intersentia 2002
- Barendt, E. (2005), *Freedom of Speech*, tweede druk, Oxford: OUP 2005
- Bengoetxea, J., MacCormick, N. en Moral Sorano, L. (2001), 'Integration and Integrity in the Legal Reasoning of the European Court of Justice', in: G. de Búrca en J.H.H. Weiler (red.), *The European Court of Justice*, Oxford: OUP 2001, p. 50
- Bhagwat, A. (1997), 'Purpose Scrutiny in Constitutional Analysis', 85 *California Law Review* 297 (1997)
- Boukema, H.J.M., 'De ongrijpbaarheid van rechterlijke besluitvorming', in: Feteris, E.T. e.a. (red.), *Met Recht en Reden*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 135
- Burg, E. (2000), *The Model of Principles*, Diss. UvA 2000
- Burkens, M.C. (1989), *Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands constitutioneel recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989
- Chang, R. (1997), 'Introduction', in: R. Chang (red.), *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason*, Cambridge: Harvard University Press 1997, p. 1
- Chang, R. (1998), 'Comparison and Justification of Choice', 146 *University of Pennsylvania Law Review* 1569 (1998)
- Coffin, F.M. (1988), 'Judicial Balancing: The Protean Scales of Justice', 63 *New York University Law Review* 16 (1988)
- Davies, G. (2005), 'Banning the Jilbab: Reflections on Restricting Religious Clothing in the Light of the Court of Appeal in *SB v. Denbigh High School*', *European Constitutional Law Review* 2005, p. 511

- Van Dijk, P. en Van Hoof, G.J.H. (1998), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3e druk, Den Haag: Kluwer Law International 1998
- Van Dijk, P. (2003), 'Een efficiënt en effectief stelsel van toezicht op de naleving van het EVRM. De rolverdeling bij de rechtsvorming en rechtshandhaving', *NJCM-Bull.* 2003, p. 398/399
- Van Drooghenbroeck, S. (2001), *La proportionnalité dans le droit de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Brussel : Bruylant 2001
- Dworkin, R. (1977), *Taking Rights Seriously*, Cambridge: Harvard University Press 1977
- Dworkin, R. (1986), *Law's Empire*, Cambridge: Belknap Harvard University Press 1986
- Endicott, T.A.O. (2000), *Vagueness in Law*, Oxford: OUP 2000
- Gerards, J.H. (2002), *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, Diss. UM 2002, Den Haag: Sdu 2002
- Gerards, J.H. (2004), 'Intensity of Judicial Review in Equal Treatment Cases', *Netherlands International Law Review* 2004, p. 135 e.v
- Gerards, J.H. (2005), 'Proportionaliteit en gelijke behandeling', in: A.J. Nieuwenhuis, B.J. Schueler en C.M. Zoethout (red.), *Proportionaliteit in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 79 e.v.
- Van Gerven, W. (1973), *Het beleid van de rechter*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973
- Van Gerven, W. (1999), 'The Effect of Proportionality on the Actions of Member States of the European Community: National Viewpoints from Continental Europe', in: E. Ellis (red.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford: Hart Publishing 1999, p. 37/38
- Gottlieb, S.E. (1994), 'The Paradox of Balancing Significant Interests', *45 Hastings Law Journal* 825 (1994)
- Green, R.C. (1998), 'Interest Definition in Equal Protection: A Study of Judicial Technique', *108 Yale Law Journal* 439 (1998)
- Gribnau, J.L.M. (2001), 'Legaliteit en legitimiteit. Fiscale rechtsvorming in de democratische rechtsstaat', *NTB* 2001, p. 9 e.v.
