

# GRONDRECHTENCATALOGI MET EEN EVENREDIGHEIDSTOETS

## Een fundamenteel en institutioneel vraagstuk

Jos Vleugel \*

**Samenvatting** | Binnen het grondrechtendiscours gaan al enige tijd stemmen op die pleiten voor een grondwettelijke evenredigheidstoets. Het grondwettelijke beperkingsregime zou te procedureel zijn en overheidsorganen te weinig houvast bieden. Daardoor zou de Grondwet in de rechtspraak worden 'overgeslagen' (men wendt zich tot verdragsbepalingen) en zijn relevantie hebben verloren. Aanhangers van een grondwettelijke evenredigheidstoets gaan voorbij aan het appèl dat uitgaat van de grondwettelijke beperkingsystematiek. Namelijk dat belangrijke beslissingen inzake het afwegen van grondrechten genomen dienen te worden door politieke en democratisch gekozen organen. Dit appèl is ingegeven door een overtuigend en in de geschiedenis zwaar bevochten ideaal dat niet zomaar op grond van praktische bezwaren inzake de huidige taakvervulling van de wetgever opzij mag worden geschoven.

**Trefwoorden** | [belangenafweging; evenredigheid; rechterlijk activisme; wetgeving; proportionaliteit; legaliteit]

Navigator van Wolters Kluwer | [NTM-NJCM Bull. 2022/13](#)

### 1 Inleiding

Wereldwijd is er een ontwikkeling gaande waarbij grondrechtenbescherming steeds meer geassocieerd wordt met een proportionaliteitstoets.<sup>1</sup> De Grondwettelijke beperkingssystematiek kent echter geen proportionaliteitsvereiste.<sup>2</sup> Hiervoor zijn mijns inziens goede redenen. Hoewel een herwaardering van de grondwettelijke beperkingssystematiek enigszins een achterhoedegevecht is,<sup>3</sup> meen ik dat gezien de hedendaagse bejubeling<sup>4</sup> van het proportionaliteitsvereiste een tegengesteld debat kan verrijken.

De proportionaliteitstoets is namelijk op ten minste één onderdeel problematisch te noemen. Dit onderdeel betreft de evenredigheidseis. Hiermee is iets bijzonders aan hand. Het evenredig-

\* Dr. drs. A. Vleugel is universitair docent staatsrecht aan de Universiteit Utrecht.

1 Zie bijvoorbeeld M. Cohen-Eliya & I. Porat, 'American balancing and German proportionality: The historical origins', *International Journal of Constitutional Law*, 2010/8, afl. 2, p. 263-286; A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge: Cambridge University Press 2012; B. Schlink, 'Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere But Here?', *Duke Journal of Comparative and International Law* 2012, afl. 2, p. 291-302.

2 Groen en Verhey beargumenteren overigens dat er *impliciet* wel materiële criteria zijn te ontwaren in het grondwettelijk beperkingssysteem. L.C. Groen & L.F.M. Verhey, 'De betekenis van grondwettelijke grondrechten voor de wetgever: dode letter of zelfstandig ijkpunt?', *Regelmaat* 2020/6. Zie hierover par. 2.3.

3 Omdat de werking van grondwettelijke grondrechten tegenwoordig grotendeels wordt overvleugeld door rechtstreeks werkende verdragsbepalingen van internationaal recht en door het EU-recht.

4 Zie bijvoorbeeld L.F.M. Verhey, 'Het grondwettelijke beperkingssysteem: handhaving of herbezinning?', *NJCM-Bulletin* 2003, p. 216-232; H.R.B.M. Kummeling, 'Proliferatie van proportionaliteit. Over een beginsel dat ook in de Nederlandse grondwet niet zou misstaan', in: P.P.T. Bovend'Eert e.a. (red.), *Grensverleggend staatsrecht* (Kortmannbundel), Deventer: Kluwer 2001, p. 233-250; M.M. Julicher, *Nederlandse grondrechten: klaar voor de toekomst?* (diss. Utrecht), 2020, p. 158. Vgl. A.E.M. Leijten & H.E. van Terwisga, 'Naar een stabielere positie van de Nederlandse rechter in een veranderend grondrechtenlandschap', *TvCR* 2021/3, p. 172; Rapport Staatscommissie Grondwet 2010, p. 35 e.v.; H. Broeksteeg, 'Een nieuwe Grondwet? #1: Over juridische en politieke noodzaak tot wijziging van de Grondwet', *nederlandrechtsstaat.nl* 19 april 2021; Conclusie 7 juli 2021 van A-G Widdershoven en Wattel over de evenredigheidstoets door de bestuursrechter, ECLI:NL:RVS:2021:1468, p. 110.

heidsvereiste creëert veel ruimte voor rechterlijke belangenafweging. Aan het evenredigheidsvereiste als materieel criterium van een beperkingsregime kleeft daarmee een *fundamentele* en *institutionele* vraag. De fundamentele vraag behelst of grondrechten opgevat kunnen worden als belangen die tegen andere (grond)rechten of algemene belangen kunnen worden afgewogen. Welke gevolgen heeft een dergelijke interpretatie voor de werking van het rechtssysteem? Het gaat dan met name om de gevolgen die een dergelijke zienswijze heeft voor de coherentie en logica van het normenstelsel van het geldende recht. De institutionele vraag betreft of en in hoeverre de rechter het juiste ambt is voor het verrichten van een belangenafweging. De Grondwet lijkt in dit verband een grote rol voor de wetgever te zien weggelegd. De grondwetgever wijst immers wet- en regelgevers aan die in algemeen verbindende voorschriften voor specifieke grondrechten het belang van het grondrechtobject dienen af te wegen tegen het algemeen belang. Zoals Burkens, de geestelijk vader van de grondwetswijziging van 1983,<sup>5</sup> stelde, dient de wetgever op 'systematische wijze inhoud te geven aan de clausuleringen der grondrechten, teneinde binnen het aldus geëxpliciteerde kader tot belangenafweging te kunnen overgaan'.<sup>6</sup> Waarom heeft de grondwetgever als het gaat om belangenafweging zo'n grote rol toegekend aan de wetgever? Dit artikel beoogt de belangrijke waarden die vervat liggen in deze *institutionele keuze* in herinnering te brengen.

De opbouw van dit artikel is als volgt. Eerst geef ik in paragraaf 2 weer wat de evenredigheidstoets zoal inhoudt en op welke wijze deze toets in het geldende recht tot uitdrukking komt. Deze beschrijving is beknopt aangezien andere auteurs hier reeds uitgebreid onderzoek naar hebben gedaan.<sup>7</sup> In paragraaf 3 beargumenteer ik vanuit een Habermassiaanse invalshoek dat de oorspronkelijke institutionele keuze van de grondwetgever samenhangt met een bepaalde visie op de aard van het recht en het domein van de politiek. Paragraaf 4 borduurt voort op het betoog van paragraaf 3 en gaat nader in op hoe in het huidige recht, ondanks de sterk toenemende invloed van rechterlijke belangenafweging, toch het karakter van het grondwettelijke beperkingssysteem kan worden geëerbiedigd. In paragraaf 5 sluit ik dit artikel af met enkele concluderende en beschouwende opmerkingen.

## 2 Evenredigheid en belangenafweging

### 2.1 Proportionaliteit in brede zin

In de internationale literatuur over proportionaliteit (in ruime zin) wordt de proportionaliteitstoets uitgesplitst in drie onderdelen. De beoordeling van de: 1. geschiktheid (is de beperking geschikt om het gediende doel te bereiken?), 2. noodzakelijkheid (zijn er ook mogelijkheden om het mensenrecht op minder vergaande wijze te beperken?) en 3. evenredigheid (proportionaliteit

5 Algemeen bekend is dat de grondslag van de huidige beperkingssystematiek ligt in de opvattingen van Burkens, zoals verdedigd in zijn dissertatie uit 1971.

6 M.C.B. Burkens, *Beperking van grondrechten*, Deventer: Kluwer1971, p. 166.

7 Zie bijv. F.M.J. den Houdijker, *Afweging van grondrechten in een veellagig rechtssysteem* (diss. 2012 Leiden). Zie ook auteurs van noot 1 en 4.

in enge zin, dus de maatvoering of evenwichtigheid van de beperking).<sup>8</sup> Meerdere constitutionele hoven (wereldwijd) omarmen deze driedeling.<sup>9</sup>

De proportionaliteitseis komt ook naar voren in de beperkingsclausule van verschillende EVRM-rechten. In artikel 8 tot en met 11 van het EVRM ligt hij vervat in de zinsnede ‘noodzakelijk in een democratische samenleving’. Het EHRM hanteert bij de invulling van het proportionaliteitsvereiste niet expliciet de hierboven genoemde driedeling. In het *Sunday Times*-arrest<sup>10</sup> overwoog het EHRM dat onder het proportionaliteitsvereiste de volgende aspecten kunnen vallen: of de beperking is ingegeven door een ‘dwingende maatschappelijk belang’ (*pressing social need*); of de beperking correspondeert met dit dwingende maatschappelijke belang; of de beperking effectief of geschikt is (subsidiariteit); of de beperking proportioneel is ten aanzien van het te bereiken doel (evenredigheid); of de aangevoerde rechtvaardiging voor een beperking relevant en voldoende is en ten slotte of er sprake is geweest van een redelijke belangenafweging (*fair balance*).<sup>11</sup> De toepassing van deze verschillende aspecten is in de jurisprudentie van het EHRM zeer casuïstisch.<sup>12</sup> Niet altijd loopt het EHRM al deze aspecten langs en soms hanteert het EHRM bovendien ook nog aanvullende eisen die ook wel gerekend worden tot proportionaliteit in brede zin. Zoals de eis dat de kern van het grondrecht niet aangetast mag worden door de beperking (kernrechtbenadering).<sup>13</sup> Hoewel het EHRM inzake de proportionaliteitseis niet expliciet de bovengenoemde driedeling hanteert, zijn in zijn jurisprudentie deze verschillende onderdelen (al dan niet in andere bewoordingen) wel als volwaardige aspecten te onderscheiden. Dit geldt zeker ook voor het hierna te bespreken aspect van evenredigheid.

