

ALS HET DE GEMEENTE BEHAAGT

Is de beoordelingsvrijheid bij het toekennen van respijtzorg een inbreuk op het recht op privéleven van de mantelzorger ex artikel 8 EVRM?

Sanny Fortuin •

Samenvatting | Volgens vaste jurisprudentie is mantelzorg onverplicht en onbetaald.¹ Het is zorg die, bij ontstentenis ervan, geleverd dient te worden door de gemeente. Bij het toekennen van vervangende zorg (ook wel respijtzorg genoemd) heeft de gemeente op basis van de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo) echter beoordelingsvrijheid.² Daarmee ontstaat er een spanningsveld tussen de vrijwilligheid van de mantelzorger en de beoordelingsvrijheid van de gemeente. Hier stel ik de vraag of deze beoordelingsvrijheid een inbreuk op het recht op privéleven van de mantelzorger oplevert ex artikel 8 EVRM.

Trefwoorden | [respijtzorg], [mantelzorg], [maatwerkvoorziening], [zelfbeschikkingsrecht], [beoordelingsvrijheid], [vagetermen].

DOI | 10.54195/NTM.24935

© Author(s); licensed under Creative Commons Attribution 4.0

1 Inleiding

Van huisgenoten wordt verwacht dat zij elkaar helpen als dat nodig is. Dat is niet alleen een sociale norm, maar ook een wettelijke die is vastgelegd in de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo).³ Daarvoor is de term ‘gebruikelijke hulp’ in het leven geroepen.⁴ Het is ‘hulp die naar algemeen aanvaarde opvattingen in redelijkheid mag worden verwacht van de echtgenoot, ouders, inwonende kinderen of andere huisgenoten.’⁵ Alle hulp die daarbovenop komt, en zorg die door mantelzorgers wordt verleend die niet inwonend zijn, is bovengebruikelijke hulp.⁶ Hierop bestaat een wettelijke aanspraak via de Wmo.⁷ Deze zorg kan gratis en vrijwillig geleverd worden, bijvoorbeeld door een mantelzorger, maar bij ontstentenis daarvan dient de gemeente dit te leveren.⁸ De relatie tussen de mantelzorger en de zorgvrager heb ik eerder gekwalificeerd als een natuurlijke verbintenis.⁹ Een mantelzorger heeft een dringende morele verplichting jegens de zorgvrager en kan niet zomaar weglopen.

■ Mr. S.E. Fortuin, promovenda aan de Open Universiteit, Heerlen.

1 Vgl. CRvB 11 januari 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:17; CRvB 25 januari 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:4317.

2 Vgl. art. 2.3.5 lid 3 en lid 6 Wmo.

3 Zie art. 1.1.1 Wmo. In de Wet langdurige zorg (Wlz) wordt deze term niet gehanteerd.

4 Zie art. 1.1.1 Wmo. In de Wet langdurige zorg (Wlz) wordt deze term niet gehanteerd.

5 Zie art. 1.1.1 Wmo. In de Wet langdurige zorg (Wlz) wordt deze term niet gehanteerd.

6 CIZ, Protocol gebruikelijke zorg, Driebergen, april 2005, p. 6.

7 CIZ 2005 (*supra* noot 6).

8 Ik bespreek dit in de volgende paragraaf.

9 S.E. Fortuin, ‘Mantelzorg: vrijwillig maar niet vrijblijvend’, *Handicap & Recht* 2022-1-2.

De Wmo geeft de mogelijkheid tot respijtzorg.¹⁰ Dat is vervangende zorg waarmee (een deel van de) mantelzorg overgenomen wordt door de gemeente. Respijtzorg is een zogenaamde maatwerkvoorziening ex artikel 2.3.5, lid 3 en 6 Wmo en kan alleen aangevraagd worden door de zorgvrager.¹¹ Een maatwerkvoorziening is een verstrekking op grond van de Wmo. Zij kan, zo wil het artikel 1.1.1 Wmo, met betrekking tot de mantelzorger ook toegekend worden ‘ten behoeve van zelfredzaamheid, daaronder begrepen kortdurend verblijf in een instelling ter ontlasting van de mantelzorger, het daarvoor noodzakelijke vervoer, alsmede hulpmiddelen, woningaanpassingen en andere maatregelen.’ Zelfredzaamheid is volgens artikel 1.1.1 Wmo ‘in staat zijn tot het uitvoeren van de noodzakelijke algemene dagelijkse levensverrichtingen en het voeren van een gestructureerd huishouden.’ Of een zorgvrager al dan niet zelfredzaam is, hangt van het oordeel van het college af.¹² Verder kan de gemeente van oordeel zijn, dat iemand zich voor hulp bij de Wet langdurige Zorg (Wlz) of de Zorgverzekeringswet (Zvw) moet melden.¹³ Door de beoordelingsruimte van de gemeente wordt de vrijwilligheid van de mantelzorger afhankelijk gemaakt van het oordeel van het college. En dat roept de vraag op of artikel 2.3.5, lid 3 en 6 Wmo een inbreuk op het recht op zelfbeschikking van de mantelzorger op grond van artikel 8 EVRM opleveren jegens de mantelzorger.

