

Slingerbewegingen in de rechtsstaat

Janneke Gerards¹

Maatwerk en recht doen aan ‘de menselijke maat’ zijn dé bestuursrechtelijke modewoorden van deze tijd. *Ongekend onrecht* en de nasleep daarvan hebben ons geleerd dat er ruimte moet zijn voor uitzonderingen, voor toepassing van hardheidsclausules, voor verzachtende maatregelen. Tegelijkertijd blijft algemene, duidelijke normstelling noodzakelijk. Recht moet worden gedaan aan de eisen van voorzienbaarheid, rechtseenheid en rechtsgelijkheid. Deze bijdrage toont dat er tussen beide uitersten slingerbewegingen plaatsvinden en stelt de vraag naar het juiste midden. Mede aan de hand van de Straatsburgse jurisprudentie over de verhouding tussen algemene normstelling en individuele gevalsbeslissingen wordt gezocht naar objectieve aanknopingspunten om uit te kunnen komen bij een stabiel evenwicht dat past bij de gedachte van een weerbare rechtsstaat.

1. Inleiding

Maatwerk en recht doen aan ‘de menselijke maat’ zijn dé bestuursrechtelijke modewoorden van deze tijd.² Sinds het rapport *Ongekend onrecht* heeft laten zien dat grote groepen mensen onredelijk hard zijn geraakt door de kindertoeslagenwetgeving, is het klassieke juridische adagium ‘*dura lex sed lex*’ op zijn retour.³ *Ongekend onrecht* en de nasleep daarvan hebben ons geleerd dat er ruimte moet zijn voor uitzonderingen, voor toepassing van hardheidsclausules, voor verzachtende maatregelen, kortom: voor mogelijkheden om recht te kunnen doen aan de bijzondere omstandigheden van ieder concreet geval.⁴ Dat we die behoefte aan individualisering en maatwerk zo lang over het hoofd hebben gezien, komt misschien juist doordat we lange tijd zo sterk geloofden in het principe ‘de wet is hard, maar het is de wet’. Heel gek is dat ook weer niet, want algemene wetgeving heeft in een ‘weerbare’ rechtsstaat grote voordelen. Algemene, duidelijke normstelling is waardevol in het licht van legaliteitsprincipes zoals voorzienbaarheid, rechtseenheid en rechtsgelijkheid.⁵ Daarnaast is er het voordeel van democratische legitimatie. Niet alleen stelt de verkozen wetgever zelf de regels vast, maar door het nauwkeurig vaststellen van de verschillende normen heeft de wetgever ook veel invloed op de manier waarop die wetgeving in de praktijk wordt uitgevoerd.⁶

Ondanks deze voordelen van algemene wetgeving, hebben de evenzo grote nadelen nu gemaakt dat de slinger de andere kant op is gezwiept. Maar individuele gevalsbeslissingen en maatwerk hebben weer hun eigen nadelen. Daardoor is het waarschijnlijk dat de slinger op

den duur net zo hard weer terug zal zwaaien, mét de daar weer mee gepaard gaande problemen.⁷

Deze slingerbeweging is ongelukkig, in ieder geval bezien vanuit een materieel rechtsstatelijk perspectief waarbij het streven is om iedereen in staat te stellen volwaardig aan de samenleving deel te nemen.⁸ Zij past ook niet goed bij de gedachte van een weerbare rechtsstaat, die beschikt over mechanismen om de grondwaarden van die rechtsstaat duurzaam te beschermen. Daarom is het doel van deze bijdrage om te onderzoeken of de slinger in het midden stil kan komen te hangen, of in ieder geval kan worden voorkomen dat hij al te ver uitzwaait.⁹ Mijn stelling is dat het in dit licht nuttig is als alle staatsmachten zich meer gelegen laten liggen aan de uitgangspunten die het EHRM heeft geformuleerd voor de verhouding tussen algemene normstelling en individuele gevalsbeslissingen.¹⁰ Ik zal proberen dit te laten zien door eerst iets dieper in te gaan op de slingerbeweging die zich in Nederland voordoet (par. 2). Daarna bespreek ik de manier waarop het EHRM een evenwicht zoekt tussen de uitersten van

Een algemene regel zal nooit helemaal goed passen op de complexe en rommelige werkelijkheid

maatwerk en 'blanket rules' (par. 3). Ik besluit met een korte bespreking van de manier waarop de EHRM-uitgangspunten in Nederland bruikbaar kunnen zijn bij het vinden van een stabiele middenpositie die past bij de gedachte van een weerbare rechtsstaat (par. 4).

2. Slingerbewegingen: van algemene wetgeving naar individuele afwegingen en weer terug

2.1. Het nadeel van de algemeenheid van wetgeving: over- en onderinclusiviteit

In het kader van de toeslagenaffaire is veel aandacht gegeven aan het evenredigheidsbeginsel en het ontbreken van responsiviteit. Een belangrijk probleem in de relevante wetgeving was immers dat de consequenties ook bijzonder groot waren als de tekortkomingen of fouten eigenlijk maar klein van omvang waren.¹¹ Bovendien had de wetgever te weinig rekening gehouden met de behoeften van burgers en hun doenvermogen.¹²

Het ontbreken van differentiatie bij het opleggen van rechtsgevolgen en een gebrek aan oog voor het individu zijn echter niet de enige gebreken die aan wetgeving kunnen kleven.¹³ Ze hangen nauw samen met een ander probleem, namelijk dat een algemene regel nooit helemaal goed zal passen op de complexe en rommelige werkelijkheid. Tussman & TenBroek schreven al in 1949 over het probleem van 'over- en onderinclusiviteit' van wettelijke classificaties.¹⁴ Een wetgever moet tot op zekere hoogte abstraheren van de werkelijkheid om wetgeving voldoende breed te maken en zo algemene toepasbaarheid te garanderen. Tegelijkertijd betekent zo'n abstracte definitie dat de wet altijd ook toepasbaar zal zijn in gevallen waarvoor die niet is bedacht ('overinclusiviteit'). Bovendien zal de wet juist niet van toepassing zijn in gevallen die er, gelet op het doel, wel onder zouden moeten vallen ('onderinclusiviteit').¹⁵

Beide situaties zijn problematisch. Bij overinclusiviteit geldt dat vooral als een regeling belastend is voor de burger, terwijl onderinclusiviteit juist ongelukkig kan uitpakken bij bevoorrelende wetgeving. De wetgeving waar de toeslagenaffaire uit is voortgekomen laat dit zien. Sancties werden immers ook opgelegd aan mensen waarbij dat – gelet op het doel van de wetgeving – niet logisch was, omdat ze niet fraudeerden, maar alleen door een onbedoelde fout of onzorgvuldigheid een te hoge toeslag hadden gekregen. Dan ontstaat het probleem van overinclusiviteit dat Tussman & TenBroek al schetsten:

'Over-inclusive classifications reach out to the innocent bystander, the hapless victim of circumstance or association.'¹⁶

Om dit te voorkomen, moet de wetgever beter zijn best doen om de wet nauwkeuriger te maken.