## 2.2 Het onderdeel evenredigheid

In Duitsland (Pruisen) waar eind 18<sup>e</sup> eeuw in het kader van politieoptreden de proportionaliteitstoets voor het eerst tot ontwikkeling is gekomen lag de nadruk vooral op de eerste twee in de vorige paragraaf genoemde onderdelen van de proportionaliteitstoets: de geschiktheid en noodzakelijkheid van het middel om het beoogde doel te bereiken. De proportionaliteitstoets werd in het formalistische rechtsdenken van die tijd vooral uitgelegd als een doel – middelbenadering waarbij het bepalen van de evenredigheid van de beperking eigenlijk niet aan de orde was. Vanaf de Tweede Wereldoorlog, toen de proportionaliteitstoets in heel Europa meer op de voorgrond kwam te staan en werd opgenomen in verschillende constituties en verdragen, trad geleidelijk hierin een verandering op. De nadruk kwam steeds meer te liggen op het derde onderdeel (evenredigheid) van de proportionaliteitstoets. Dit onderdeel van de proportionaliteitstoets veronderstelt een belangenafweging. Om die reden wordt het evenredigheidsvereiste ook wel omschreven als ‘The Law of Balancing’.<sup>14</sup> Het betreft een wetmatigheid over de mate waarin een grondrechtsobject wordt beperkt: hoe groter de beperking van een grondrecht is, hoe groter

8 Den Houdijker 2012 (*supra* noot 7), p. 29.

9 Zie o.a. literatuur genoemd in noot 1. Daarin worden o.a. Israël, Duitsland en Frankrijk genoemd.

10 EHRM 26 april 1979, ECLI:NL:XX:1979:AC6568, NJ 1980/146 (*Sunday Times*).

11 J. Gerards, *General Principles of the European Convention on Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press 2019, p. 231.

12 Gerards 2019 (*supra* noot 11), p. 152.

13 Gerards 2019 (*supra* noot 11), p. 232.

14 R. Alexy, ‘On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison’, *Ratio Juris* 2003, afl. 4, p. 436.

het algemeen belang of het belang van anderen moet zijn dat achter die beperking schuil gaat.<sup>15</sup> Er moet worden bepaald of het belang dat achter de beperking schuilgaat van groter gewicht is dan het gewicht van het grondrechtsobject.<sup>16</sup> In de literatuur wordt wel gesteld dat de proportionaliteitstoets gedurende zijn ontwikkeling (binnen verschillende Europese rechtsstelsels) vanwege de nadruk op het evenredigheidsvereiste steeds meer is gaan lijken op het Noord-Amerikaanse 'balancing': een anti-formalistische wijze van rechtsvinding die is ontstaan vanuit het idee dat het rechtssysteem altijd leemten bevat die niet door de wetgever zijn (te) voorzien en die het best door de rechter door middel van een afweging van belangen kunnen worden opgevuld.<sup>17</sup>

### 2.3 Doorwerking van het evenredigheidsvereiste uit internationale grondrechtencatalogi in het nationale recht

Veruit de grootste invloed van evenredigheidstoetsing in het kader van nationale grondrechtswaarderingen gaat uit van de evenredigheidstoets die volgt uit het EVRM. Het EVRM kent een ruime grondrechtencatalogus die een grote dekking heeft en daardoor veel bescherming biedt aan rechtszoekenden. Voor enkele grondrechten wordt daarnaast vanwege een betere rechtsbescherming ook nog wel een beroep gedaan op het IVBPR of andere rechtstreeks werkende verdragsbepalingen. Verder werkt het evenredigheidsvereiste ook door via het EU-Handvest van de Grondrechten. Qua werking sluit het EU-Handvest grotendeels aan bij het EVRM. Voor Handvest-rechten die corresponderen met EVRM-rechten geldt dat ze qua inhoud en reikwijdte op dezelfde wijze moeten worden uitgelegd (artikel 52 lid 3 EU-Handvest). Het HvJ EU toetst nationale beperkingen van fundamentele rechten veelal indringend op evenredigheid, op een wijze vergelijkbaar met de toetsing van nationale beperkingen van grondrechten door het EHRM.<sup>18</sup>

### 2.4 Verhouding tussen nationale normen en rechtstreekse werkende normen van

15 Overigens is het bepalen van de evenredigheid van een beperking niet alleen een afweging van belangen. Het is tot op zekere hoogte ook een inschatting van risico's. Dat wil zeggen dat men ook kijkt naar de kans dat bepaalde gevolgen intreden als men een grondrechtsclaim honoreert. Denk bijvoorbeeld aan het belang van de volksgezondheid. In het kader van een evenredigheidstoets kan men zich dan bijvoorbeeld afvragen hoe groot de kans op een besmettingsgolf (van corona) is als men bepaalde grondrechtenclaims honoreert. Kortom, ook de kans op bepaalde gevolgen kan worden meegenomen in een evenredigheidstoets. In het vervolg van dit artikel ligt de nadruk echter niet zozeer op deze risico-inschatting maar op het direct uit het evenredigheidsvereiste voortvloeiende aspect van belangenafweging. Zie hierover ook: R. de Lange, 'Beginselen van publiekrecht I: proportionaliteit', in: K. de Graaf e.a. (red.), *Grensoverstijgende rechtsbeoefening* (Liber amicorum Jan Jans), Zutphen: Uitgeverij Paris 2021, p. 40.

16 Zie o.a. Den Houdijker 2012 (*supra* noot 7), p. 45; J. Schwarze, *European Administrative Law*, Londen: Sweet and Maxwell 2006, p. 687; O. Koch, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, Berlijn: Duncker & Humblot 2003, p. 55-56; L. Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Göttingen: Schwartz 1981, p. 2.

17 Cohen-Eliya & Porat 2010 (*supra* noot 1), p. 285.

18 J.E. van den Brink e.a., 'Rechtsbeginselen en fundamentele rechten', in: S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 183-187.

## internationaal recht

De evenredigheidstoets die de rechter in het kader van bovengenoemde grondrechtencatalogi kan uitvoeren wordt gezien als aanvulling op het grondwettelijke beperkingsregime. Bij vermeende grondrechtenschendingen kunnen (als artikel 120 Grondwet hier niet aan in de weg staat) door de rechter verschillende beperkingsregimes samen en los van elkaar worden toegepast. Daarbij behouden de verschillende beschermingsregimes veelal hun eigen systematiek en geldigheid. Dit betekent onder meer dat het grondrechtssubject vanwege de strenge competentie-eisen van de Grondwet meestal een beroep doet op een grondwettelijk grondrecht als hij denkt dat de wettelijke basis van een grondrechtsbeperking onrechtmatig is en dat hij een beroep doet op het EVRM of op andere rechtstreeks werkende grondrechtencatalogi als hij denkt dat de beperking van zijn grondrecht onrechtmatig is vanwege de onevenredigheid van de maatregel.

Het komt niet of nauwelijks voor dat de beperkingssystematiek van de Grondwet wordt doorkruist doordat een grondwettelijk grondrecht verdragsconform wordt uitgelegd of buiten toepassing wordt gelaten wegens strijd met een eenieder verbindende verdragsbepaling.<sup>19</sup> Verdragsconforme interpretatie zou kunnen betekenen dat in een grondwettelijke beperkingsclausule bijvoorbeeld op basis van het EVRM een evenredigheidstoets wordt ingelegen. Sommige auteurs betwisten of de Grondwet die ruimte überhaupt biedt.<sup>20</sup>

Verder moet worden vermeld dat het evenredigheidsbeginsel zoals dat volgt uit het EU-recht<sup>21</sup> in toenemende mate van belang is geworden op het gebied van bestuurlijke handhaving. Dit kan ook betrekking hebben op grondrechtenkwesaties, zoals woningsluitingen of de aantasting van het eigendomsrecht.<sup>22</sup> Voor deze handhavingkwesaties kan dan ook veelal zowel een beroep worden gedaan op grondrechtencatalogi met een evenredigheidsvereiste (EVRM of EU-Handvest) als op het evenredigheidsbeginsel zoals dat het EU-recht als algemeen beginsel doordrenkt. Recent heeft de Afdeling namelijk bepaald<sup>23</sup> dat dit beginsel als norm geldt voor alle niet-bestaftende<sup>24</sup> sancties dus niet zoals voorheen alleen voor handhavingshandelingen die vallen binnen de werking van het EU-recht.<sup>25</sup>

Tot slot is het natuurlijk zo dat het evenredigheidsvereiste ook in het nationale recht gelding heeft doordat de formele wetgever een beperkt aantal publiekrechtelijke regelingen in het leven heeft geroepen waarin hij dit evenredigheidsvereiste expliciet heeft neergelegd. Artikel 3:4 Awb

19 Zie een enkel voorbeeld van buiten toepassing verklaring: HR 19 januari 1962, NJ 1962/107 (*Processieverbod*).

20 Zowel Kummeling als Verhey heeft bezwaren tegen het inlezen van proportionaliteit in de Grondwet. Zie Kummeling 2001 (*supra* noot 4), p. 233-250; L.F.M. Verhey, 'Het grondwettelijk beperkingssysteem: handhaving of herbezinning?', *NJCM-Bulletin* 2003, p. 216-232. Zie anders R.J.B. Schutgens, 'Toetsing in het wetgevingsproces versterkt', *Regelmaat* 2012/4 (overigens beperkt Schutgens zich tot verdragsconforme uitleg van de Grondwet door de formele wetgever en rept hij niet over verdragsconforme uitleg door de rechter).