In het tweede lid van artikel 8 EVRM staan de situaties vermeld waarin een inbreuk op het recht op een privé- en gezinsleven wel zijn toegestaan. Ten eerste moet een inmenging bij wet voorzien zijn, en het moet noodzakelijk zijn in een democratische samenleving. Dit laatste alleen voor zover het in het belang is van de nationale of openbare veiligheid, het economisch welzijn van een land, ter voorkoming van wanordelijke en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of goede zeden, of van de rechten of vrijheden van anderen. Als aangetoond is dat de inmenging niet bij wet is voorzien, dan levert dit op zichzelf een schending op van artikel 8 EVRM.¹⁴ Het is dan niet meer nodig om aan te tonen dat de inmenging nodig was voor een legitiem doel in een democratische samenleving.¹⁵

Mijn onderzoek is primair juridisch-dogmatisch van aard: ik leg aan de hand van de Wmo uit wat respijtzorg is en waarom dit de mantelzorger raakt. De mantelzorger lijkt het slachtoffer te zijn van de beoordelingsruimte die het college van burgemeester en wethouders toekomt bij het toekennen van respijtzorg. Daarom stel ik de vraag of deze beoordelingsruimte ten aanzien van de mantelzorger strijd kan opleveren met artikel 8 EVRM.

10 Vgl. *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 3, par. 3.6, tweede alinea; Zie ook art. 1.1.1, lid 1 Wmo, maatwerkvoorziening: op de behoeften, persoonskenmerken en mogelijkheden van een persoon afgestemd geheel van diensten, hulpmiddelen, woningaanpassingen en andere maatregelen: 1°. ten behoeve van zelfredzaamheid, daaronder begrepen kortdurend verblijf in een instelling ter ontlasting van de mantelzorger, het daarvoor noodzakelijke vervoer, alsmede hulpmiddelen, woningaanpassingen en andere maatregelen.

11 Vgl. art. 1.1.1 Wmo jo art. 2.3.5, lid 3 en art. 3.1.1, lid 1 onder g, Wlz.

12 Zie art. 2.3.5, lid 3 Wmo.

13 Vgl. art. 2.3.5, lid 6 Wmo.

14 Europese Raad, *Guide on Article 8 of the European convention on Human Rights, Right to respect for private and family life, home and correspondence*, 31 augustus 2022, par. 21; Zie ook: EHRM 8 april 2003, 39339/98, par. 46 (*M.M./Nederland*).

15 Europese Raad, *Guide on Article 8 of the European convention on Human Rights, Right to respect for private and family life, home and correspondence*, 31 augustus 2022, par. 21; Zie ook: EHRM 8 april 2003, 39339/98, par. 46 (*M.M./Nederland*).

2 Mantelzorg en respijtzorg

2.1 Mantelzorg

Mantelzorg is volgens de Wmo:

‘hulp ten behoeve van zelfredzaamheid, participatie, beschermd wonen, opvang, jeugdhulp, het opvoeden en opgroeien van jeugdigen en zorg en overige diensten als bedoeld in de Zorgverzekeringswet, die rechtstreeks voortvloeit uit een tussen personen bestaande sociale relatie en die niet wordt verleend in het kader van een hulpverlenend beroep’¹⁶

Mantelzorgers in Nederland zorgen gemiddeld 13,2 uur per week.¹⁷ Zij verlenen ruim vijf jaar lang mantelzorg.¹⁸ Van die 13,2 uur zorg besteden zij vier uur aan administratieve lasten als er gebruik wordt gemaakt van overheidshulp of zorg via de zorgverzekeraar. Dat komt neer op 30,3 procent van hun tijd. Zoals gezegd is mantelzorg volgens vaste jurisprudentie onverplicht en onbetaald.¹⁹

In de Wmo gaat de wetgever ervan uit dat men zelf verantwoordelijk is voor zijn eigen leven en de organisatie daarvan.²⁰ Daarbij behoort het inschakelen van een eigen netwerk om een zo hoog mogelijke graad van zelfredzaamheid te realiseren.²¹ Zelfredzaamheid is een wettelijk, maar vaag begrip dat enigszins wordt ingekaderd door artikel 1.1.1 Wmo. Daarin staat dat huisgenoten elkaar dienen te ondersteunen met gebruikelijke hulp. Mantelzorg is altijd bovengebruikelijke hulp, hulp die gelijk is aan een maatwerkvoorziening. Dat wordt duidelijk uit de Memorie van Toelichting van de Wmo: ‘Indien niemand bereid of in staat is de mantelzorg te leveren, zal het college de betrokkene een maatwerkvoorziening moeten verstrekken.’²² Dit wordt de compensatieplicht genoemd.

Wat zijn de gevolgen als de mantelzorg minder zorg wil gaan leveren? Ik maak hier een versimpeld sommetje over de zelfredzaamheid. Laten we de maximale zelfredzaamheid voor dit voorbeeld op tien zetten. Stel u hebt niemand nodig om uw leven te leiden, dan hebt u een maximalenzelfredzaamheid van tien handelingen. Dit getal staat voor handelingen zoals aankleden, douchen, etc. Meneer A. is hulpbehoevend maar kan nog vijf handelingen zelf doen, de overige vijf worden geregeld door een mantelzorger Y. Meneer A. scoort nu een tien voor zelfredzaamheid. De mantelzorger wil er echter deels mee stoppen. Hij wil voortaan geen vijf, maar twee handelingen zorg leveren. Dan daalt de zelfredzaamheid van meneer A. van tien naar zeven. De gemeente moet nu drie handelingen compenseren via een maatwerkvoorziening.