2.2. 'Rule of law' en politieke wenselijkheid

Als de risico's van over- en onderinclusiviteit van wetgeving al zolang bekend zijn, kan de vraag rijzen waarom dan toch zo vaak voor algemene wetgeving wordt gekozen. Dit heeft allicht te maken met een overgrote aandacht voor de formele rechtsstatelijke vereisten van de 'rule of law'. Noties van legaliteit en rechtseenheid vragen om regels die intern consistent, voorspelbaar, duidelijk en gemakkelijk toepasbaar zijn.¹⁷ Ook voor de goede uitvoering van wetgeving is het van groot belang dat voor ambtenaren helder is wat ze moeten doen.¹⁸ Daarvoor is de besluitvorming minder afhankelijk van de subjectieve inzichten van de mensen die bij uitvoeringsorganisaties werken en dat beperkt risico's van willekeur en discriminatie. Dat algemene wetgeving 'volgens het boekje' wordt toegepast, zowel door uitvoeringsinstanties als door de rechter, past dus binnen het rechtsstatelijk systeem.¹⁹

Auteur

1. Prof. mr. J.H. Gerards is hoogleraar fundamentele rechten aan de Universiteit Utrecht.

Noten

2. Er is de afgelopen jaren een indrukwekkende hoeveelheid literatuur verschenen over deze twee noties. Zie onder meer R. Ortlep e.a., *Dilemma tussen menselijke maat en angst voor precedentwerking en willekeur*, Amsterdam/Heeren: UvA/OU 2023, *Kamerstukken II* 2023/24, 29279, nr. 814 (bijlage); W. Hendriks e.a., *Maatwerk als standaard?*, NSOB, 2022; S. de Vries, 'De (on)wenselijkheid van meer maatwerk', *NTB* 2022/113, p. 222-229; Y.E. Schuurmans, A.E.M. Leijten & J.E. Esser, *Bestuursrecht op Maat, Kamerstukken II* 2020/21, 29362, nr. 289 (bijlage); P.J. Huisman & N. Jak, 'Verschillende gezichten van bestuursrechtelijk maatwerk: interactie tussen wetgever, bestuur en bestuursrecht-

ter', *Gemeentestem* 2021/45, p. 244-260; K. Giezeman & N. Jak, 'Bestuursrechtelijk maatwerk. De wetgever en het bestuur aan zet', *NJB* 2020/572, afl. 9, p. 616-620. 3. *Ongekend onrecht, Kamerstukken II* 2019/20, 35510, nr. 2, p. 6-7; C. Smith & H. Kloosterhuis, 'Dura lex sed lex', *Ars Aequi* 2020, p. 1196. 4. Bijvoorbeeld B.J. van Ettekoven, 'Tussen wet en recht', *NJB* 2021/101, afl. 2, p. 98-107. 5. Zie hierna, par. 2.2. 6. Zie bijvoorbeeld W.J.M. Voermans, 'Legaliteit als middel tot een doel', in: *Controverses rondom legaliteit en legitimatie*, Preadviezen NJV 2011, Deventer: Kluwer 2011, p. 11. 7. Zie in andere termen ook Ortlep e.a. 2023, bijvoorbeeld p. 24. 8. R.J.N. Schlössels, J.J.J. Sillen & R.B.J. Tinnevelt, 'Inleiding – naar een weerbare rechtsstaat', *NJB* 2023/2814, afl. 39; R.J.N. Schlössels, J.J.J. Sillen & R.B.J. Tinnevelt

(red.), *Naar een weerbare rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2022, p. 10. Vgl. ook M. Scheltema, 'De responsieve rechtsstaat: het burgerperspectief', *NTB* 2019/24, p. 246-253. 9. Zie ook Schuurmans, Leijten & Esser 2021; Huisman & Jak 2021, p. 258. 10. Vgl. J.H. Gerards, 'Concrete redelijkheidstoetsing en de rechtspraak van het EHRM', in: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & J.P. Loof (red.), *Geschakeld*, Deventer: Kluwer 2009, p. 169-188. 11. O.m. A.F.M. Brenninkmeijer, "'De grondbeginselen van de rechtsstaat zijn geschonden" als "verschrikkelijk ongeluk"', *NJB* 2021/2, afl. 1, p. 10. 12. O.m. Schuurmans, Leijten & Esser 2021, p. 16. Zie over 'doenvermogen': WRR, *Weten is nog geen doen*, WRR: Den Haag 2017. 13. Zie voor andere gebreken o.m. M. Scheltema, 'Een wet van Meeden en Per-

daags bestuursrecht', Preadviezen Vereniging voor Wetgeving 2020.

14. J. Tussman & J. TenBroek, 'The Equal Protection of the Laws', *California Law Review* 1949 (37), p. 341-381. 15. Tussman & TenBroek 1949, p. 348. 16. Tussman & TenBroek 1949, p. 351. 17. Zie L.L. Fuller, *The morality of law*, Yale University Press 1969, p. 46 e.v. Zie ook Venetiëcommissie, *Rule of Law Checklist*, CDL-AD(2016)007-e; WRR, *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, Den Haag: WRR 2003, p. 18. 18. Vgl. A. Meuwese, 'Grip op normstelling in het datatijdperk', in: *Algemene regels in het bestuursrecht*, Den Haag: Boom 2017, p. 157. 19. Van Ettekoven 2021, p. 99; J.C.A. de Poorter, 'Ongekend onrecht in de kinderopvangtoeslag en de rol van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State', *JBPlus* 2021, p. 15.