21 Toetsing aan dit beginsel omvat dezelfde onderdelen als genoemd in paragraaf 2.1: geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid.

22 Zie hierover Conclusie 7 juli 2021 van A-G's Widdershoven en Wattel over de evenredigheidstoets door de bestuursrechter, ECLI:NL:RVS:2021:1468.

23 ABRvS 28 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2571 (*Greenpeace*).

24 Bestaftende sancties kunnen reeds op grond van artikel 6 EVRM (maar ook op grond van de Awb) indringend op evenredigheid worden getoetst.

25 In een nog recentere uitspraak heeft de Afdeling bepaald dat ze voor de invulling van het proportionaliteitsbeginsel aansluiting zoekt bij de EU-rechtelijke evenredigheidstoets. Die toets houdt in wat in paragraaf 2.1 proportionaliteit in brede zin is genoemd en gaat daarbij uit van de drie bekende onderdelen: noodzakelijkheid, geschiktheid en evenredigheid (of evenwichtigheid). Zie ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, r.o. 7.8.

is daarvan de bekendste en vanwege zijn algemene werking de belangrijkste. Gesteld kan worden dat in dergelijke bepalingen de wetgever op eigen initiatief een zekere ingekaderde bevoegdheid om belangen tegen elkaar af te wegen ‘weggeeft’ aan het bestuur en de rechter. Deze bepalingen zijn niet uitsluitend geformuleerd met het oog op grondrechtelijke vraagstukken. Voor zover ze daarop wel betrekking hebben geldt veelal dat de evenredigheid van de grondrechtsbeperking ook ter discussie kan worden gesteld met een claim op een grondrecht uit een grondrechtscatalogi waarin een evenredigheidsvereiste is opgenomen.

## 2.5 Impliciete evenredigheidstoets in de Grondwet?

Zoals hiervoor opgemerkt kent de Grondwet geen bepaling waarin expliciet een evenredigheidseis is opgenomen. Sommige auteurs menen echter dat in de Grondwettelijke beperkingssystematiek een impliciete evenredigheidseis ligt vervat.<sup>26</sup> Daar zijn inderdaad aanwijzingen voor. Ten eerste kan men het standpunt van de regering uit 2002 noemen naar aanleiding van het commissierapport ‘Grondrechten in het digitale tijdperk’. Volgens de regering blijkt het vereiste dat een beperking noodzakelijk moet zijn in een democratische samenleving reeds uit het karakter van een grondrecht, met andere woorden: grondrechten dienen altijd proportioneel te worden beperkt. De regering betreft deze noodzakelijkheidstoets overigens alleen op de wetgever. De wetgever heeft volgens de regering altijd de taak om te motiveren waarom een beperking (of een grondslag voor een beperking door middel van lagere regeling) nodig is in onze samenleving.<sup>27</sup> De regering lijkt hierbij geen rol te zien weggelegd voor de rechter, in de zin dat de rechter op basis van de Grondwet de proportionaliteit van lagere regelgeving zou mogen toetsen. Aangezien het hier niet gaat om een institutionele claim, in de zin dat niet betoogd wordt dat de rechter op grond van deze lezing van de Grondwet meer ruimte voor belangenafweging zou moeten krijgen, is deze opvatting voor de strekking van dit artikel verder irrelevant.

Ten tweede wordt wel gerefereerd aan de leer van de redelijke uitleg van grondrechten. Deze leer komt erop neer dat de rechter bij hoge uitzondering<sup>28</sup> mag oordelen dat een grondrechtsclaim onredelijk is vanwege de aard van de beperking. Stel bijvoorbeeld dat iemand een beroep doet op de betogingsvrijheid omdat het hem vanwege de verkeersveiligheid niet wordt toegestaan om te voet op de snelweg te demonstreren. In zulke gevallen is het redelijk dat de rechter oordeelt dat de claim buiten de reikwijdte van het grondrecht valt. Het gaat echter wel heel ver om de leer van de redelijke uitleg te zien als een verkapte grondwettelijke evenredigheidstoets.<sup>29</sup> Het uitgangspunt van de Grondwet is dat alle beperkingen op grondrechten moeten voldoen aan de eisen die de beperkingsclausule stelt. Bij de mondelinge behandeling van de grondwetswijziging van 1983 (toen de grondwettelijke beperkingssystematiek werd geïntroduceerd) legde de regering uit dat het zwaartepunt van de waarborg van de grondrechten vanwege het belang van rechtsgelijkheid niet ligt bij de rechter maar bij de wetgever en de lagere regel-

26 Groen & Verhey 2020 (*supra* noot 2).

27 *Kamerstukken II* 2000/01, 27460, nr. 1, p. 6

28 De grondwetgever waarschuwt dat de uitweg van de redelijke uitleg slechts met grote terughoudendheid mag worden gevolgd. Het gaat om het vinden van uiterste grenzen. *Kamerstukken II* 1975/76, 13 872, nr. 3, p. 21-22.

29 Zie hierover Groen & Verhey 2020 (*supra* noot 2), p. 426.

gevers.<sup>30</sup> Hiermee valt volgens mij moeilijk het idee te rijmen van een systematisch uit te voeren rechterlijke evenredigheidstoets. Als dat de bedoeling van de grondwetgever was geweest had hij dit wel toch wel expliciet zo in de Grondwet kunnen regelen?<sup>31</sup>

### 3 Fundamentele en institutionele bezwaren tegen rechterlijke belangenafweging in het kader van een evenredigheidstoets

#### 3.1 Rechterlijke belangenafweging

Zoals in de vorige paragraaf is opgemerkt is evenredigheid een toonaangevend aspect van de proportionaliteitstoets en kunnen overheidsorganen op grond van verschillende nationale en internationale normen een evenredigheidstoets uitvoeren. Ook is naar voren gebracht dat het bepalen van de evenredigheid van een grondrechtsbeperking veelal neerkomt op een belangenafweging tussen het belang dat schuilgaat achter het grondrechtsobject en dat van andere (grond)rechtsobjecten of het algemeen belang. In deze paragraaf gaan we specifiek in op een aantal rechtstheoretische bezwaren tegen het afwegen van belangen door niet-democratisch gekozen apolitieke organen, in het bijzonder de rechter.

Meerdere auteurs hebben zich kritisch uitgelaten over rechterlijke belangenafweging. Veel van deze kritieken richten zich op de moeilijkheid om rechterlijke belangenafweging te objectiveren.<sup>32</sup> Het idee dat men de belangen die achter grondrechten schuilgaan zou kunnen afwegen tegenover het algemeen belang of belangen van anderen (die zich eventueel ook beroepen op grondrechten) zou een simplificering zijn van de werkelijkheid. De belangen die achter (grond)rechten schuilgaan zouden veelal incommensurabele grootheden zijn. Dergelijke kritiek treffen we ook bij Habermas. Zijn kritiek onderscheidt zich van andere auteurs vanwege haar enerzijds fundamentele en anderzijds institutionele karakter. Habermas geeft duidelijk weer welke consequenties rechterlijke belangenafweging kan hebben voor de aard van het recht als normensysteem, respectievelijk de institutionele verhouding tussen de wetgever en de rechter. Zijn kritiek raakt daarmee mijns inziens de kern van het probleem van rechterlijke belangenafweging. In de hiernavolgende paragraaf vat ik een aantal belangrijke filosofische bezwaren van Habermas op rechterlijke belangenafweging samen. Vervolgens wil ik in de paragrafen daarna door een Habermassiaanse 'bril' de verschillen bekijken die er zijn tussen het grondwettelijke beperkingsregime en dat van grondrechtencatalogi met een evenredigheidsvereiste.

30 *Handelingen I* 1978/79, p. 1604; C.A.J.M. Kortmann, *De Grondwetsherziening 1983*, Deventer: Kluwer 1983, p. 54.