16 Vgl. art. 1.1.1 Wmo.

17 CBS rapport van 29 november 2023, ‘Mantelzorg en vrijwilligerswerk in de zorg’, Den Haag: CBS 2023. publiek online, geraadpleegd oktober 2025, <https://www.cbs.nl/nl-nl/longread/aanvullende-statistische-diensten/2023/mantelzorg-en-vrijwilligerswerk-in-de-zorg/3-resultaten>.

18 Movisie, *5 miljoen Nederlandse mantelzorgers: de feiten en cijfers*, maart 2024, publiek online, geraadpleegd augustus 2025, <https://www.movisie.nl/artikel/5-miljoen-nederlandse-mantelzorgers-feiten-cijfers>.

19 Vgl. CvrB 25 november 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:4317; CRvB 11 januari 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:17, r.o. 4.2.2.

20 *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 3; Zie verder S. Klosse & G. Vonk, *Socialezekerheidsrecht in kort bestek*, Den Haag: BoomJuridisch 2023, p. 154.

21 *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 3; Zie verder S. Klosse & G. Vonk, *Socialezekerheidsrecht in kort bestek*, Den Haag: BoomJuridisch 2023, p. 154.

22 *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 3, p. 145.

Dat is geen vraag, noch iets dat zo behoort te zijn, het is een gegeven. Als mantelzorg (deels) wegvalt, ontstaat er een recht op meer zorg voor de zorgvrager.²³

2.2 Respijtzorg

Vaak wordt mantelzorg gestart en blijft het bij de relatie tussen de mantelzorger en de zorgvrager. Maar er kan een moment komen waarop de mantelzorg overheidshulp moet aanvragen omdat hij het niet meer redt. Om de mantelzorger te ondersteunen bij zijn zelfopgelegde taak, is er hulp mogelijk, respijtzorg genoemd. Artikel 2.3.5, lid 3 Wmo zegt:

‘Het college beslist tot verstrekking van een maatwerkvoorziening ter compensatie van de beperkingen in de zelfredzaamheid [...] voor zover de cliënt deze beperkingen naar het oordeel van het college niet op eigen kracht, met een algemeen gebruikelijke voorziening, met gebruikelijke hulp, met mantelzorg of met hulp van andere personen uit zijn sociale netwerk dan wel met gebruikmaking van algemene voorzieningen kan verminderen of wegnemen. [...]’

Hieruit blijkt dat mantelzorg blijkbaar tot een inherent onderdeel is gemaakt van de zelfredzaamheid van een hulpbehoevende. Mantelzorg is vrijwillig, dus tot zover is er niets mis met de formulering van artikel 2.3.5, lid 3 Wmo. Zodra echter de mantelzorger gebruik wil maken van diezelfde vrijwilligheid, maar ditmaal om niet te zorgen, blijkt dat daarvoor toestemming van het college van burgemeester en wethouders nodig is, gezien de beoordelingsruimte die het college krijgt in dit wetsartikel. De gemeente is de uitvoerder van de Wmo, en moet hiervoor een verordening en een plan maken.²⁴ Elke gemeente maakt zijn eigen regels. En daar blijft het niet bij. Artikel 2.3.5, lid 6 Wmo geeft het college nog meer ruimte:

‘Het college kan een maatwerkvoorziening weigeren indien de cliënt aanspraak heeft op verblijf en daarmee samenhangende zorg in een instelling op grond van de Wet langdurige zorg, dan wel er redenen zijn om aan te nemen dat de cliënt daarop aanspraak kan doen gelden en weigert mee te werken aan het verkrijgen van een besluit dienaangaande.’

Iemand kan toegang krijgen tot de Wlz als er permanente 24-uurs zorg nodig is. Of iemand toegang krijgt tot de Wlz wordt bepaald door het Centrum Indicatiestelling zorg (CIZ) en niet de gemeente. Dit wetsartikel geeft de gemeente de ruimte voor een wettig gecreëerde wachtlijst op grond van ‘redenen om aan te nemen’.

23 NB: ondanks dat de hulp van de gemeente een ‘voorziening’ heet, in tegenstelling tot een ‘recht’, levert ook een sociale voorziening volgens het EHRM een recht op. Vgl. EHRM 12 april 2006, 65731/01 en 65900/01, par. 53 (*Stec e.a./Verenigd Koninkrijk*). Dit onderwerp valt verder buiten het bestek van dit artikel.