Daarnaast blijkt algemene wetgeving prettig als symbool.²⁰ Duidelijke wetgeving komt vaak tot stand als er een politieke wens is om een bepaald probleem definitief op te lossen of een misstand uit de weg te ruimen. De wet heeft dan niet alleen als doel om bepaalde (gedrags)regels vast te leggen, maar ook om bepaalde waarden uit te dragen.²¹ Dat blijkt niet alleen uit de harde regelingen tegen misbruik van toeslagen of uitkeringen, die een reactie waren op uitkeringsfraude en die vooral duidelijk maken dat misbruik van publieke middelen niet kan worden getolereerd.²² Op een soortgelijke manier zijn er talrijke voorbeelden van wetsvoorstellen om minimumstraffen vast te leggen in het Wetboek van Strafrecht of om bepaalde straffen (zoals taakstraffen) niet meer op te leggen.²³ Met dergelijke voorstellen wordt duidelijk gemaakt dat hard moet worden opgetreden tegen criminaliteit om de samenleving veiliger te maken. Politici – zowel Kamerleden als bewindspersonen – kunnen zich met het voorstellen van dergelijke regelingen manifesteren en een politiek punt maken dat verder strekt dan de inhoud van de wet alleen. Zeker als dit wordt samengenomen met het hiervoor al genoemde voordeel van democratische legitimatie, is het best begrijpelijk dat politici en ambtenaren steeds weer vallen voor de voordelen van algemene normstelling.

2.3. Van algemene wetgeving naar maatwerk, en weer terug

Toch vormen de voordelen van legaliteit en (politieke) symboolwaarde niet als zodanig een antwoord op de problemen van disproportionaliteit en over- en onderinclusiviteit. Dit bleek in de jaren '00 al bij de harde toepassing van de terugzendwetgeving voor ingeburgerde asielzoekers. Daarbij kon op zichzelf een uitzondering worden gemaakt bij 'schrijnende gevallen', maar dat gebeurde niet of nauwelijks.²⁴ Op dat moment waren er protesten tegen de gevolgen van het harde beleid, dat ertoe leidde dat veel uitgeprocedeerde asielzoekers op straat terechtkwamen.²⁵ Toenmalig Minister Nawijn voor Vreemdelingenzaken beloofde daarop tijdens een van deze demonstraties 'met het hart' te zullen beslissen over dossiers van asielzoekers in schrijnende zaken.²⁶ Dat bracht de gemoederen enigszins tot bedaren, maar 'met het hart beslissen' blijkt in een rechtsstaat een lastig gegeven.²⁷ Om willekeur en rechtsongelijkheid te voorkomen, is belangrijk dat beslissingen op objectieve gronden worden genomen, dat ze worden gemotiveerd en dat vergelijkbare gevallen op een vergelijkbare manier worden beoordeeld.²⁸ Ook moet er goede rechtsbescherming bestaan voor mensen in wier nadeel is besloten.

Door de wens om precedenten serieus te nemen en het gelijkheidsbeginsel te kunnen respecteren,²⁹ treedt na verloop van tijd meestal enige 'stolling' van beslissingscriteria op. Dat gebeurde ook rond het beslissen 'met het hart' in schrijnende asielkwesties. Daarvoor circuleerden al in 2004 interne richtlijnen en later publiceerde Minister Hirsch Ballin een lijstje met relevante criteria.³⁰ Dergelijke criteria zijn noodzakelijk om de uitvoerbaarheid van wetgeving in de hand te kunnen houden.³¹ Zeker bij grote volumes is enige coördinatie via interne regels noodzakelijk om de besluitvorming werkbaar te houden.³² Op zichzelf staat de beschikbaarheid

Er blijkt een soort reflex te zijn waardoor de beschikbare beslissingsruimte geleidelijk aan steeds verder wordt dichtgetimmerd

van duidelijke criteria ook niet in de weg aan maatwerk. Toch blijkt er een soort reflex te zijn waardoor de beschikbare beslissingsruimte geleidelijk aan steeds verder wordt dichtgetimmerd.³³

Ook als maatwerk het uitgangspunt wordt, blijkt de slinger dus vrij gemakkelijk weer terug te bewegen naar algemene normstelling en naar het dichtregelen van bepaalde onderwerpen.³⁴ Dat geldt al helemaal als blijkt dat er bij de uitvoering van het individuele beleid misstanden optreden, variërend van willekeurige of onredelijke beslissingen tot politiek onwelgevallige besluiten. In dat geval kan de neiging groot zijn om orde op zaken te willen stellen en kan de wens ontstaan om duidelijke wetgeving aan te nemen. In 2019 werd bijvoorbeeld de omvang van de discretionaire bevoegdheid om te beslissen over schrijnende asielgevallen sterk teruggebracht.³⁵ Is dergelijke algemene, duidelijke wetgeving er eenmaal, dan kan dat weer leiden tot maatschappelijke en politieke kritiek, vooral als schrijnende individuele situaties daardoor niet op een passende manier worden opgelost.³⁶ En zo zwaait de slinger heen en weer, van individuele gevalsbeslissingen naar algemene wetgeving en weer terug.

3. Het EHRM en algemene regelgeving vs. individuele gevalsbeslissingen

Erg handig is de hiervoor beschreven slingerbeweging niet, juist omdat zowel individuele gevalsbeslissingen als algemene wetgeving hun eigen voor- en nadelen hebben. Het zou dan ook mooi zijn om wetgeving zo te kunnen maken dat die voldoende ruimte laat voor individualisering, zonder dat dat afbreuk doet aan de waarden van duidelijkheid, rechtsgelijkheid, rechtseenheid en rechtsbescherming. In het licht van die wens is het interessant om een uitstapje te maken naar de rechtspraak van het EHRM. Dat Hof heeft al lang en veelvuldig te maken met de problematiek van algemene wetgeving tegenover individuele gevalsbeslissingen. Gaandeweg heeft het daarbij een aantal criteria en algemene uitgangspunten geformuleerd die nuttig kunnen zijn voor het Nederlandse rechtsstatelijke debat.