31 Vgl. Verhey 2003 (*supra* noot 4), p. 229; Kummeling 2001 (*supra* noot 4), p. 233-250.

32 Zie o.a. A. Aleinikoff, 'Constitutional Law in the Age of Balancing', *Yale Law Journal* 1987, p. 943; J. Tasioulas, 'Saving Human Rights from Human Rights Law', *Van der Bilt Journal of Transnational Law* 2019/52, p. 1180-1183; J. Urbina, 'A critique of proportionality', *American Journal of Jurisprudence* 2012, p. 63; G. Webber, *The Negotiable Constitution*, p. 89-100; J. Alder, 'Incommensurable Values and Judicial Review: The Case of Local Government', *Public Law* 2001, p. 717; J. Alder, 'The Sublime and the Beautiful: Incommensurability and Human Rights', *Public Law* 2006, p. 697-721; S. Tsakyrakis, 'Proportionality: An Assault on Human Rights?', *International Journal of Constitutional Law* 2009, p. 471-474.

### 3.2 Grondrechten als voorkeuren

Habermas stelt dat te veel ruimte voor rechterlijke *Güterabwägung* (belangenafweging) een veronachtzaming is van de wezenlijke structuur van het recht als hiërarchisch systeem van *normen*. Het is namelijk volgens Habermas zo dat rechtsvinding die uitgaat van het subsumeren van feiten onder rechtsnormen een heel ander karakter heeft dan rechtsvinding die de afweging van belangen op de voorgrond plaats. Dit komt volgens Habermas doordat belangen andere eigenschappen hebben dan normen. Belangen zijn teleologisch van aard: ze vormen als het ware een soort uitnodiging om als doel gerealiseerd te worden, terwijl normen deontologisch van aard zijn: ze worden opgevat als een verplichting. Belangen hebben daardoor ook een veel relatievere bindende kracht dan normen. Het zijn slechts voorkeuren voor bepaalde 'rechtsgoederen'. Normen<sup>33</sup> zijn daarentegen absoluut van karakter: ze worden geacht onvoorwaardelijk, te allen tijde door eenieder te worden gehoorzaamd. Verder kunnen belangen, in tegenstelling tot rechtsnormen, in hun geldigheid gradueel van aard zijn. Het is mogelijk om een belang tot op zekere hoogte te onderschrijven. Dit terwijl normen een binaire geldigheid hebben: ze zijn geldig of niet.<sup>34</sup>

In de literatuur wordt wel de opvatting gehuldigd dat grondrechten niet moeten worden opgevat als normen (met uitzonderingsbepalingen) die functioneren binnen een coherent systeem, maar als beginselen die tegenover elkaar en tegenover andere belangrijke maatschappelijke waarden moeten worden afgewogen om goed te kunnen worden toegepast.<sup>35</sup>

Hier is Habermas het duidelijk niet mee eens. Gezien de aard van normen en belangen stelt Habermas ten eerste dat het feit dat belangen 'slechts' voorkeuren zijn die met elkaar wedijveren om voorrang met zich brengt dat het lastig is om ze zoals normen in een logisch en coherent systeem onder te brengen.<sup>36</sup> Rechtsnormen worden – wanneer de feiten als zodanig kunnen worden gekwalificeerd – toegepast binnen een rationele systematiek. Habermas waarschuwt dat als een beperkingsregime niet – meer – wordt opgevat als een normensysteem maar als een samenraapsel van verschillende tegen elkaar af te wegen *belangen* de rechtsvinding zijn logische deductieve karakter verliest. De betekenis van grondrechten wordt dan niet meer gevonden in het kader van de interpretatie van rechtsnormen en de daarmee verbonden systematiek. In plaats daarvan is er met het oog op de gewenste belangenafweging ruimte om grondrechtelijke termen en begrippen creatief in te vullen.

33 Hierin zou Habermas mijns inziens enigszins kunnen worden genuanceerd. Normen van sociale grondrechten vormen hierop bijvoorbeeld vanouds een uitzondering. Ze waren oorspronkelijk bedoeld als rechtens niet afdwingbare normen. Men pleegt dan ook te spreken van inspanningsverplichtingen van de overheid. Tegenwoordig is het onderscheid tussen klassieke en sociale grondrechten moeilijker te maken. Het gaat gezien het rookverbod-arrest veeleer om de vraag of een rechtsnorm rechtstreekse kan werken (en dus bij de rechter kan worden afgedwongen). Vermoedelijk doelt Habermas in zijn tekst dan ook op normen die de potentie hebben om bij de rechter te kunnen worden afgedwongen.

34 J. Habermas, *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Massachusetts: MIT Press 1996, p. 255.

35 R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford: Oxford University Press 2002; G. van der Schyff, 'Kanttekeningen bij het rapport van de Staatscommissie Grondwet', *TvCR* 2011/1, p. 189; J. Gerards, *Belangenafweging bij rechterlijke toetsing aan fundamentele rechten* (oratie Leiden), 2006, p. 3.

36 Habermas 1996 (*supra* noot 34), p. 259.



Ten tweede stelt Habermas dat het recht opgevat als hiërarchisch systeem van rechtsnormen een scheidingsmuur creëert tussen recht en politiek, tussen de rol van de rechter en de wetgever.<sup>37</sup> Het gebruik van rechtsnormen binnen een hiërarchisch systeem zorgt als het ware voor een politieke ‘secularisering’ van het recht. Politieke belangen worden getransformeerd in rechtsnormen zodra in een open politiek discours (op voet van vrijheid en gelijkheid) tot een afweging van belangen is gekomen en deze afweging is neergelegd in een wet. Het recht krijgt dan een meer politiek-neutraal karakter omdat het politieke proces van belangenafweging reeds heeft plaatsgevonden en de algemeen geldende rechtsnorm een (politiek) gegeven is. Volgens Habermas wordt de scheidingsmuur tussen recht en politiek afgebroken als de rechter niet meer bezig is met het toepassen van rechtsnormen maar met een afweging van belangen. Dan bestaat het risico dat de rechter zich begeeft op het terrein van de politiek.

In de volgende paragrafen van dit hoofdstuk bekijk ik met inachtneming van hetgeen Habermas ons voorhoudt de werking van het grondwettelijke beperkingsregime en dat van grondrechtcatalogi waarin wel een evenredigheidsvereiste is opgenomen. In de eerste twee paragrafen (3.3 en 3.4) ga ik daarbij in op de fundamentele kwestie dat het recht als normensysteem door het evenredigheidsbeginsel verstoord kan raken en in de laatste twee paragrafen (3.5 en 3.6) komt dan de institutionele kwestie inzake het onderscheid tussen het juridische en het politieke domein aan de orde.

### 3.3 Grondwet als ‘categorization model’

De grondwettelijke beperkingssystematiek is vooral ingericht als rigide hiërarchisch normensysteem. Het is een systeem dat gekenmerkt wordt door strenge competentievoorschriften (normen) die bepalen welke wet- of regelgever bevoegd is om een beperking aan een grondrecht te stellen.<sup>38</sup> In wetten die een grondrecht beperken of die het bestuur of lagere regelgevers de mogelijkheid geven om een grondrecht te beperken kunnen vervolgens (in lijn met de doelcriteria) weer nieuwe normen (criteria) zijn opgenomen die bepalen onder welke strikte voorwaarde(n) een grondrecht mag worden beperkt. Een voorbeeld van een dergelijke wet is de Wet Openbare Manifestaties (WOM) waarin de publieke uitoefening van de vrijheid van godsdienst en de vrijheid van vergadering en betoging op een gelaagde manier wordt gereguleerd. Daarbij bepaalt de formele wetgever de kaders en de uitzonderingen en bepaalt hij in welke gevallen en onder welke voorwaarden andere (decentrale) overheidsorganen middels regelgeving of bestuur beperkingen aan grondrechten kunnen opleggen. In de Angelsaksische literatuur wordt een dergelijke systeem ook wel als ‘categorization model’ geduid. Een dergelijk model tracht omwille van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid van tevoren alle mogelijke rechtsvragen over (grond)rechten te beantwoorden door het gebruik van vooraf bepaalde categorieën.<sup>39</sup> Die categorieën kunnen dan worden opgevat als uitzonderingsbepalingen (dus in welke gevallen en onder welke omstandigheden een beperking op een grondrecht toch toelaatbaar is) zoals die zijn neergelegd

37 Habermas 1996 (*supra* noot 34), p. 259.

38 Dit wordt wel treffend geduid als een ‘culture of autorisation’ tegenover een ‘culture of justification’ (waaronder dan men het EVRM schaart) en waarin in plaats van de bevoegdheid de argumenten voor een beperking centraal staan. Zie A.E.M. Leijten, ‘De evolutie van mensenrechten en haar wisselwerking met de trias’, AA 2020/0901.