24 Vgl. art. 2.1.1-2.1.3 Wmo.

3 Juridisch kader

3.1 Actoren

Diegene die hulpbehoevend is, kan zorg aanvragen en ontvangen op grond van de Wmo. De Wmo kent twee soorten voorzieningen: algemene voorzieningen, die vrij toegankelijk zijn voor alle burgers, zoals bijvoorbeeld een maaltijdservice of buurthuizen.²⁵ Voor het gebruik hiervan is geen voorafgaande toestemming nodig. Daarnaast zijn er maatwerkvoorzieningen.²⁶ Dat zijn voorzieningen die specifiek zijn afgestemd op de behoefte van de aanvrager. Deze voorzieningen dienen ter bevordering van iemands zelfredzaamheid in het geval er hulp of ondersteuning wordt aangevraagd.²⁷ Degene die deze hulp aanvraagt, wordt in de Wmo de 'cliënt' genoemd. In de praktijk heeft men het vaak over de zorgvrager, dit is de term die ik verder hanteer. Mantelzorg, is volgens artikel 1.1.1 Wmo 'hulp ten behoeve van zelfredzaamheid, [...] die rechtstreeks voortvloeit uit een tussen personen bestaande sociale relatie en die niet wordt verleend in het kader van een hulpverlenend beroep.' Mantelzorg wordt dus gegeven in het kader van het verhogen van de zelfredzaamheid van de zorgvrager. De grondslag is een sociale relatie. Verder geeft de mantelzorger deze zorg niet in het kader van een hulpverlenend beroep. Hiermee is een scheidslijn aangebracht tussen beroepsmatige hulp en niet-beroepsmatige hulp. Dit is voornamelijk van belang als een zorgvrager een persoonsgebonden budget (PGB) heeft. Het PGB valt buiten het bestek van dit artikel.

De gemeente heeft de wettelijke opdracht gekregen om de Wmo uit te voeren.²⁸ De fondsen hiervoor zijn afkomstig van het Gemeentefonds, specifieke regelingen (zoals tijdens de Corona pandemie), heffingen, subsidies en eigen bijdragen.²⁹

3.2 Wetgeving

Het credo van de Wmo is dat de burger zoveel mogelijk zelfredzaam dient te zijn.³⁰ Volgens artikel 1.1.1 Wmo betekent dit dat men in staat moet zijn een gestructureerd huishouden te voeren in combinatie met het uitvoeren van 'de noodzakelijke algemene dagelijkse levensverrichtingen'.³¹ Iemand moet in staat zijn zichzelf zonder hulp te kunnen redden, thuis en in de maatschappij.³² Een maatwerkvoorziening, waar respijtzorg er een van is, wordt slechts toegerekend als het iemands zelfredzaamheid verbetert.³³ Als onderdeel van de waardering van iemands zelfredzaamheid behoort ook wat de burger zelf kan 'regelen', zoals mantelzorg.³⁴

25 Vgl. art. 1.1.1 Wmo.

26 Vgl. art. 1.1.1 Wmo.

27 Vgl. art. 1.1.1 Wmo.

28 Vgl. art. 2.1.1 Wmo.

29 Het gemeentefonds en het provinciefonds zijn geregeld in de Financiële-verhoudingswet, *Stb.*1996, 576.

30 Wet maatschappelijke ondersteuning 2015, *Stb.* 2025/83, opschrift en aanhef.

31 *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 3, p. 123.

32 E. Klein Egelink, L. Veenman en M.F. Vermaat, 'Opvang in de Wmo? Alleen als je het echt niet zelf kan! Wet, recht en de gemeentelijke spagaat', *Handicap & Recht* 2020-2, p. 41-47.

33 Vgl. art. 1.1.1. Wmo bij 'maatwerkvoorziening'.

34 Vgl. art. 1.2.1, sub a Wmo.

Hieruit blijkt dat als iemand bijvoorbeeld tien handelingen voor zorg nodig heeft, en er is mantelzorg om dit op te vangen, dan is iemand dus 100 procent zelfredzaam en er geen beroep gedaan kan worden op overheidshulp.

Als men zorg nodig heeft, dan dient men daartoe eerst melding te maken bij de gemeente.³⁵ De gemeente moet nu binnen zes weken onderzoek doen naar de aard en omvang van de hulpvraag.³⁶ De gemeente verschaft de zorgvrager de uitkomsten van het onderzoek.³⁷ Daarna kan men pas een officiële aanvraag ex artikel 2.3.5 Wmo doen. En pas daarop volgt een besluit in de zin van artikel 1:3, lid 1 Awb. Indien noodzakelijk, kan men daarna pas bezwaar maken.³⁸

Omdat de mantelzorger de zorg levert die nu als respijtzorg van de gemeente wordt gevraagd, is hij een belanghebbende op grond van artikel 1:2 Awb. Hij heeft immers een eigen belang. Het is een persoonlijk belang, het is duidelijk te onderscheiden van de belangen van een willekeurige ander. Het is objectief bepaalbaar. Het is een rechtstreeks belang aangezien er een causaal verband is tussen de gevolgen van het besluit en de het getroffen belang. Daarbij is het een actueel belang.³⁹ Aangezien de aanvraag respijtzorg betreft, die dient ter ondersteuning van de mantelzorger, heeft deze nu de mogelijkheid om zelf een beroep te doen op het EVRM. De subjectieve rechten in het EVRM hebben in de regel directe werking in de zin van artikel 93 en 94 Grondwet. Doorgaans zal de bestuursrechter echter alleen individuele gevallen op grond van een besluit in de zin van de Awb toetsen, en is de rechtmatigheid van de wet zelf niet rechtstreeks object van toetsing.⁴⁰ In deze bijdrage staat de rechtmatigheid van een (deel van een) wetsartikel ter discussie. Deze rechtmatigheid kan in een bestuursrechtelijk geding alleen op indirecte wijze, via exceptieve toetsing, aan de orde komen. Directe toetsing is, de soms wat complexe afbakening tussen civiele en bestuursrechter daargelaten, in beginsel wel mogelijk bij deze civiele rechter. Deze is op basis van artikel 112 Grondwet bevoegd om van een vordering kennis te nemen, dat het vaststellen of uitvoeren van de desbetreffende regeling een onrechtmatige daad ex artikel 6:162 BW oplevert.⁴¹ De civiele rechter is ook bevoegd als de basis van de vordering geheel in het publiekrecht ligt.⁴²

4 Artikel 8 EVRM

4.1 Inleiding

Artikel 8 EVRM garandeert het individu in eerste instantie bescherming tegen willekeurige inmenging door de overheid in het leven van een individu, hetgeen in de basis een negatieve verplichting voor de Staat oplevert. Eerst beziet het of er sprake is van een inbreuk op artikel 8

³⁵ Vgl. art. 2.3.2 lid 1 Wmo.