3.1. Individuele gevalsbeslissingen als uitgangspunt

Het EHRM heeft Nederland al in de jaren negentig geka-pitteld vanwege de te harde uitwerking van algemene wetgeving. Dat gebeurde in de zaak *Kroon*, waarin een wettelijke presumptie centraal stond.³⁷ De presumptie luidde dat als een kind was geboren tijdens het huwelijk, de wettelijke vader ook de biologische vader was. Door de werking van deze presumptie was het niet mogelijk om een vaderschapsonkeningsprocedure te voeren, zelfs als er

grote twijfels waren over het vaderschap van de wettelijke vader. Het Hof was vernietigend over deze presumptie, vooral omdat die in het voorliggende geval tot onnodige hardheid leidde:

'In the Court's opinion, "respect" for "family life" requires that biological and social reality prevail over a legal presumption which, as in the present case, flies in the face of both established fact and the wishes of those concerned without actually benefiting anyone.'³⁸

Hieruit lijkt te kunnen worden afgeleid dat volgens het EHRM altijd een zekere individuele rechtvaardigheidsbeoordeling nodig is.³⁹ Inderdaad vormt ruimte voor 'maatwerk' een rode draad door de rechtspraak van het EHRM.

Ruimte voor 'maatwerk' vormt een rode draad door de rechtspraak van het EHRM

Ook nu nog hanteert het Hof individualiseerbaarheid van algemene regelgeving als uitgangspunt, net als aandacht voor de menselijke maat en voor de kwetsbaarheid van bepaalde (groepen) mensen.⁴⁰ Vanuit dat uitgangspunt geredeneerd hadden Nederlandse rechters misschien al eerder dan zij hebben gedaan de toeslagenwetgeving buiten toepassing kunnen laten, omdat duidelijk was dat die disproportionele effecten kon hebben voor de eigendomsrechtelijke positie of voor het privéleven van toeslagenouders.⁴¹

20. Bijvoorbeeld B.M.J. van der Klink, 'Symboolwetgeving. De opkomst, ondergang en wederopstanding van een begrip', *Regel-Maat* 2014, p. 5-26.

21. Van der Klink 2014, p. 8.

22. Zie bijvoorbeeld *Ongekend Onrecht* 2021, p. 37 e.v.

23. Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2019/20, 35328, nrs. 1-3; *Kamerstukken II* 2017/18, 35846, nrs. 1-3; *Kamerstukken II* 2011/12, 33151, nrs. 1-3; *Kamerstukken II* 2005/06, 30659, nrs. 1-3.

24. M. Peeters, 'Schrijnende zaken, emotie vervat in juridische termen', *A&MR* 2013, p. 23-28.

25. 'VluchtelingenWerk: asielbeleid door de ondergrens gezakt; Demonstratie; "Straks komt dat gezin tussen de junks terecht"', *Trouw* 15 januari 2003.

26. Zie ABRvS 21 december 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ5171; J. Mat, 'Hoe gaat uitzetten met je hart? Op "cursus schrijnendheid"', *NRC* 21 oktober 2006.

27. Zie nader Hendrixx e.a. 2022, p. 31-32. Vgl. ook F. Schauer, *Playing by the Rules*, Oxford: Clarendon Press 1991, p. 150 e.v.

28. Vgl. bijvoorbeeld ABRvS 21 december 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ5171, r.o. 2.6.1-2.6.2. Zie ook Ortlep e.a. 2023.

29. Of de 'vrees' van precedentwerking terecht is of niet, doet hier niet ter zake. Zie verder onder meer Ortlep e.a. 2023, p. 8 e.v.; S. van Heukelom-Verhage & F. van Tienen, 'Meer inzicht in vergelijkbare gevallen om grip te krijgen op het argument van precedentwerking', *NTB* 2021/65, p. 149.

30. Peeters 2013; zie ook K.E. Geertsema, 'Gelijke schrijnende gevallen. Liever wat minder rechtsgelijkheid aan de randen van de pardonregeling?', *A&MR* 2017, p. 284.

31. Zie ook Schuurmans, Leijten & Esser 2021, p. 23; Scheltema 2019, p. 250. In de asielzaken ging het om honderden aanvragen; zie Peeters 2013; Geertsema 2017.

32. Vgl. Ortlep e.a. 2023, p. 37.

33. Nader Hendrixx e.a. 2022, p. 46; Geertsema 2017.

3.2. Ruimte voor algemene regelgeving en het 'verdisconteren' van belangen

Tegelijkertijd ziet ook het EHRM de meerwaarde van algemene wetgeving. Daarbij accepteert het voor het sociale-zekerheidsrecht zelfs dat algemene regelgeving tot op zekere hoogte willekeurige of onredelijke gevolgen kan hebben, bijvoorbeeld doordat de wetgeving over- of onder-inclusief is.⁴² Toch aanvaardt het Hof algemene wetgeving die geen nadere individualisering toestaat alleen in uitzonderlijke gevallen. Precies daar is de mogelijke inspiratie gelegen voor de Nederlandse situatie.

Verschillende uitspraken van het EHRM zijn in dit licht het bespreken waard. De eerste is die in *Evans/het Verenigd Koninkrijk*.⁴³ Natallie Evans zou vanwege eierstokanker een operatie moeten ondergaan, waarna ze niet meer via natuurlijke weg zwanger zou kunnen worden. Daarom sprak zij met haar partner af dat zij voor de operatie een aantal eicellen zou laten wegnemen, die na bevruchting met het sperma van haar partner zouden worden ingevroren. Later zouden de bevruchte eicellen kunnen worden teruggeplaatst. Vlak na de operatie liep de relatie echter stuk, waarop de ex-partner zijn toestemming introk om de bevruchte eicellen terug te plaatsen. Volgens de toepasselijke wetgeving was terugplaatsing daardoor niet meer mogelijk. Natallie Evans betoogde voor zowel de nationale rechter als het EHRM dat de wetgeving onredelijk zware gevolgen voor haar had, omdat ze hierdoor geen enkele mogelijkheid meer had om een genetisch verwant kind te krijgen. De nationale rechters oordeelden dat de wetgeving geen ruimte liet voor een nadere afweging van belangen in het individuele geval. Het EHRM deelde dat oordeel.⁴⁴ De nationale wetgever had volgens het Hof grondig nagedacht over de regeling en de verschillende voor- en nadelen van alle betrokken gevallen uitdrukkelijk in zijn beoordeling betrokken.⁴⁵ Bovendien was een algemene regeling hier aangewezen vanuit het perspectief van rechtszekerheid.⁴⁶ Een duidelijke, algemene regeling had als voordeel dat de

Geertsema 2017.

