

WAT HET ZWAARST IS, MOET HET ZWAARST WEGEN

Harm Kloosterhuis & Carel Smith

Een van de uitgangspunten van een rechtssysteem is een juiste afweging van belangen: wat het zwaarst is, moet het zwaarst wegen. We verbeelden die belangenafweging met de weegschaal, een metafoor die teruggaat tot de vroege Egyptische beschaving: na het overlijden van een mens werd het hart door de god Maat afgewogen tegen de Veer van de Waarheid. Geen eenvoudige opgave zou je denken, maar hier was natuurlijk wel een god aan het werk. Voor gewone mensen zoals rechters is belangenafweging heden ten dage ook een moeilijke taak. Denk aan een conflict van grondrechten bij een perspublicatie waarin een verdenking van iemand aan de orde komt: de burger doet een beroep op de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en de krant op de vrijheid van meningsuiting. De rechter moet dan tot een afgewogen beslissing komen. Dit roept veel vragen op, die terug te voeren zijn tot twee hoofdvragen: wanneer moet een rechter belangen afwegen en hoe vindt die afweging plaats? Over die vragen is een bibliotheek aan literatuur en jurisprudentie beschikbaar.

Sommige theoretici beweren dat belangenafweging niet rationeel is, maar 'uiteindelijk' berust op een arbitraire keuze. Andere geloven in de rationaliteit van belangenafweging. Niet omdat een rechter geen keuzes zou maken, maar omdat die keuzes niet arbitrair zijn. Tot de laatste groep behoort de invloedrijke rechtstheoreticus Robert Alexy, die in tal van publicaties een theorie over rechterlijke belangenafweging heeft ontwikkeld. Volgens Alexy zijn er in rechterlijke argumentatie twee basisvormen: argumentatie op basis van een rechtsregel en argumentatie op basis van belangenafweging. Argumentatie op basis van een rechtsregel is volgens hem een logische operatie, belangenafweging een evaluerende activiteit. Het antwoord op de vraag wanneer een rechter aan belangenafweging toekomt, is in de theorie van Alexy simpel: als er geen rechtsregel is die de afweging door de rechter overbodig maakt (of zelfs verbiedt). Reden: die rechtsregel is het product van belangenafweging door de *wetgever*. Dus als die rechtsregel er is, hoeft de rechter die afweging niet over te doen.

Alexy's antwoord op de tweede vraag – hoe moet de belangenafweging plaatsvinden? – is wat minder simpel. Zijn analyse van belangenafweging vertrekt vanuit zijn theorie over rechtsbeginselen. Volgens Alexy zijn rechtsbeginselen *optimaliseringsgeboden*: normen die zoveel mogelijk gerealiseerd moeten worden. Die realisering is altijd verbonden met andere, conflicterende rechtsbeginselen. Wanneer een casus moet worden opgelost op basis van conflicterende beginselen, moet er een afweging worden gemaakt met het volgende uitgangspunt: *hoe groter de mate van het niet realiseren van het ene beginsel is, hoe groter het belang van het realiseren van het conflicterende beginsel moet zijn*. Die afweging moet volgens Alexy leiden tot een concrete *regel*: de omstandigheden waaronder een beginsel voorrang heeft boven een ander beginsel vormen de voorwaarden van een regel die dezelfde rechtsgevolgen heeft als het beginsel dat de voorrang heeft. Het resultaat van de toepassing van Alexy's ideaalmodel van belangenafweging is dus een *rechtsregel* afkomstig van de rechter.

In de Nederlandse rechtspraak komt men belangenafweging die uitmondt in een precieze rechtsregel niet zo snel tegen. Vaak leidt die belangenafweging tot de ontwikkeling van *gezichtspunten* die in de rechtspraak steeds verder worden gepreciseerd. Een voorbeeld daarvan is het bekende *Gemeenteraadslid*-arrest (ECLI:NL:HR:1983:AD2221). Hierin oordeelde de Hoge Raad over de toelaatbaarheid van verdenkingen in perspublicaties als een afweging van het recht op vrijheid van meningsuiting en het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. De Hoge Raad formuleert een aantal gezichtspunten die onder andere te maken hebben met 1) de aard van de gepubliceerde verdenkingen, 2) de ernst van de te verwachten gevolgen voor degene op wie die verdenkingen betrekking hebben, 3) de ernst van de misstand die de publicatie aan de orde stelt, 4) de mate waarin de verdenkingen worden ondersteund door het feitenmateriaal, en 5) de mate van waarin het met de publicatie nagestreefde doel ook met minder schadelijke middelen had kunnen worden bereikt.

Toegegeven, die gezichtspunten laten nog ruimte voor interpretatie en waardering, maar ze zijn preciezer dan een enkele verwijzing naar de 'omstandigheden van het geval'. Met de gezichtspunten wordt de discussieruimte en dus de belangenafweging expliciet en toetsbaar.