³⁶ Vgl. art. 2.3.2 lid 1 en lid 4 Wmo.

³⁷ Vgl. art. 2.3.2 lid 8 Wmo.

³⁸ Vgl. art. 1:5 en art. 6:4 Algemene wet bestuursrecht.

³⁹ Zie R.J.N. Schlössels e.a., *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Band 1. Grondslagen, begrippen, normering, organisatie, wetgeving, uitvoering, handhaving (Staats- en bestuursrecht Wetenschap)*, Deventer: Wolters Kluwer 2024, p. 123 e.v.

⁴⁰ Vgl. art. 8:1 Awb.

⁴¹ Zie R.J.B. Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving*, (diss. Radboud universiteit Nijmegen), Deventer: Kluwer, 2009, p. 20.

⁴² Zie R.J.B. Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving*, (diss. Radboud universiteit Nijmegen), Deventer: Kluwer, 2009, p. 20. Schutgens verwijst ook naar de grondwetgever: *Kamerstukken II 1979/80, 16162, nr. 2, p. 6.*

EVRM. Het Hof toetst in dat verband of de bij het Hof ingediende klacht valt onder de reikwijdte van artikel 8 EVRM. Vervolgens beoordeelt het EHRM of die inbreuk gerechtvaardigd is. In het tweede lid van artikel 8 EVRM staan de situaties vermeld waarin een inbreuk op het recht op een privé- en gezinsleven zijn toegestaan. Ten eerste moet een inmenging bij wet voorzien zijn, en noodzakelijk zijn in een democratische samenleving. Dit laatste alleen voor zover zij een aantal limitatief in lid 2 opgesomde belangen dient, zoals de nationale of openbare veiligheid, het economisch welzijn van een land, de voorkoming van wanordelijke en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of goede zeden, of van de rechten of vrijheden van anderen. Als aangetoond is dat de inmenging niet bij wet is voorzien, dan levert dit op zichzelf een schending op van artikel 8 EVRM.⁴³ Het is dan niet meer nodig om aan te tonen dat de inmenging nodig was voor een legitiem doel in een democratische samenleving.⁴⁴

Met name de vraag of een inmenging wel noodzakelijk is in een democratische samenleving is in de toetsingspraktijk van het EHRM van groot belang.⁴⁵ Deze noodzakelijkheidstoets impliceert volgens de jurisprudentie van het EHRM namelijk tevens een proportionaliteitstoets.⁴⁶ Bij deze toets hebben lidstaten doorgaans een zekere beoordelingsvrijheid (*margin of appreciation*), en deze is niet onbeperkt.⁴⁷ De vraag of deze *margin of appreciation* is overschreden is (uiteraard) aan het EHRM.

Ik ga in deze bijdrage eerst in op de vraag in hoeverre de beoordelingsruimte van het college bij het toekennen van respijtzorg, en een daaruit volgend negatief besluit een inbreuk oplevert op het recht op zelfbeschikking zoals dat wordt beschermd door artikel 8 EVRM. In dat verband zie ik eerst of uit artikel 8 EVRM zo'n recht op zelfbeschikking voortvloeit. Vervolgens onderzoek ik of aan de beoordelingsruimte jegens de mantelzorger een positieve, dan wel een negatieve verplichting is verbonden. Ik betoog dat hier sprake is van een positieve verplichting. Vervolgens ga ik in op de vraag in hoeverre de beoordelingsruimte van het college de effectieve uitvoering van die positieve verplichting in de weg staat. Ik ga daartoe in op de proportionaliteit van de huidige regeling in de Wmo.

4.2 Is het zelfbeschikkingsrecht aan de orde?

Alvorens het EHRM toekomt aan de proportionaliteitstoets, moet er natuurlijk bezien worden of er een inbreuk is op het zelfbeschikkingsrecht en zo ja, of het dan gaat om een schending van een positieve of een negatieve verplichting. Ik bespreek eerst de vraag om welke inbreuk het precies gaat. Daartoe moet eerst bezien worden of de beoordelingsruimte van artikel 2.3.5, lid 3 en lid 6 Wmo onder de reikwijdte van artikel 8 EVRM valt.

43 Raad van Europa, *Guide on Article 8 of the European convention on Human Rights, Right to respect for private and family life, home and correspondence*, 31 augustus 2022, par. 21; Zie ook: EHRM 8 april 2003, 39339/98, par. 46 (*M.M./Nederland*).