34. Vgl. Hendrixx e.a. 2022, p. 46; Huisman & Jak 2021, p. 251.

35. *Stb.* 2019, 143.

36. Dit blijkt al naar aanleiding van de afschaffing van de discretionaire bevoegdheid ten aanzien van asielzoekers; zie bijvoorbeeld M. Middel, 'IND geeft "schrijnende gevallen" nauwelijks nog verblijfsvergunningen', *NRC* 18 april 2021.

37. EHRM 27 oktober 1994, nr. 18535/91, ECLI:CE:ECHR:1994:1027JUD001853591 (*Kroon e.a./Nederland*).

38. *Kroon*, par. 40.

39. Zie nader J.H. Gerards, 'De creativiteit van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en de rechten van het kind', in: C. Forder (red.), *Rechterlijke creativiteit en de rechten van het kind*, Amsterdam: Boom Juridische uitgeverij 2013, p. 47-60.

40. Zie nader J.H. Gerards, 'Procedural review by the ECtHR – a typology', in: J.H. Gerards & E. Brems, *Procedural review in*

European fundamental rights cases, Cambridge: Cambridge University Press 2017, p. 127-160, op p. 134. Zie recenter bijvoorbeeld EHRM 4 juli 2023, nrs. 13258/18 e.a., ECLI:CE:ECHR:2023:0704JUD001325818 (*B.F. e.a./Zwitserland*).

41. Zie ook A. al Khatib & T. Linders, 'Het EVRM als anker om een nieuwe toeslagen-affaire te voorkomen', *NJB* 2021/1321, afl. 18, p. 1479-1486.

42. Bijvoorbeeld EHRM 20 mei 2008, nr. 25379/02, ECLI:CE:ECHR:2008:0520JUD002537902 (*Twizell/het Verenigd Koninkrijk*), par. 24.

43. EHRM (GK) 10 april 2007, nr. 6336/05, ECLI:CE:ECHR:2007:0410JUD00633605 (*Evans/het Verenigd Koninkrijk*).

44. *Evans*, par. 89.

45. *Evans*, par. 86-87.

46. *Evans*, par. 89.

problemen van willekeur en inconsistentie zouden worden tegengegaan die inherent zijn aan individuele belangenafwegingen.⁴⁷

Deze redenering doet denken aan de benadering die de Hoge Raad al koos in het *Harmonisatiewet*-arrest en die de afgelopen jaren een 'revival' kende door het gebruik ervan in de conclusies van Wattel en Widdershoven respectievelijk Snijders met betrekking tot de toeslagenaffaire.⁴⁸ Het uitgangspunt van die benadering is dat de wetgever – gelet op zijn democratische legitimatie – de ruimte moet krijgen om de verschillende betrokken belangen te identificeren, te definiëren en uiteindelijk tegen elkaar af te wegen. Als dat is gebeurd, is het niet aan de rechter om over de redelijkheid van die wetgeving een ander oordeel te geven dan de wetgever al heeft gedaan (behoudens gevallen waarin de afweging in strijd blijkt te zijn met eenieder verbindende verdragsbepalingen). Dat geldt in ieder geval zolang een toepassing van de wet binnen de scenario's valt die de wetgever heeft bedacht. Voor die gevallen is immers een democratisch gelegitimeerde beslissing genomen.⁴⁹ Alleen als niet door de wetgever 'verdisconteerde' omstandigheden spelen, kan een individuele beoordeling alsnog op zijn plaats zijn.⁵⁰ In de andere gevallen respecteert de rechter het primaat van de wetgever.

3.3. Een extra element: aard en omvang van de belangen-aantasting

Weliswaar heeft de rechtspraak van het EHRM iets weg van de verdisconteerde-omstandighedenrechtspraak, maar de benadering is genuanceerder. Dit blijkt vooral uit een uitspraak uit 2005 over het ontnemen van het kiesrecht aan gevangenen in het Verenigd Koninkrijk: *Hirst*.⁵¹ De Britse wetgeving was duidelijk: geen enkele gevangene kon het kiesrecht behouden, ongeacht het soort misdrijf waarvoor deze was veroordeeld of de duur van de opgeleg-

De rechtspraak van het EHRM heeft iets weg van de verdisconteerde-omstandighedenrechtspraak, maar de benadering is genuanceerder

de straf. Het Hof betrok twee overwegingen in zijn beoordeling van deze wetgeving. De eerste was dat in het parlement nooit een expliciete afweging had plaatsgevonden van de bij de wetgeving betrokken belangen, waaronder het belang van het kunnen uitoefenen van het kiesrecht.⁵² Een tweede element betrof de ernst van de inbreuk die de wetgeving maakte op individuele belangen en het gewicht van die belangen: volgens het Hof ging het in deze zaak om een 'general, automatic and indiscriminate restriction of a vitally important Convention right'.⁵³ Het lijkt er hierdoor op dat het EHRM – zelfs als de wetgever wél een volwaardige afweging heeft uitgevoerd – bij dit soort verregaande beperkingen van individuele belangen toch enige differentiatie vergt. Latere rechtspraak bevestigt dit, al

laat die ook zien dat differentiatie nog niet hoeft te betekenen dat steeds een individuele uitvoeringsbeslissing wordt genomen. In oktober 2023 sprak het Hof zich bijvoorbeeld uit over Albanese wetgeving die het kiesrecht ontnam aan gevangenen die waren veroordeeld wegens zeer ernstige strafbare feiten.⁵⁴ Van een individuele beslissing was daarbij geen sprake: in de wetgeving was in algemene termen vastgelegd dat bij bepaalde categorieën misdrijven automatisch een kiesrechtontzegging volgde.⁵⁵ Toch achtte het Hof de wetgeving aanvaardbaar. De wetgever had namelijk zorgvuldig nagedacht over de vraag in welke categorieën van strafbaar handelen een ontzegging van het kiesrecht redelijk was.⁵⁶ Daarnaast was de wetgeving gedifferentieerd ingericht, in die zin dat niet aan alle gevangenen het kiesrecht werd ontnomen, maar dat alleen gebeurde bij bepaalde strafbare feiten, waarbij bovendien een logische aansluiting bestond tussen de maatregel van kiesrechtontneming en het strafwaardige gedrag.⁵⁷ Zo'n gedifferentieerde wettelijke regeling kan uiteraard nog steeds over- of onderinclusief zijn, maar het Hof achtte dat aanvaardbaar. Een verdergaande vorm van maatwerk is in dit soort gevallen dus niet noodzakelijk.⁵⁸