- Griffin, J. (1997), 'Incommensurability: What's the Problem?', in: R. Chang (red.), *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason*, Cambridge: Harvard University Press 1997, p. 35
- Groenewegen, T. (2005), 'In hoeverre schrijft het evenredigheidsbeginsel iets voor?', in: A.J. Nieuwenhuis, B.J. Schueler en C.M. Zoethout (red.), *Proportionaliteit in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 13
- Gunther, G. (1972), 'Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection', *86 Harvard Law Review* 1 (1972)
- Gunther, G. en Sullivan, K.M. (1997), *Constitutional Law*, 13<sup>e</sup> druk, Westbury: Foundation Press 1997
- Happé, R.H., *Drie beginselen van fiscale rechtsbescherming*, Diss. Leiden 1996, Deventer: Kluwer 1996
- Henkin, L. (1978), 'Infallability under Law: Constitutional Balancing', *78 Columbia Law Review* 1022 (1978)

- Heringa, A.W. (1996), *Constitutionele partners. Rechterlijke toetsing als instrument voor samenwerking tussen rechter en wetgever*, Oratie Maastricht, Deventer: Kluwer 1996
- Hol, A.M. (1994), 'Beredeneerd toeval. Over grenzen van de juridische argumentatie', in: Feteris, E.T. (red.), *Met redenen omkleed*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1994, p. 177
- Holtmaat, R. (2003), 'Stop de inflatie van het discriminatiebegrip! Een pleidooi voor het maken van onderscheid tussen discriminatie en ongelijke behandeling', *NJB* 2003, p. 1265
- Den Houdijker, F.M.J. (2006), 'Rechtsbescherming bij bestuurlijke punitieve sancties: een bron van spanning?', Preadvies Jonge VAR 2005, in: *Bestuurlijke punitieve sancties*, Jonge VAR-reeks 4, Den Haag: Boom 2006, p. 41 e.v.
- Jans, J.H. (2000), 'Proportionality Revisited', *Legal Issues of European Integration* 2000, p. 248/249
- Jans, J.H., De Lange, R., Prechal, S. en Widdershoven, R.J.G.M. (2002), *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, 2<sup>e</sup> druk, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002
- Koopmans, T. (1996), 'De constitutionele kant van de rechtsvinding', in: Van der Griend, E.S.G.N.A.I. en De Waard, B.W.N. (red.), *Rechtsvinding. Gedachtenwisseling over het nieuwe Algemeen Deel \*\* van de Asser-serie (Asser-Vranken)*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 1
- Kummeling, H.R.B.M. (2001), 'Proliferatie van proportionaliteit. Over een beginsel dat ook in de Nederlandse Grondwet niet zou misstaan', in: Bovend'Eert, P.P.T., Fleuren, J.W.A. en Kummeling, H.R.B.M., *Grensverleggend staatsrecht. Opstellen aangeboden aan prof. mr. C.A.J.M. Kortmann*, Deventer: Kluwer 2001, p. 233
- De Lange, R. (1991), *Publiekrechtelijke rechtsvinding*, Zwolle: Tjeenk Willink 1991
- De Lange, R. (1994), 'Botsing van grondrechten: wat moet de rechter doen?', in: S. Parmentier (red.), *Mensenrechten tussen retoriek en realiteit*, Tegenspraak Cahiers 14, Gent: Mys & Breesch 1994, p. 280
- Lawson, R.A. (2003), 'De mythe van het moeten. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en 800 miljoen klagers', *NJCM-Bull.* 2003, p. 125
- Malsch, M., Lavender, T.J. en Nijboer, J.F. (2006), 'Van kop tot staart. Helpt de motivering bij het begrijpen van schriftelijke strafvonnisen?', *NJB* 2006, p. 365
- Minow, M. (1990), *Making all the difference. Inclusion, Exclusion and American Law*, Ithaca: Cornell University Press 1990
- Nieuwenhuis, A.J., Schueler, B.J. en Zoethout, C.M. (2005), 'Slotbeschouwing', in: A.J. Nieuwenhuis, B.J. Schueler en C.M. Zoethout (red.), *Proportionaliteit in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 219
- Nieuwenhuis, J.H. (1976), 'Legitimatatie en heuristiek van het rechterlijk oordeel', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 1976, p. 494
- Nieuwenhuis, J.H. (1997), *Confrontatie & compromis. Recht, retoriek en burgerlijke moraal*, tweede druk, Deventer: Kluwer 1997
- Nieuwenhuis, J.H. (2005a), 'Appels en peren', *NTBR* 2005, nr. 79, p. 481
- Nieuwenhuis, J.H. (2005b), 'Waartoe is het recht op aarde?', *RM Themis* 2005, p. 179

- Pildes, R.H. (1994), 'Avoiding Balancing: The Role of Exclusionary Reasons in Constitutional Law', 45 *Hastings Law Journal* 711 (1994)
- Plug, H.J. (2000), *In onderlinge samenhang bezien. De pragma-dialectische reconstructie van complexe argumentatie in rechterlijke uitspraken*, Diss. UvA 2000, Nijmegen: Thela Thesis 2000
- Poole, Th. (2005), 'Of headscarves and heresies: the *Denbigh High School* case and public authority decision-making under the Human Rights Act', *Public Law* 2005, p. 685.