44 Raad van Europa, *Guide on Article 8 of the European convention on Human Rights, Right to respect for private and family life, home and correspondence*, 31 augustus 2022, par. 21; Zie ook: EHRM 8 april 2003, 39339/98 (*M.M./Nederland*), par. 46.

45 EHRM 26 april 1979, 6538/74, par. 59 (*SundayTimes/Verenigd Koninkrijk*).

46 EHRM 24 maart 1988, 10465/83, par. 67 (*Olson/Zweden*, nr. 1).

47 EHRM 24 maart 1988, 10465/83, par. 67 (*Olson/Zweden*, nr. 1).

Het recht op een privéleven wordt door het EHRM ruim geïnterpreteerd.⁴⁸ Het betekent in ieder geval dat men een eigen sociaal leven en een eigen sociale identiteit moet kunnen opbouwen.⁴⁹ Het respect voor een privéleven gaat verder dan relaties binnen de eigen vertrouwde kring.⁵⁰ Het gaat om het recht om buiten de vertrouwde omgeving sociale contacten te vestigen en te onderhouden.⁵¹

Een van de maatwerkvoorzieningen is het kortdurend verblijf in een instelling ter ontlasting van de mantelzorger.⁵² Als het college volgens zelf opgestelde criteria moet beoordelen of iemands zelfredzaamheid afneemt zodra de mantelzorger (deels) afhaakt, dan hangt het lot van de mantelzorger af van het oordeel van het college, omdat een mantelzorger in theorie wellicht vrij is om te stoppen met zorgen, maar dit feitelijk niet kan doen zonder vervangende hulp, omdat zijn naaste niet zonder hulp kan. De mantelzorger die minder wil gaan zorgen, wordt door deze beoordelingsruimte beperkt in het beschikken over zijn eigen lot. Mantelzorgers verlenen vrijwillig zorg, die de gemeente zou moeten leveren als er geen mantelzorg is. Hieraan mag in mijn optiek ook de mantelzorger een gerechtvaardigde verwachting ontleen op respijtzorg. Door de beoordelingsruimte van het college wordt de vrijwilligheid van de mantelzorger geweld aangedaan. Er is door de Staat een wettelijke regeling getroffen ter ondersteuning van de mantelzorger. Daarmee heeft de Staat deze kwestie zich aangetrokken. Hierdoor vallen deze wetsartikelen mijns inziens onder de reikwijdte van artikel 8 EVRM.

Wil er sprake zijn van een inmenging op het zelfbeschikkingsrecht dan dient een (deel van een) wetsbepaling de organisatie van het privé- of familieleven van de mantelzorger noodzakelijkerwijs te raken.⁵³ Mantelzorg kost tijd, veel tijd. Tijd die men niet aan zijn privé- of familieleven kan besteden. Ook is het algemeen bekend dat een mantelzorger niet zomaar kan wegglopen van de zorg.⁵⁴ Zorg voor bijvoorbeeld een kind met beperkingen stopt nooit. Het proces van ouders die steeds minder zelfredzaam worden, laat zich ook niet terugdraaien. Ook het zesde lid van artikel 2.3.5 Wmo geeft de gemeente via een kan-bepaling de mogelijkheid om een aanvraag te weigeren als er naar het oordeel van het college redenen bestaan dat iemand een beroep kan doen op een andere wet. Met het zesde lid wordt de beoordelingsruimte van het derde lid feitelijk uitgebreid.

De beoordelingsruimte van artikel 2.3.5, lid 3 en 6 kan tot een inbreuk op het recht van autonomie en zelfbeschikking aanleiding geven. Het wetsartikel is dusdanig geformuleerd dat de vrijwilligheid van de mantelzorger afhankelijk wordt gemaakt van het oordeel van het college. Neemt het college op basis van de beoordelingsruimte een negatief besluit over de toekenning van respijtzorg, dan zal dat besluit – en daarmee indirect ook de beoordelingsruimte waarop

48 T. Wuyts, 'Autonomie in het personenrecht: de rol van artikel 8 EVRM en het EHRM in een samenleving in beweging – deel 1', *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* 2023-4, 8 december 2022; Zie verder EHRM 5 september 2017, 61496/08, par. 70 (*Barbulescu/Roemenië*).

49 T. Wuyts, 'Autonomie in het personenrecht: de rol van artikel 8 EVRM en het EHRM in een samenleving in beweging – deel 1', *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* 2023-4, 8 december 2022; Zie verder EHRM 5 september 2017, 61496/08, par. 70 (*Barbulescu/Roemenië*). Zie ook EHRM 16 december 1992, 13710/88 (*Niemietz/Duitsland*).

50 Zie ook EHRM 16 december 1992, 13710/88, par. 29 (*Niemietz/Duitsland*).

51 Zie ook EHRM 16 december 1992, 13710/88, par. 29 (*Niemietz/Duitsland*).

52 Vgl. art. 1.1.1 Wmo.

53 EHRM 22 maart 2012, 30078/06, par. 130 (*Konstantin Markin/Rusland*); Zie ook EHRM 11 oktober 2022, 78630/12, par. 72 (*Beeler/Zwitserland*).