39 Barak 2012 (*supra* noot 1).

in een wet door de competente wet- of regelgever. De rechter bedient zich in een dergelijk model van meer conservatieve rechtsvindingsmethoden, zoals interpretatie van rechtsnormen, waardering en kwalificatie van de feiten en het kiezen van de juiste rechtsnormen ofwel de methoden die behoren tot een subsumptieve wijze van rechtsvinding.<sup>40</sup>

Tegenover een ‘categorization model’ zijn grondrechtcatalogi te plaatsen die een meer open einde-karakter hebben zoals grondrechtcatalogi waarbij een evenredigheidsvereiste onderdeel uitmaakt van het beperkingsregime.<sup>41</sup> Vanwege dit open einde-karakter is het mogelijk dat belangen die ten grondslag liggen aan grondrechten of rechten van anderen binnen bepaalde procedures door de rechter tegen elkaar kunnen worden afgewogen. Het EVRM is bij uitstek een voorbeeld van een grondrechtcatalogus met een meer open einde-karakter. In de meeste EHRM-zaken neemt het evenredigheidsvereiste en de daaraan verbonden redelijke belangenafweging (*fair balance*) een belangrijke positie in.<sup>42</sup> Vooral in het kader van de positieve verplichtingen van EVRM-grondrechten is de invloed van het vereiste van een redelijke belangenafweging groot.<sup>43</sup> Zelfs voor grondrechten waarvoor niet uitdrukkelijk een evenredigheidstoets is voorgeschreven leest het EHRM de noodzaak tot een belangenafweging in het EVRM zelf.<sup>44</sup> Het EHRM stelt keer op keer dat ‘inherent in the whole of the convention is a search for a fair balance between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual’s fundamental rights’.<sup>45</sup> Rechtsgeleerden die de jurisprudentie van het EHRM onderzoeken concluderen dan ook dat in de EHRM-jurisprudentie relatief weinig wordt beslist door de toepassing van rechtsregels en dat het EHRM zich met name richt op de afweging tussen individuele belangen en het daarmee concurrerende publieke belang.<sup>46</sup>

### 3.4 Rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en competentieverdeling

Aangezien de nationale rechter het EHRM dient te volgen in zijn uitleg van de verschillende termen en concepten (en dus ook van de evenredigheidstoets) die zijn neergelegd in EVRM-bepalingen betekent dit dat de wijze waarop het EHRM aan rechtsvinding doet zijn weerslag heeft op de nationale rechtspraak.<sup>47</sup> De wijze van rechtsvinding van het EHRM moedigt de nationale rechter aan om met betrekking tot het toepassen van EVRM-bepalingen een belangen-

40 Deze term heeft een nogal negatieve bijklank gekregen omdat hij vaak wordt gebruikt om aan te geven dat de rechter geen subsumptie-‘automaat’ is. Dat neemt niet weg dat subsumptie *an sich* een geijkte manier van rechtsvinding is.

41 G. Webber & P. Yowell, *Securing Human Rights through Legislation*, LSE Law, Society and Economy Working papers 17/2018, p. 13.

42 Webber & Yowell 2018 (*supra* noot 41), p. 12; Den Houdijker 2012 (*supra* noot 7), p. 5.

43 Gerards 2019 (*supra* noot 11), p. 229.

44 EHRM 7 juli 1989, 14038/88 (*Soering/Verenigd Koninkrijk*), par. 89.

45 J. Gerards, ‘The age of balancing revisited’, *EDPL* 2020/1, p. 13. Zij verwijst als voorbeeld naar EHRM 7 juli 1989, 14038/88 (*Soering/Verenigd Koninkrijk*), par. 89.

46 K. Möller, ‘Proportionality and Rights Inflation’, in: G. Huscroft, B.W. Miller & G. Webber (red.), *Proportionality and the Rule of Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2012, p. 156, 172; M. Kumm, ‘Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement’, in: G. Pavlakos (red.), *Law, Rights and Discourse: The legal philosophy of Robert Alexy*, Hart Publishing 2007, p. 139.

47 In dit verband spreekt men van *res interpretata* of kracht van interpretatie van de algemene principes die het EHRM heeft geaccepteerd in zijn jurisprudentie. Zie hierover Gerards 2019 (*supra* noot 11), p. 45.

afweging op de voorgrond te plaatsen.<sup>48</sup> De ruime *margin of appreciation* die het EHRM daarbij hanteert maakt dat het soms moeilijk is te voorspellen welk gewicht de nationale rechter aan bepaalde belangen toekent. Dit wordt nog eens versterkt door het feit dat het EHRM geregeld benadrukt dat het in de eerste plaats aan nationale rechters is om een oordeel over proportionaliteit te geven.

Al met al kan worden gesteld dat het invoeren van bepalingen uit grondrechtencatalogi met een evenredigheidsbeginsel op gespannen voet staat met de beginselen van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. Daarnaast wordt de competentieverdeling van de Grondwet (in de vorm van de attributie- en delegatiesystematiek) door een beroep op dergelijke bepalingen ondergraven omdat de rechter (of het bestuur) dan de evenredigheid van een grondwetsbeperking kan beoordelen terwijl dit in de beperkingssystematiek van de Grondwet eigenlijk een taak is die is voorbehouden aan een specifiek in de Grondwet genoemde wet- of regelgever.

De kritiek inzake rechtszekerheid en rechtsgelijkheid kan men ten dele ondervangen door, zoals het EHRM, voor bepaald type veel voorkomende zaken<sup>49</sup> een meer gecategoriseerde benadering te kiezen.<sup>50</sup> Dat wil zeggen dat de rechter een soort checklist hanteert die de rechterlijke belangenafweging een meer voorspelbaar karakter geeft. Deze checklist is dan het resultaat van de beantwoording van rechtsvragen die in eerdere jurisprudentie aan de orde zijn gekomen. Een dergelijke benadering komt uiteraard de rechtszekerheid en -gelijkheid ten goede. Deze oplossing blijft echter problematisch in het licht van de competentieverdeling die de grondwettelijke beperkingssystematiek voorschrijft. Men stelt dan, anders dan hoe de grondwetgever dit beoogde, zijn vertrouwen in de rechtsontwikkeling van een apolitek orgaan waarvan de leden niet democratisch zijn verkozen.<sup>51</sup>

Dit brengt ons in de volgende paragrafen bij het tweede hierboven genoemde institutionele bezwaar van Habermas. De afbrokkeling van de scheidingsmuur tussen recht en politiek.

### 3.5 Scheiding tussen politiek en recht

Habermas betoogt dat wanneer een constitutioneel hof grondrechtenkwesaties in de samenleving oplost door middel van een belangenafweging het automatisch een meer politiek-actieve rol op zich neemt.<sup>52</sup> Doordat er geen rationale standaarden zijn om het gewicht van een belang te bepalen,<sup>53</sup> is de afweging volgens Habermas ten diepste arbitrair. Hij waarschuwt dan ook dat in een belangenafweging redenen om een grondrecht te beperken de vorm kunnen krijgen van politieke argumenten. Als dat gebeurt dan wordt volgens Habermas de scheidingsmuur die in de rechtsorde door middel van het gebruik van (deontologische) rechtsnormen is opgewor-

48 Gerards 2019 (*supra* noot 11), p. 44.

49 Gerards noemt o.a. zaken met betrekking tot het uitzetten van immigranten, privacy, klokkenluiders.

50 Zie hierover Gerards 2019 (*supra* noot 11), p. 248.

51 Een ontwikkeling die – als het gaat om het EHRM – bovendien op zich kan laten wachten als er maar weinig rechtszaken aanhangig worden gemaakt.

52 Habermas 1996 (*supra* noot 34), p. 259.

53 Zie o.a. Aleinikoff 1996 (*supra* noot 32); Urbina 2012 (*supra* noot 32); Gerards 2020 (*supra* noot 45), p. 14. Zie in dit verband ook de relativerende opmerkingen van De Lange, zie De Lange 2021 (*supra* noot 15), p. 40.

pen tussen de rechterlijke macht en de wetgever opgeheven. De rechter verliest dan door zijn meer politieke rol zijn onafhankelijkheid ten opzichte van politieke besluitvorming.<sup>54</sup>

De grondwettelijke beperkingssystematiek kan men zien als een systematiek van normen die zoals Habermas stelt een scheidingsmuur tussen de politieke en de juridische sfeer bewerkstelligt. Primair is het de democratisch gelegitimeerde wetgever die op grond van artikel 81 Grondwet de bevoegdheid heeft gekregen om in het kader van een politiek proces belangen tegen elkaar af te wegen, wetgeving in te richten en bevoegdheden toe te delen.<sup>55</sup> Nu kan men zich afvragen wat inzake de belangenafweging de meerwaarde is van politieke besluitvorming ten opzichte van rechterlijke besluitvorming. Een antwoord op deze vraag kan worden gevonden in het werk van Arendt. Zij gaat in haar boek 'The Human Condition' in op het ideaal dat oorspronkelijk bij de oude Grieken aan politiek bedrijven ten grondslag lag. Zij stelt:

'Politiek bedrijven betekende volgens de oude Grieken dat alles werd beslist door woorden en overreding, en niet door macht en geweld. Mensen met geweld tot iets dwingen, bevelen in plaats van overreden, waren naar Griekse begrippen *voor-politieke* regeermethoden, kenmerkend voor het leven buiten de polis, voor het huiselijke en gezinsleven, waar het hoofd van de huishouding, de onbetwiste, oppermachtige heer en meester was, of voor het leven in de barbaarse Aziatische rijken; het despotisme van deze rijken werd vaak vergeleken met het besturen van de huishouding.'<sup>56</sup>