- Regan, D. (1997), 'Value, Comparability, and Choice', in: R. Chang (red.), *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason*, Cambridge: Harvard University Press 1997, p. 129 e.v.
- Scalia, A. (1989), 'The Rule of Law as a Law of Rules', 56 *University of Chicago Law Review* 1175 (1989)
- Schauer, F. (1994), 'Commensurability and its Constitutional Consequences', 45 *Hastings Law Journal* 785 (1994)
- Schauer, F. (2005), 'Do Cases Make Bad Law?', KSG Working Paper No. RWP05-013, februari 2005, beschikbaar via SSRN: <http://ssrn.com/abstract=779386>
- Schlössels, R. (1998), *Het specialiteitsbeginsel*, Den Haag: Sdu 1998
- Schokkenbroek, J.G.C. (1996), *Toetsing aan de vrijheidsrechten van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996
- Scholten, P. (1974), *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 1. Algemeen Deel, Deel \**, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974, p. 76 en 130
- Schuyt (1999), *Onrechtmatige Daad. Hoofdstuk VII (Aantasting eer en goede naam)*, Suppl. 49 (november 1999), Kluwer: Deventer 1999, p. VII-225 e.v.
- Smith, C.E. (1998), 'Redelijke argumentatie in een pluriforme samenleving', in: Feteris, E.T. e.a. (red.), *Met Recht en Reden*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2000, p. 177
- Smith, C.E. (2005), *Regels van rechtswinding*, Den Haag: Boom 2005
- Sullivan, K.M. (1992), 'Foreword: The Justices of Rules and Standards', 106 *Harvard Law Review* 22 (1992)
- Sunstein, C.R. (1997), 'Incommensurability and Kinds of Valuation: Some Applications in Law', in: R. Chang (red.), *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason*, Cambridge: Harvard University Press 1997, p. 234
- Suurmond, G. en Van Velthoven, B.C.J. (2005), 'Vergoeding van affectieschade: te weinig met het oog op de daders en te veel met het oog op de slachtoffers', *NJB* 2005, afl. 37, volledige versie gepubliceerd op [www.njb.nl](http://www.njb.nl)
- Tribe, L.H. en Dorf, M.C. (1990), 'Levels of Generality in the Definition of Rights', 57 *University of Chicago Law Review* 1057 (1990)
- Voorhoof, D. (2004), 'Artikel 10. Vrijheid van meningsuiting', in: J. Vande Lanotte en Y. Haeck (red.), *Handboek EVRM. Deel 2 – Artikelsgewijze Commentaar*, deel I, p. Antwerpen: Intersentia 2004, p. 837
- Waaldijk, C. en Tielman, R.A.P. (1984), 'Een model voor de afweging van botsende grondrechten', *NJCM-Bulletin* 1984, p. 214

- Wiarda, G.J. (1999), *3 Typen van rechtsvinding*, vierde druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1999
- De Waard, B.W.N., 'Marginale toetsing en evenredigheid', in: *Getuigend Staatsrecht. Liber Amicorum A.K. Koekoek*, Nijmegen: Wolf 2005, p. 363
- Zoethout, C.M. (2005), 'The nutcracker principle' of proportionaliteit als rechtsstatelijke norm voor wetgever, bestuur en rechter?', in: A.J. Nieuwenhuis, B.J. Schueler en C.M. Zoethout (red.), *Proportionaliteit in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 23 e.v.