54 Nationale Ombudsman, 'Mantelzorg: de laatste stand van zaken. Waar lopen mantelzorgers tegenaan?', Nieuwsbericht 7 december 2021.

het besluit rust – een inbreuk opleveren op het in artikel 8 EVRM besloten liggende recht op autonomie. Zoals ik al eerder heb betoogd, zie ik de relatie tussen de mantelzorger en de zorgvrager als een natuurlijke verbintenis ex artikel 6:3 BW.⁵⁵ Een naaste of bekende heeft dringend hulp nodig en iemand voelt zich moreel verplicht om de ander bij te staan. Het is deze morele verplichting waardoor een mantelzorger niet zomaar kan stoppen met zorgen als overbelasting dreigt, zoals vaak gebeurt. Dit laatste wordt ook bevestigd door de Nationale Ombudsman.⁵⁶ Een natuurlijke verbintenis is niet afdwingbaar en derden kunnen er zeker geen rechten aan ontleen. In artikel 2.3.5, lid 3 Wmo wordt mantelzorg feitelijk een integraal onderdeel van de zelfredzaamheid van een ander, en de beslissing hierover ligt bij het college. Het is dan niet meer aan de mantelzorger om zelf te bepalen of en in hoeverre hij (deels) kan stoppen met zijn werkzaamheden. Feitelijk wordt door de beoordelingsruimte in dit wetsartikel de compensatieplicht van de gemeente tot een mogelijkheid gemaakt. Hiermee wordt de invulling van het privéleven van de mantelzorger geraakt.

4.3 Gaat het om een positieve of negatieve verplichting?

De conclusie dat het zelfbeschikkingsrecht in het geding is, roept de vervolgvraag op of de regeling van de Wmo in dit verband een inbreuk maakt op een negatieve (onthoudings)verplichting van de Staat om zich niet met de zelfbeschikking van de betrokken mantelzorger te bemoeien, of dat sprake is van een positieve verplichting om juist het zelfbeschikkingsrecht van de mantelzorger zo veel mogelijk te waarborgen. Had de overheid, met andere woorden, actief moeten handelen om de mantelzorger te beschermen (positieve verplichting), of had de Staat zich dienen te onthouden van handelingen (negatieve verplichting).⁵⁷ Het onderscheid tussen deze twee is overigens niet strak af te bakenen.⁵⁸ Voor het aannemen van een positieve verplichting is het vereist dat de overheid bekend was met de risico's.⁵⁹ Dat het risico van overbelasting van mantelzorgers de regering bekend was, is te vinden in de MvT van de Wmo.⁶⁰ De mantelzorger heeft een naam en een rugnummer en is als zodanig te identificeren. Verder is mantelzorg onverplicht, terwijl de mantelzorger zorg verleent waarop een wettelijke aanspraak is op grond van de Wmo. Het college heeft, zoals eerder gezegd, een compensatieplicht als er geen mantelzorger is. In de aanvraag van respijtzorg ligt besloten dat er een grens zit aan de vrijwilligheid van de mantelzorger.

55 S.E. Fortuin, 'Mantelzorg: vrijwillig maar niet vrijblijvend', *Handicap & Recht* 2022-1-2.

56 Nationale Ombudsman, 'Mantelzorg: de laatste stand van zaken. Waar lopen mantelzorgers tegenaan?', Nieuwsbericht 7 december 2021.

57 EHRM 27 oktober 1994, 18535/91, par. 31 (*Kroon a.o./Nederland*).

58 EHRM 27 oktober 1994, 18535/91, par. 31 (*Kroon a.o./Nederland*).

59 EHRM 27 oktober 1994, 18535/91, par. 31 (*Kroon a.o./Nederland*).

60 *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 3.

5 Om welke positieve verplichting gaat het?

5.1 Fair balance

Ook in het geval van een positieve verplichting moet er een redelijke afweging gemaakt worden tussen de belangen van het individu en die van de Staat.⁶¹ Het gaat hier niet om een individu maar om circa vijf miljoen individuen, waarvan overigens ongeveer twintig procent gebruikmaakt van de Wmo.⁶² Het belang van de mantelzorger is algemeen bekend: het voorkomen of tegen gaan van overbelasting. Circa tien procent van de mantelzorgers is volgens het Sociaal en Cultureel Planbureau (SCP) ernstig belast.⁶³ Daarbij lijkt het me dat het een enorme mentale belasting is om afhankelijk te zijn van de gemeente als men meer ruimte wil voor een privéleven.

Het andere belang, het economisch belang van de Staat, staat ook in de MvT van de Wmo, waarin verwezen wordt naar de groei van de langdurige zorg.⁶⁴ We mogen niet vergeten dat het ontstaan van de Wmo, na het opheffen van de Algemene Wet Bijzondere ziektekosten (AWBZ) een bezuiniging van ruim vijf miljard euro met zich mee bracht.⁶⁵ Als we dit zien in het licht van het feit dat 75 procent van de langdurige zorg in Nederland sowieso al geleverd wordt door mantelzorgers, lijkt het erop dat de belangenafweging is doorgeslagen naar de belangen van de Staat.⁶⁶ Dat mantelzorg vrijwillig is, is vastgesteld door de CRvB en het is in het sociale recht een vast uitgangspunt geworden.⁶⁷ Het verplichten van mantelzorg zou wellicht kunnen, zoals er ook een onderhoudsplicht bestaat voor ouders voor hun kinderen.⁶⁸ Maar aan het verplicht stellen van mantelzorg zitten vele haken en ogen, waaronder artikel 4 EVRM, het verbod op dwangarbeid. In mijn optiek levert de toevoeging van de tekst 'met mantelzorg' in artikel 2.3.5, lid 3 jo lid 6 Wmo een schending op van een positieve verplichting van de Staat jegens de mantelzorger omdat de beoordelingsruimte van de gemeente dusdanig groot is dat de vrijwilligheid van de mantelzorger in het geding is.