3.4. De 'Animal Defenders'-criteria

In 2013, in *Animal Defenders International*, zette het Hof een derde stap in het ontwikkelen van een raamwerk voor de verhouding tussen individuele gevalsbeslissingen en algemene wetgeving.⁵⁹ In deze zaak was een algemeen verbod aan de orde op politieke televisiereclame. Het doel van dit verbod was om de onpartijdigheid van de media te beschermen en te voorkomen dat vermogende partijen invloed zouden kunnen kopen.⁶⁰ In zijn uitspraak wees het Hof opnieuw op het belang van een zorgvuldige wettelijke belangenafweging bij het vaststellen van zo'n absoluut verbod.⁶¹ Daarnaast vermeldde het Hof twee omstandigheden waarin algemene regelgeving de voorkeur kan verdienen boven maatwerk. Allereerst kan het zijn dat individuele gevalsbeslissingen in een bepaalde context kunnen leiden tot willekeur, zoals het Hof in *Evans* al had aangegeven.⁶² Sommige kwesties kunnen zo gevoelig liggen dat het beter kan zijn om de te nemen beslissingen wettelijk voor te schrijven dan ze over te laten aan individuele ambtenaren. In de tweede plaats kan een algemene regeling de voorkeur verdienen als individuele beslissingen zouden kunnen leiden tot significante rechtsonzekerheid, tot een veelheid aan individuele procedures, tot hogere uitgaven en vertragingen, of tot discriminatie en willekeur bij de toepassing.⁶³

Het Hof voegde hier nog aan toe dat algemene regelingen sneller aanvaardbaar zijn naarmate de genoemde risico's sterker aanwezig zijn.⁶⁴ Aangenomen mag worden dat hierbij ook de in *Hirst* benadrukte elementen van het gewicht van de betrokken individuele belangen en de mate van differentiatie in wetgeving een rol spelen. Zorgt juist de algemeenheid van de betrokken regelgeving voor een vergaande aantasting van belangrijke individuele rechten, dan zou bescherming van die individuele rechten toch zwaarder kunnen wegen dan de wens van algemene regelgeving. Andersom kunnen de aard en het belang van een door de overheid nagestreefd doel – zoals bescherming van pluralisme in het publieke debat – maken dat de wetgever meer ruimte moet hebben om te bepalen welk soort regulering passend is.⁶⁵

Animal Defenders laat daarmee een genuanceerd stelsel van overwegingen zien die kunnen worden betrokken in de vraag wanneer algemene en absolute normstelling aanvaardbaar is. Daarnaast is duidelijk dat het Hof een voorkeur heeft voor wettelijke regelgeving die in zichzelf de nodige differentiatie omvat.⁶⁶ Als er een ruime beoordelingsmarge bestaat voor de staat, zoals op het terrein van sociale voorzieningen, is er bovendien meer ruimte voor de staat om de relevante categorieën vorm te geven.⁶⁷ Ook dan onderzoekt het Hof echter altijd – zij het terughoudend – of er voldoende aansluiting bestaat tussen de onderscheiden groepen en de met de regeling nagestreefde doelstellingen.⁶⁸

3.5. Procedurele zorgvuldigheid

Met de *Animal Defenders*-criteria lijkt het Hof ervoor te zorgen dat de slinger minder ver – en bovendien alleen weloverwogen – kan doorzwaaien in de richting van algemene regelgeving. Ook in de gevallen waarin wordt gekozen voor hardheidsclausules en maatwerkbepalingen, stelt het EHRM echter bepaalde eisen. Zoals eerder opgemerkt, heeft maatwerk – naast alle voordelen van verfijnde evenredigheidstoetsing en aandacht voor het individu – als risico dat besluitvorming wordt gekleurd door subjectieve oordelen van een uitvoeringsambtenaar of door institutionele vooroordelen die zijn ingebakken in algoritme-gedreven besluitvorming. In de loop van de tijd heeft het Hof de nodige positieve verplichtingen geformuleerd om dergelijke problematische gevolgen te voorkomen. Zo heeft het voor allerlei onderwerpen gewezen op het belang van training en bewustwording van uitvoerders, zeker waar het gaat om de inzet van risicobeoordelingsin-

strumenten.⁶⁹ Ook heeft het de noodzaak van goede normatieve kaders en duidelijke en voorzienbare beslissingscriteria (bijvoorbeeld in de vorm van beleidsregels) benadrukt bij de uitvoering van discretionaire bevoegdheden, net als de noodzaak van een goede, draagkrachtige en kenbare motivering van de uiteindelijk genomen beslissing.⁷⁰ In dit verband is van belang dat uitvoeringsorganen een discretionaire bevoegdheid ook echt moeten benutten. Als er wel afwijkingsruimte bestaat, maar uitvoerders maken daar – ten nadele van het individu – geen gebruik van omdat zij een wettelijk uitgangspunt feitelijk bindend achten, dan kan dat een schending van het EVRM opleveren.⁷¹ Daarnaast moet er een goede en zorgvuldige besluitvormingsprocedure zijn en moet er een mogelijkheid van rechtsbescherming bestaan.⁷² De hoogte van de eisen die het Hof hierbij stelt zijn opnieuw afhankelijk van het situatietype. Een hoge mate van precisie en zorgvuldigheid zijn vooral vereist bij vergaande of ‘geheime’ maatregelen – zoals een besluit tot interceptie van gegevens, besluiten rondom verkiezingsprocessen of rechtspositionele beslissingen ten aanzien van rechters.⁷³

4. Conclusie

Uit de rechtspraak van het EHRM rijst een genuanceerd beeld op van de verhouding tussen algemene wetgeving en individuele gevalbeoordeling. Deze rechtspraak laat zien dat van een slingerbeweging niet noodzakelijkerwijs sprake hoeft te zijn. Het is niet nodig dat ófwel wordt gekozen voor volledig algemene wetgeving, die nauwelijks ruimte laat voor individuele oordeelsvorming, ófwel voor maatwerk op alle punten. Anders gezegd: de slinger lijkt in het midden stil te kunnen worden gehangen.⁷⁴ Vanuit

Met de *Animal Defenders*-criteria lijkt het Hof ervoor te zorgen dat de slinger minder ver – en alleen weloverwogen – kan doorzwaaien in de richting van algemene regelgeving

47. Idem.

48. HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725 (*Harmonisatiewet*); Conclusie Staatsraden A-G Wattel en Widdershoven, 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468; Conclusie Staatsraad A-G Snijders, 18 mei 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1441.