Dit oorspronkelijke ideaal van politiek bedrijven ligt ook ten grondslag aan het Nederlandse politieke poldermodel. Hoewel dit model helaas ook niet is gevrijwaard van 'botte machtspolitiek' is het in beginsel gericht op het door middel van *overreding* bereiken van consensus.<sup>57</sup> Het draait in dit model niet alleen om het bereiken van politieke meerderheden maar ook om het rekening houden met politieke minderheden. Het veronderstelt dat democratisch gekozen Kamerleden als gelijken in een machtsvrije ruimte door middel van een dialoog elkaar overtuigen van de juiste inhoud van wetten.<sup>58</sup> In het licht van het bovenstaande citaat zou men rechterlijke belangenafweging daarentegen kunnen duiden als een 'voor-politieke regeermethode'. Dit lijkt een wat gewaagde stelling te zijn maar als we de rechterlijke besluitvorming nader bekijken dan moeten we concluderen dat het een solistisch gebeuren is waarbij de geldigheid van het rechterlijk oordeel (rechterlijke bevelen, dwangsommen, straffen, maatregelen, etc.) niet gebaseerd is op het door overreding bereiken van consensus maar op het afdwingen van wat rechtens juist is (rechtmatigheid). De rechter hoeft in het rechtsproces niet het debat aan te gaan, hij hoeft zichzelf niet te verweren met argumenten maar hij kan als 'kenner van het recht' volstaan met een motivering van zijn uitspraak. Het rechtsproces wordt gekenmerkt door een asymmetrische verhouding (ongelijkheid) tussen burgers en de overheid (rechter) en door onvrijheid omdat

54 Habermas 1996 (*supra* noot 34), p. 258.

55 Vgl. A.E.M. Leijten, 'Robert Alexy en proportionaliteit in Nederland', *nederlandrechtsstaat.nl* 17 augustus 2021.

56 H. Arendt, *Vita Activa* (vert.), Amsterdam: Boom 1994, p. 36.

57 Zie over deze onder politicologen wijd verbreide opvatting bijvoorbeeld R.B. Andeweg, 'From Dutch Disease to Dutch Model? Consensus Government in Practice', *Parliamentary Affairs* 2000/53, p. 697-709; J.J.A. Thomassen, *De permanente crisis van de democratie* (afscheidsrede Twente), 2010, p. 4-46.

58 Overigens wordt het bepalen van de inhoud van wetten zeker niet geheel overgelaten aan politici. Wetgevingsjuristen en adviesorganen (zoals de Raad van State) hebben een belangrijke invloed. Die invloed ziet ook op de evenredigheid van wetsvoorstellen die grondrechten beogen te beperken. In de aanwijzingen voor de regelgeving (Ar) is in meerdere bepalingen een evenredigheidstoets voorgeschreven. Uiteindelijk is de definitieve besluitvorming omtrent de evenredigheid van wetsvoorstellen echter politiek van aard.

de overheid dicteert hoe het rechtsproces gevoerd moet worden. Deze onvrijheid komt ook tot uitdrukking in het feit dat rechterlijke belangenafweging een mindere grote reikwijdte heeft dan een politieke belangenafweging. In een politieke belangenafweging worden namelijk ook de belangen afgewogen van niet bij de rechterlijke procedure betrokken partijen.<sup>59</sup>

### 3.6 Het onvermogen van democratisch gekozen politieke organen

In het licht van bovenstaand ideaal van politiek bedrijven wordt de constitutionele keuze van de Grondwetgever om de belangenafweging primair toe te vertrouwen aan een (ten dele) democratisch gekozen politiek orgaan heel redelijk. Helaas, zo betoogt Gerards, kunnen democratisch gekozen politieke organen in de praktijk vaak geen goede besluiten nemen omdat ze zich niet zoveel gelegen laten liggen aan zorgvuldig feitenonderzoek en ze de belangen van bepaalde groepen of van personen in de samenleving negeren. Ook zouden ze soms te veel door politiek gewin worden geleid in plaats van door zuiver morele gronden.<sup>60</sup> Om deze redenen heeft zij weinig vertrouwen in een rechterlijke beoordelingswijze die meer uitgaat van ‘procedural review’ waarin de inhoudelijke belangenafweging wordt overlaten aan democratisch gekozen politieke organen. Zij is (bepaald) niet de enige. Zo stellen de staatsraden advocaat-generaal Wattel en Widdershoven in hun conclusie over het evenredigheidsbeginsel in het bestuursrecht dat we vanwege de misstanden bij de wetgever ons vertrouwen beter kunnen stellen in de rechter. De rechter is volgens deze auteurs veel beter dan de wetgever in staat om te bepalen wat een evenredige beperking van grondrechten is.<sup>61</sup>

Hier wringt dat de institutionele keuze van de grondwetgever om democratisch gekozen en politieke organen het primaat te geven in de afweging van belangen (waaronder het algemeen belang) een keuze is die voortvloeit uit een ideaal dat in de geschiedenis zoveel pennen in beweging heeft gezet en tot zoveel bloedvergieten heeft geleid dat het niet op basis van hoofdzakelijk praktische argumenten over het functioneren van de volksvertegenwoordiging opzij mag worden geschoven. Immers, dit ideaal uit de Griekse oudheid heeft na zijn ‘herontdekking’ in Europa geleid tot grote maatschappelijke revoluties. Sinds de Franse revolutie onderging het recht als gevolg daarvan een proces van politisering waardoor uiteindelijk de juridische rationaliteit ondergeschikt is geraakt aan de politieke rationaliteit.<sup>62</sup>

Dit proces terugdraaien zou betekenen dat men tornt aan een zwaar bevochten liberale verworvenheid. Mijns inziens zou men daarom behalve vanwege de inhoudelijke overtuigingskracht van dit ideaal ook vanwege de constitutionele geschiedenis die hiermee verbonden is niet te lichtzinnig moeten omspringen met de institutionele keuze van de grondwetgever. De vraag is bovendien of de praktische bezwaren die er zijn op de wijze waarop de mede(wetgever) zijn werk verricht niet weg kunnen worden genomen zonder dat daarvoor gelijk een principiële keuze moet worden gemaakt over de fundamenten van het staatsbestel. Wellicht is het beter

59 Hoge Raad 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE8462 (*Waterpakt*), r.o. 3.4.

60 Gerards 2020 (*supra* noot 45), p. 14.

61 Conclusie 7 juli 2021 van A-G Widdershoven en Wattel over de evenredigheidstoets door de bestuursrechter, ECLI:NL:RVS:2021:1468, p. 110. Zie in dit verband ook de kritiek op de wetgever van R.A.J. van Gestel, ‘Een (toe)slag in de lucht’, *Regelmaat* 2021/2, p. 86,87.

62 G.J. Veerman, *Over wetgeving*, Den Haag: SDU Uitgevers 2012, p. 175.

om in plaats van al het vertrouwen te stellen in de rechter eerst serieus te proberen om de positie van de wetgever te versterken. Bijvoorbeeld door strengere eisen te stellen aan het kamerlidchap, de Kamer(s) uit te breiden met meer Kamerleden zodat de wetgevingsdossiers beter verdeeld kunnen worden en door de Kamer(s) in hun controlerende en medewetgevende taak te ondersteunen met een robuuster ambtenarenapparaat.

#### 4 Wetgeving als oplossing voor grondrechtelijke vraagstukken

##### 4.1 Onvolkomenheden in het grondwettelijke beperkingsstelsel

De grote kracht van de evenredigheidsstoets is zonder twijfel dat een rechtszoekende in veel gevallen bescherming 'op maat' krijgt (de rechter kan door een belangenafweging optimaal rekening houden met de omstandigheden van het geval) en dat zijn belangen daardoor effectief worden beschermd. Grondrechtencatalogi met een evenredigheidsbeginsel 'scoren' op dat vlak over het algemeen beter dan het grondwettelijk stelsel. Gesteld kan worden dat de onmogelijkheid van 'bescherming op maat' de zwakke plek is van het grondwettelijke beperkingsregime.

Eigenlijk is dit geen zwakke plek van het grondwettelijke beperkingsregime maar is het de zwakte van de wetgever die zijn grondwettelijke taak onvoldoende heeft opgepakt. Opgemerkt dient te worden dat de wetgever natuurlijk niet van tevoren alle mogelijke scenario's kan overzien, waardoor hij nooit een uitputtende belangenafweging kan maken die resulteert in uiterst gedetailleerde wetgeving.<sup>63</sup> Er zal daarom voor bepaalde terreinen van het recht een wettelijk begrensde ruimte moeten zijn voor belangenafweging voor het bestuur en de rechter waarbij de rechter, tenzij de wet<sup>64</sup> anders bepaalt, de beleidsvrijheid van het bestuur zal moeten respecteren. Reeds Aristoteles onderkende al dat de wet nooit uitputtend kan zijn en dat er altijd gevallen zullen zijn die niet door de algemene regel kunnen worden gedekt.<sup>65</sup> Dat neemt niet weg dat de wetgever wel de plicht heeft om zo uitputtend mogelijk kwesties waarin grondrechten een rol spelen wettelijk in te kaderen door specifiek op de situatie toegesneden wetgeving en zo mogelijk gebonden bestuurlijke bevoegdheden. Dat is overigens ook wat Aristoteles lijkt te willen zeggen als hij stelt: 'Waar niet de wet regeert is geen sprake van staatsinrichting. De wet moet regeren over alles, [magistraten] moeten alleen individuele gevallen beoordelen; dan pas kan men van een staatsinrichting spreken.'<sup>66</sup>

Wanneer we bezien hoe de huidige grondrechtenbescherming in Nederland functioneert dan valt op dat er nog een aantal gebieden zijn waarbij de wetgever onvoldoende de regie heeft gepakt met als gevolg een grote vrijheid voor het bestuur en de rechter om tot belangenafweging over te gaan. Gezien het voorgaande zou ik – wellicht wat tegen de tijdsgeest in – ervoor willen pleiten om de ratio van de grondwettelijke beperkingssystematiek te eerbiedigen. Dit zou

63 Hier is reeds door veel auteurs op gewezen. Zie bijvoorbeeld: E.M.H. Hirsch Ballin, 'Dynamiek in de bestuursrecht-spraak. Over de betekenis van veranderingen in economie, politiek en samenleving voor de bestuursrechtelijke rechtsontwikkeling', in: E.M.H. Hirsch Ballin, R. Ortlep & A. Tollenaar, *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter* (VAR-pretadvies 2015), p. 9.