49. Vgl. R.J.B. Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2009, p. 182.

50. Zo ook ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772, r.o. 9.11-9.14; zie nader onder meer J.J.J. Sillen, ‘De bestuursrechter en de toetsing van de wet aan algemene rechtsbeginselen’, *Ars Aequi* 2023, p. 355-363.

51. EHRM (GK) 6 oktober 2005, nr. 74025/01, ECLI:CE:ECHR:2005:1006 JUD007402501 (*Hirst/het Verenigd*

Koninkrijk (nr. 2)).

52. *Hirst*, par. 81.

53. *Hirst*, par. 82.

54. EHRM 24 oktober 2023, nrs. 68958/17 en 5 andere, ECLI:CE:ECHR:2023:1024 JUD006895817 (*Mysliihaka e.a./Albanië*).

55. *Mysliihaka*, par. 17-20.

56. *Mysliihaka*, par. 65.

57. *Mysliihaka*, par. 68.

58. *Mysliihaka*, par. 73-74. Vgl. ook EHRM 2 februari 2021, nrs. 25802/18 en 27338/18, ECLI:CE:ECHR:2021:02021

UD002580218 (*Strøbye en Rosenlind/Denemarken*), par. 113.

59. EHRM (GK) 22 april 2013, nr.

48876/08, ECLI:CE:ECHR:2013:0422

JUD004887608 (*Animal Defenders International/het Verenigd Koninkrijk*).

60. *Animal Defenders*, par. 88, 112 en 116.

61. *Animal Defenders*, par. 108.

62. Idem.

63. Idem.

64. *Animal Defenders*, par. 109.

65. *Animal Defenders*, par. 111.

66. Zie bijvoorbeeld EHRM 2 februari 2021, nrs. 25802/18 en 27338/18, ECLI:CE:ECHR:2021:02021JUD002580218 (*Strøbye en Rosenlind/Denemarken*), par. 119.

67. EHRM 26 oktober 2021, nr. 32934/19, ECLI:CE:ECHR:2021:10261JUD003293419 (*Šaltinytė/Litouwen*), par. 64, 77 en 80.

68. Idem.

69. Zie met name EHRM (GK) 15 juni 2021, nr. 62903/15, ECLI:CE:ECHR:2021:0615JUD006290315 (*Kurt/Oostenrijk*), par. 172.

70. Zie bijvoorbeeld EHRM (GK) 25 mei 2021, nr. 58170/13, ECLI:CE:ECHR:2021:0525JUD005817013 (*Big Brother Watch e.a./het Verenigd Koninkrijk*), par. 333, 335 en 361; EHRM (GK) 10 juli 2020, nr. 310/15,

ECLI:CE:ECHR:2020:0710JUD000031015 (*Mugemangango/België*), par. 109 e.v.

71. Zie bijvoorbeeld EHRM 5 mei 2022, nr. 8709/20, ECLI:CE:ECHR:2022:0505

JUD0000870920 (*Lia/Malta*), par. 66-67.

72. Zie de hierboven genoemde arresten. Vgl. ook EHRM 7 april 2022, nr. 20165/20, ECLI:CE:ECHR:2022:0405JUD002016520

(*Assemblée Chrétienne Des Témoins de Jéhovah d’Anderlecht e.a./België*), par. 54.

73. Zie naast de hierboven genoemde zaken bijvoorbeeld EHRM 29 juni 2021, nr.

27367/18, ECLI:CE:ECHR:2021:0629 JUD002736718 (*Broda en Bojara/Polen*), par. 146.

74. Dit is ook op andere plaatsen en met behulp van andere oplossingen betoogd; zie bijvoorbeeld L. Mitsinga, ‘Maatwerk bij de vaststelling en toepassing van beleidsregels’, *JBPlus* 2021, p. 82-94; Scheltema 2020.

het perspectief van een robuuste, weerbare rechtsstaat – waarin de grondwaarde van volwaardige participatie voor ieder individu terdege wordt beschermd – is het bij uitstek wenselijk om naar zo'n middenpositie te streven.

Het bereiken van deze situatie vergt wel de nodige inspanningen en mogelijk een ander perspectief bij alle staatsmachten.⁷⁵ De wetgever zou per te reguleren onderwerp zorgvuldig moeten nagaan of de in de EHRM-rechtspraak vastgelegde criteria pleiten voor algemene regelgeving. Als hij daarvoor kiest, moet hij daarnaast beoordelen hoeveel en welke ruimte er toch nog kan worden gelaten voor individueel maatwerk.⁷⁶ Wordt gekozen voor algemene wetgeving, zonder hardheidsclausules of uitzonderingsmogelijkheden, dan moet die gedifferentieerd worden ingericht, met goed oog voor de mate van aansluiting tussen de wetgeving, de daarmee te realiseren doelstellingen en de gevolgen voor individuele burgers.⁷⁷ Wordt gekozen voor ruim geformuleerde bevoegdheden, met veel mogelijkheden voor maatwerk, dan moet bij de uitvoering zorgvuldig worden opgetreden en moet worden voorzien in alle procedurele en inhoudelijke waarborgen die het EHRM vereist, in het bijzonder een goede motivering van de individuele gevalsbeslissingen.⁷⁸ Dit vergt tegelijkertijd dat de zaak niet moet worden dichtgerogeld: er moet enige ruimte blijven bestaan voor 'ambtelijk vakmanschap' en voor de 'menselijke maat'.⁷⁹

De wetgever zou per te reguleren onderwerp zorgvuldig moeten nagaan of de in de EHRM-rechtspraak vastgelegde criteria pleiten voor algemene regelgeving

75. Vgl. ook bijvoorbeeld T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Evenredigheidstoetsing van overheidshandelen: de winst- en verliesrekening per 2023', *NTB* 2023/316, p. 470-471.