64 Of verdragsbepalingen of het EU-evenredigheidsbeginsel. Zie par. 2.4.

65 Aristoteles, *Retorica* I, II, 13, 1374a25-1374b, New York: Dover Publications. Zie hierover uitgebreid: F.S. Bakker, *Billijkheidsuitzonderingen* (diss. RU), Deventer: Wolters Kluwer, p. 35.

66 Aristoteles, *Politica* III, 16, 1287a20-a30, New York: Dover Publications.

allereerst kunnen door voor verschillende rechtsgebieden concrete evenredigheidsafwegingen in wetten neer te leggen die in het kader van grondrechtenbescherming handvaten kunnen bieden voor de rechter en het bestuur. Daarnaast zijn er ook meer algemene grondrechtelijke kwesties die vragen om meer regulering. In de paragrafen hierna ga ik hier nader op in.

#### 4.2 Opnemen van concrete evenredigheidsafwegingen in wetgeving

Grondrechtenbescherming op maat kan in belangrijke mate worden bereikt door méér en betere wetgeving.<sup>67</sup> In dat verband zou de wetgever bijvoorbeeld het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4 lid 2 Algemene Wet Bestuursrecht beter kunnen uitwerken in de Awb maar wellicht ook in verschillende andere bestuursrechtelijke wetten waardoor duidelijk wordt wanneer in verschillende contexten een besluit evenredig is.<sup>68</sup> Bijvoorbeeld in het kader van sociale grondrechten op het terrein van de huur- en zorgtoeslag (Wet op de huurtoeslag, Wet op zorgtoeslag, etc.) en het verlenen van bijstand (Participatiewet). Uiteraard moet ook gedacht worden aan het reguleren van de bevoegdheden van de burgermeester die raken aan de grondrechten van burgers. Bijvoorbeeld als het gaat om de openbare ordebevoegdheden (fouilleren, etc.) zoals die zijn neergelegd in de Gemeentewet en aan de bevoegdheden in het kader van de Opiumwet (het binnentreden en sluiten van woningen). In dergelijke regelingen moet dan worden opgenomen welk gewicht de wetgever in verschillende omstandigheden hecht aan algemene en particuliere belangen en welke mate van aantasting van grondrechten onder nader te beschrijven omstandigheden geoorloofd is. Dat hij daarbij eerder in de (EHRM-) jurisprudentie gevormde criteria in die wetgeving incorporeert ligt dan voor de hand. Van belang is dat de wetgever niet blijft steken bij abstracte beginselen. Het gaat erom dat wetgever op algemene wijze (maar wel zo nauwkeurig mogelijk) bepaalt wanneer (in welke concrete omstandigheden) de evenredigheid verlangt dat een specifiek belang een bepaald gewicht heeft en voorrang zou moeten krijgen op andere belangen met een onder die omstandigheden bepaald gewicht.

Een dergelijk toegesneden wettelijk kader voor evenredigheid in grondrechtelijke kwesties zou wellicht niet alleen behulpzaam zijn voor de bestuursorganen en de rechter in het bestuursrecht maar ook voor rechtssubjecten en de rechter in het strafrecht. Zo zou de wetgever bijvoorbeeld in het kader van het strafprocesrecht het op evenredige wijze uitoefenen van opsporingsbevoegdheden (bijvoorbeeld dwangmiddelen die ingrijpen op grondrechten) in een uitvoeriger wettelijk kader kunnen worden vastgelegd.<sup>69</sup>

Naast het opnemen van evenredigheidsafwegingen in een wettelijke kader in verschillende rechtsgebieden zou het gelet op de 'geest' van de Grondwet wellicht ook goed zijn om een aantal meer algemene grondrechtelijke kwesties te reguleren omdat die kwesties te veel ruimte geven voor rechterlijke en bestuurlijke belangenafweging.

67 Vgl. Webber & Yowell 2018 (*supra* noot 42), p. 13.

68 De *Venice Commission* van de Raad van Europa doet in het kader van de kinderbijslagaffaire een soortgelijk voorstel om de democratische rechtsstaat te verbeteren. Zie het rapport 'On the legal protection of citizens' van de *Venice Commission* van de Raad van Europa van 18 oktober 2021, Opinion no. 1031/2021, nr. 137 (p. 27).

69 P.H.P.H.M.C. van Kempen, 'Subsidiariteit, proportionaliteit en doelbinding als algemene beginselen: codificatie graag, maar meer volledig', *Delikt en Delinkvent* 2018/8.

### 4.3 ‘Vrije’ werking van grondrechten reguleren

Al enige tijd vindt er in veel Westerse landen een ontwikkeling plaats van proliferatie en inflatie van grondrechten.<sup>70</sup> Inzake de Nederlandse rechtsorde kan die ontwikkeling worden toegeschreven aan verschillende factoren. Ten eerste aan de toegenomen horizontale werking van grondrechten. Doordat grondrechten ook tussen burgers onderling zijn gaan werken hebben ze een veel ruimere werkingssfeer gekregen. Bovendien wordt die ruimere werkingssfeer veelal niet gedekt door de beperkingsclausule omdat die primair voor overheidsbeperkingen is geformuleerd. Men zoekt dan de toevlucht tot de invulling (interpretatie) van open privaatrechtelijke begrippen met behulp van grondrechten (indirecte horizontale werking). De rechter weegt dan bij de beoordeling van een geschil een in een grondrecht uitgedrukt belang af tegen een ander belang of andere belangen.<sup>71</sup> Ten tweede zou men het toenemende beroep op de positieve verplichtingen van grondrechten kunnen aanwijzen als een van de oorzaken voor bovengenoemde ontwikkeling. Hierdoor krijgen normen die oorspronkelijk het karakter hadden van afweerrecht (klassieke grondrechten) namelijk een extra dimensie doordat aan deze normen ook inspanningsverplichtingen van de overheid worden gekoppeld. Traditionele afweerrechten krijgen dan een socialiserende werking. Ook voor die situaties geeft de beperkingsclausule onvoldoende houvast en is het enige alternatief dat de rechter of het bestuur een belangenafweging verricht. Ten derde zou voor bovengenoemde ontwikkeling een oorzaak kunnen worden gevonden in de creatieve uitleg van EVRM-bepalingen door het EHRM (denk aan artikel 8 EVRM). Doordat het EHRM het EVRM interpreteert als ‘living instrument’ hebben grondrechten een dynamisch karakter waardoor hun reikwijdte niet altijd geheel te voorspellen blijkt. Dit heeft uiteraard gevolgen voor de wijze waarop de nationale rechter deze grondrechten toepast. Ten slotte kan men wijzen op de nieuwe interpretatie van de Hoge Raad van artikel 94 Grondwet (loslaten van de spoorwegstakingarrest-criteria). Hierdoor kunnen namelijk op het oog meer sociale grondrechten (verdragsbepalingen) die zich in beginsel richten tot de wetgever zo door de rechter worden uitgelegd dat ze rechtstreekse werking krijgen.<sup>72</sup> Het gevolg is dat bepaalde verdragsbepalingen, die tot voor kort slechts een inspanningsverplichting voor de overheid opleverden, in potentie kunnen leiden tot te honoreren (grondrechten)claims. Aangezien deze verdragsbepalingen meestal niet zijn uitgerust met een duidelijke beperkingsclausule en de wetgever de werking van deze bepalingen veelal niet heeft ingekaderd in duidelijke regelingen zorgt ook deze verandering in de jurisprudentie voor meer ruimte voor belangenafweging door de rechter en het bestuur.

De wetgever hoeft niet passief toe te zien hoe bovenstaande ontwikkeling zich doorzet. Hij heeft het instrumentarium om zijn eigen primaat weer meer op de voorgrond te plaatsen. Dat kan hij door het maken van meer wetgeving en vooral door wetgeving waaruit een heldere belangenafweging blijkt. Het mag duidelijk zijn dat dit dan niet alleen wetgeving betreft die de verticale verhouding tussen de staat en zijn burgers reguleert (publiekrecht) maar ook wetgeving die gericht is op horizontale verhoudingen (privaatrecht). Men denke bij dit laatste bijvoorbeeld aan de Algemene Wet Gelijke Behandeling (Awgb). Deze wet bepaalt in verschillende contexten wanneer er wel of niet een uitzondering gemaakt mag worden op het grondwettelijk

70 K. Möller, ‘Proportionality and Rights Inflation’, *LSE Law, Society and Economy Working Papers* 17/2013. Vgl. J. Tasioulas, ‘The inflation of concepts’, *aeon.co* 29 januari 2021.

71 Kortmann 1983 (*supra* noot 30), p. 45, 48, 49.

72 HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928 (*Staat/CAN*).



ke verbod op het maken van onderscheid. Zo weegt in sommige situaties het gewicht van andere grondrechten (bijvoorbeeld onderwijs- en godsdienstvrijheid) zwaarder wat een uitzondering rechtvaardigt. Een dergelijke wet die de horizontale verhoudingen tussen burgers regelt is ook heel goed voorstelbaar voor de werking van andere grondrechten. Met goede wetgeving kan de wetgever de rechter en in mindere mate het bestuur een stap voor zijn en daarmee recht doen aan zijn taak binnen de democratische rechtstaat.

## 5 Conclusie

Niet zomaar kan worden gesteld dat het grondwettelijke beperkingsregime ‘onder’ doet voor beperkingsregimes waarin wel een evenredigheidseis is opgenomen. De afwezigheid van een evenredigheidsvereiste in het grondwettelijke beperkingsregime kan juist ook worden beschouwd als reden om dit beperkingsregime te herwaarderen. Dit komt doordat aan grondrechtencatalogi met een evenredigheidseis een aantal kwetsbaarheden kleven. De evenredigheidseis werkt in dit verband namelijk rechterlijke belangenafweging in de hand wat op haar beurt ervoor zorgt dat de rechtspraak fundamenteel van karakter verandert. Belangenafweging is namelijk veel relatiever van aard dan toepassing van rechtsnormen. Dit problematiseert de werking van een logisch, coherent en consistent systeem. Verder schept belangenafweging ruimte voor een creatieve invulling van wettelijke termen. Hierdoor verbreekt de scheidingsmuur tussen recht en politiek of wordt op zijn minst het zicht op die scheidingsmuur vertroebeld.

Duidelijk is dat het evenredigheidsvereiste (maar ook de overige aspecten van proportionaliteit in brede zin) het mogelijk maakt dat het bestuur en de rechter aan burgers bescherming op maat kunnen bieden. Deze tekortkoming van het grondwettelijke beperkingsregime kan in belangrijke mate worden opgelost door middel van meer en betere wetgeving. Bijvoorbeeld door voor allerlei specifieke grondrechtelijke kwesties (extra) evenredigheidsafwegingen in de wet op te nemen. Daarnaast zou ook ten aanzien van meer algemene grondrechtelijke kwesties zoals de horizontale werking van grondrechten en de positieve verplichtingen van grondrechten, een wettelijk kader tot stand kunnen worden gebracht waaruit in verschillende contexten een heldere belangenafweging blijkt. De wetgever is daarvoor het aangewezen ambt omdat, zoals Teunissen zo mooi verwoordde, ‘het algemeen belang een afweging, harmonisatie en integratie van alle belangen eist door daartoe aangewezen en democratisch gelegitimeerde competente staatsorganen’.<sup>73</sup>

Wanneer de wetgever zijn grondwettelijke taak oppakt en wetgeving maakt die ervoor zorgt dat grondrechtelijke kwesties op een meer gedetailleerd niveau worden gereguleerd dan neemt hij de wind uit de zeilen van het bestuur en de rechter en beperkt hij de ruimte voor belangenafwegingen die worden verricht door apolitieke en niet democratisch gekozen organen. Hoewel de rechter dan nog wel het nationale recht kan toetsen aan EVRM-bepalingen (en andere rechtstreeks werkende verdragsbepalingen en EU-recht) zal hij worden afgeremd om in het kader daarvan zelf over te gaan tot een door een evenredigheidstoets ingegeven belangenafweging. Die belangenafweging is dan immers al gedaan door een politiek en democratisch gekozen orgaan en het ligt niet in de rede dat de rechter hier dan – tenzij hij meent dat het evident in strijd is

73 J.M.H.F. Teunissen, *Het burgerlijk kled van de staat: beschouwingen over de tweewegenleer* (diss. Maastricht); W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 309.

met hoger recht – zomaar aan voorbij zal gaan. Hij zal geneigd zijn om gezien het primaat van de wetgever de belangenafweging van de wetgever te respecteren of op zijn minst het ‘spoor’ te volgen dat de wetgever heeft uitgezet.

### **Naschrift van de redactie en oproep**

Het komt niet vaak voor dat de redactie van het *Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten* een artikel van een naschrift voorziet. Dit keer maken we een uitzondering. Het artikel van Jos Vleugel is onderdeel van een belangrijke discussie over de rol van evenredigheid en proportionaliteit in de democratische rechtsstaat. Vleugel richt zich daarbij primair op de Nederlandse grondwettelijke beperkingsystematiek en de vraag of het ontbreken van een proportionaliteits-toets daarbinnen nog steeds te rechtvaardigen valt. Hij pleit voor een herwaardering van de formele beperkingseisen die onze Grondwet stelt, en voor meer afweging op het niveau van de wetgever.

Dit onderwerp en het standpunt van Vleugel zijn relevant juist ook nu het kabinet in de huidige regeringsperiode constitutionele toetsing ‘ter hand’ gaat nemen.<sup>74</sup> Als we artikel 120 Grondwet aanpassen, en toetsing van formele wetgeving aan (klassieke) grondrechten mogelijk maken, ligt het dan in de rede om ook een proportionaliteitseis in te voegen? Maar er is meer. Evenredigheid staat ook volop in de belangstelling in het bestuursrecht. Zo verscheen in 2021 een conclusie van Widdershoven en Wattel over toetsing aan het evenredigheidsbeginsel bij niet-bestaftende bestuurlijke sancties en maatregelen.<sup>75</sup> In reactie daarop in haar uitspraak van 2 februari jongstleden liet de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State weten dat zij in de toekomst gaat werken met drietraps-evenredigheidstoets, daarbij gebruikmakend van een glijdende schaal van toetsingsintensiteit.<sup>76</sup> Intussen ligt er ook een conclusie<sup>77</sup> over toetsing aan het evenredigheidsbeginsel van lagere regelgeving, en zijn twee verzoeken gedaan voor conclusies over evenredigheidstoetsing als het gaat om respectievelijk beleidsregels en wetgeving in formele zin.<sup>78</sup>

De vraag naar proportionaliteit bij beperkingen van grondrechten kan niet los worden gezien van deze ontwikkelingen. Ook in de recente opinie van de Venetiëcommissie naar aanleiding van de Toeslagenaffaire komen evenredigheid in het bestuursrecht en grondrechtenbeperking samen.<sup>79</sup> Volgens de Commissie is de gebrekkige aandacht voor evenredigheid in de Nederlandse rechtsstaat een probleem. (Zie hierover de beschouwing van De Vries en Leijten in *NTM* 47/1.) De vraag wie en hoe dat beste op kan lossen, en hoe het bestuursrechtelijke evenredigheidsbegin-

74 Zie p. 2 van het coalitieakkoord, te raadplegen via [coalitieakkoord-2021-2025 \(7\).pdf](#); zie ook de Hoofdlijnenbrief minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 24 januari jl., te raadplegen via [hoofdlijnenbrief-minister-van-binnenlandse-zaken-en-koninkrijksrelaties.pdf](#) ([overheid.nl](#)).

75 Conclusie van A-G Wattel & Widdershoven van 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468.

76 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285.

77 Conclusie van A-G Wattel van 16 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:516.

78 Zie [www.raadvanstate.nl/actueel/nieuws/@130032/conclusie-afsluitingsregeling/](#); [www.raadvanstate.nl/actueel/nieuws/@130037/conclusie-over-evenredigheidstoets/](#)

79 European Commission for Democracy through Law (Venice Commission) (18 oktober 2021), The Netherlands. Opinion on the Legal Protection of Citizens, Opinion No. 1031/2021, CDL-AD(2021)031, te raadplegen via: [www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2021\)031-e](#) (Opinie Venetiëcommissie).

sel zich daarbij verhoudt tot de grondrechtelijke beperkingseisen, zal de komende jaren een centrale rol spelen.

Vandaar dat wij een oproep willen doen voor bijdragen die deze thema's oppakken: constitutionele toetsing, bestuursrechtelijke toetsing, evenredigheid, proportionaliteit, alternatieven daarvoor, en de (gewenste) rol van de verschillende machten. Dat kan in reactie op het artikel van Vleugel, maar mag ook in een bijdrage die een ander startpunt neemt. We nodigen uit tot het schrijven van een wetenschappelijk artikel of beschouwing, zodat ook het *NTM* kan bijdragen aan de discussie over deze belangrijke thema's. Heeft u vragen, ideeën of een concreet voorstel voor een bijdrage, neem dan contact op met de redactie via [NJCM-Bulletin@LAW.leidenuniv.nl](mailto:NJCM-Bulletin@LAW.leidenuniv.nl).