76. Vgl. ook Venetiëcommissie, CDL-AD(2021)013, opinion no. 1031/2021 (Straatsburg, 18 oktober 2021), par. 137. Zie verder R. Oomkens e.a., *Hardvochtige effecten voor burgers door knelpunten in (uitvoering) wet- en regelgeving binnen de sociale zekerheid*, Zoetermeer, 2022, *Kamerstukken II* 2021/22, 29362, nr. 309 en de kabinetsreactie daarop (*Kamerstukken II* 2022/23, 29362, nr. 313). Zie daarnaast Ortlep e.a. 2023, p. 19.

77. Zie voor dit laatste punt ook Scheltema 2019, p. 253. Zie voor enkele mogelijkheden voor het creëren van flexibiliteit door de wetgever bijvoorbeeld Huisman & Jak 2021, p. 246 e.v.

78. Zie voor een aantal suggesties op dit punt nader Ortlep e.a. 2023, p. 29 e.v.

79. Ortlep e.a. 2023, p. 35-36 en 42-44.

80. ABRvS 1 maart 2023,

ECLI:NL:RVS:2023:772.

81. Dit is een vorm van procedurele toetsing; die is zinvol, maar moet wel met zorg worden toegepast. Zie daar-over nader L.F.M. Huijbers, *Process-based Fundamental Rights Review: Practice, Concept and Theory*, Cambridge: Intersentia 2019; zie eerder ook al J.H. Gerards, 'Wisselwerking tussen rechter en wetgever – naar een betere dialoog?', in: R. de Lange (red.), *Wetgever en grondrechten*, preadviezen Staatsrechtconferentie, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 161-199, op p. 179-182. Overigens zijn al interessante instrumenten ontworpen om de 'maatwerk-mogelijkheden' in wetgeving te onderzoeken; zie bijvoorbeeld A. Meuwese & J.

Voor de rechter betekenen de uitgangspunten van het EHRM dat hij nog iets verder moet kunnen gaan dan de Afdeling Bestuursrechtspraak in haar uitspraak van 1 maart 2023 heeft aangenomen, in ieder geval wanneer fundamentele rechten zijn geraakt.⁸⁰ De rechter moet in voorkomende gevallen dan niet alleen nagaan of een algemene wet onredelijk bezwarende gevolgen heeft als gevolg van niet verdisconteerde omstandigheden. De rechter moet ook onderzoeken of het wetgevingsproces zorgvuldig is geweest, in die zin dat de algemeenheid van de wet voldoende is overwogen en is onderzocht of er goede redenen waren voor het uitsluiten van individuele gevalsbeslissingen, bijvoorbeeld in de sfeer van het tegengaan van willekeur, onzekerheid of discriminatie.⁸¹ Zijn die redenen er niet, dan zal de rechter zelf moeten beoordelen of de nadelige gevolgen in het individuele geval evenredig zijn en zal hij zo nodig de wettelijke regeling buiten toepassing moeten laten.⁸² Ook zal het nuttig zijn als de rechter in meer algemene zin signalen afgeeft aan de wetgever met betrekking tot de houdbaarheid van de wet, met name als die in meerdere gevallen tot grondrechtenbeperkingen of onevenredige belangen aantasting dreigt te leiden.⁸³ Andersom kan de rechter het ook laten weten als algemene wetgeving of richtsnoeren ontbreken en juist daardoor rechtsonzekerheid of willekeur dreigt te ontstaan.

Op die manier wordt mogelijk de situatie bereikt die Aileen Kavanagh in haar recente boek *The Collaborative Constitution* heeft omschreven als die van constructieve samenwerking tussen staatsmachten met het oog op rechtsstatelijk aanvaardbare uitkomsten.⁸⁴ Die samenwerking tussen staatsmachten is moeilijk en vergt, zoals Kavanagh het omschrijft, hard werken in overeenstemming met 'ouderwetse' deugden als 'moderation and self-restraint, comity and compromise, civility and sensitivity, forbearance and fair play'.⁸⁵ Juist het streven naar een 'collaborative constitution' is echter van groot belang in een kwetsbare rechtsstaat en kan de weerbaarheid daarvan vergroten. Daar wordt uiteindelijk iedereen beter van. •

Wolswinkel, 'Maatwerk en bijzondere wetgeving: ondanks of dankzij?', *Kamerstukken II* 2020/21, 29362, nr. 289, bijlage.

82. Vgl. ook A.F.M. Brenninkmeijer & B.

Marseille, 'Een dialoog met de Raad van

State na de toeslagenaffaire', *NJB*

2021/575, afl. 8, p. 601-607, op p. 608;

Huisman & Jak 2021, p. 253. Ik pleitte hier

zelf al eerder voor; zie Gerards 2008, p.

176.

83. De ABRvS wees daar zelf al op (Van Ettehoven 2021, p. 107), net als anderen naar aanleiding van de toeslagenaffaire (bijvoorbeeld L.A. van Heusden, 'Terugkoppeling aan de bestuurswetgever: uitspraakbevoegdheden van de bestuursrechter bij de toetsing van algemeen verbindende voorschriften', *JBPlus* 2023, afl. 2, p.

77-90; Brenninkmeijer 2021, p. 9; Huisman

& Jak 2021, p. 255; De Poorter 2021, p.

17) of daar net voor (bijvoorbeeld M.W.C.

Feteris, 'Signalen van de Hoge Raad naar de wetgever', *RegelMaat* 2018, afl. 6, p. 349-362; R.M. van Male, 'Is terugkoppeling naar de wetgever een taak van de bestuursrechter?', *RegelMaat* 2018, afl. 6, p. 370-379). Pleidooien voor betere terugkoppeling worden overigens al veel langer gevoerd. Zie bijvoorbeeld Gerards 2008, p. 188-195 (met nadere bronvermeldingen); H.D. Tjeenk Willink e.a. (red.), *Terugkoppelen naar de wetgever*, Den Haag: Raad van State 2006; J.H. Van Kreveld, 'Terugkoppelen vanuit de rechtspraak naar de wetgever', *RegelMaat* 2006, afl. 6, p. 186-196.

84. A. Kavanagh, *The Collaborative Constitution*, Cambridge: Cambridge University Press 2023.

85. Kavanagh 2023, p. 404.