5.2 Kenbaarheid, voorzienbaarheid en vage termen

Over de vraag of de regeling van respijtzorg in de Wmo aan de eis van een wettelijke grondslag in de zin van artikel 8 EVRM voldoet valt zowel weinig, als veel te zeggen. Wie weinig wil zeggen, kan zich ertoe beperken dat de Wmo natuurlijk als wet in formele zin in het Staatsblad is gepubliceerd.⁶⁹ Een mantelzorger kan ook uit de wet opmaken dat er mantelzorgondersteu-

61 EHRM 21 februari 1990, 9310/81, par. 41 (*Powell en Rayner/Verenigd Koninkrijk*).

62 CBS, *Landelijke ontwikkelingen in de Wet maatschappelijke ondersteuning*, §8.1, publiek online, geraadpleegd oktober 2025, <https://www.cbs.nl/nl-nl/longread/rapportages/2025/landelijke-ontwikkelingen-in-de-wet-maatschappelijke-ondersteuning?onepage=true>.

63 A. de Boer, M. de Klerk, D. Verbeek-Oudijk, I. Plaisier, *Blijvende bron van zorg. Ontwikkelingen in het geven van informele hulp 2014-2019*, SCP, Den Haag: 2020.

64 *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 3, p. 3.

65 K.P. Companje, S. Fortuin, P. Jeurissen, T. Kappelhof, R. Mouton en L. Tigchelaar, *Vijftig jaar kostenbeheersing in de zorg Deel II: 1995-2020*, Den Haag: Sdu 2021, p. 490.

66 *Kamerstukken II* 2004/5, 30169, nr. 1. (Notitie 'de mantelzorger in beeld- Mantelzorg'), p. 5.

67 CRvB 11 januari 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:17, r.o. 4.2.2.

68 Vgl. art. 1:395a BW.

69 Wet maatschappelijke ondersteuning, *Stb.* 2014, 280.

ning bestaat.⁷⁰ In zoverre is de regeling kenbaar. Maar wie ook voor de feitelijke toegankelijkheid oog heeft, die ziet dat daarop toch wel wat af te dingen valt. Clémence Ross zegt hierover: 'Voor veel gemeenten is slechte toegang tot respijtzorg bewust beleid'.⁷¹ De Nationale Ombudsman merkt zelfs op dat mensen die volledig zelfredzaam zijn, gemakkelijk vastlopen in het zorgsysteem.⁷² Er bestaan zelfs mantelzorgmakelaars. Deze mensen kennen de zorgwetten en kunnen iemand de weg wijzen. Je kunt pas een opleiding volgen tot mantelzorgmakelaar nadat een HBO opleiding succesvol is doorlopen.⁷³ Om te begrijpen hoe je aan gepaste (respijt)zorg komt, moet je dus gestudeerd hebben. Dit staat in schril contrast met de beleidsmatig goed bedoelde maar slecht doordachte wettelijke mogelijkheid voor gratis cliëntondersteuning. Belt u met de cliëntondersteuner van de gemeente, dan hebben zij alleen informatie over de Wmo. Cliëntondersteuning is het beginpunt van de toeristische route die naar respijtzorg zou moeten leiden. De akelige waarheid is bovendien dat elke wettelijke zorguitvoerder budgettair profiteert van het doorsturen van cliënten naar een andere wet. Artikel 2.3.5, lid 6 Wmo geeft hiervan een goede routebeschrijving:

'Het college kan een maatwerkvoorziening weigeren indien de cliënt aanspraak heeft op verblijf en daarmee samenhangende zorg in een instelling op grond van de Wet langdurige zorg, dan wel er redenen zijn om aan te nemen dat de cliënt daarop aanspraak kan doen gelden en weigert mee te werken aan het verkrijgen van een besluit dienaangaande.'

Een maatwerkvoorziening is een: '[...] geheel van diensten, [...]: ten behoeve van zelfredzaamheid, daaronder begrepen kortdurend verblijf in een instelling ter ontlasting van de mantelzorger, [...]'.⁷⁴ Voor de langdurige zorg is een hele wet, de Wlz ontworpen maar wat kortdurend is, wordt nergens toegelicht. Daarover kan men in de praktijk dus verschillend denken. Veel gemeenten gunnen een mantelzorger maximaal 156 etmalen respijt per jaar. Maar daar kunnen blijkens de eigen verordening voorwaarden aan gesteld worden. Zo kan men in de gemeente Goeree-Overflakkee slechts achttien dagen per jaar respijtzorg in de vorm van kortdurend verblijf krijgen.⁷⁵ Amsterdam verleent maximaal 36 etmalen per cliënt per jaar.⁷⁶ De gemeente de Ronde Venen gaat daarentegen uit van 156 etmalen maar voegt daar ook het criterium 'noodzaak' aan toe.⁷⁷ De Ronde Venen stelt zich blijkbaar op als plaatsvervanger van het Centrum Indicatiestelling Zorg (CIZ). Het CIZ indiceert alleen Wlz zorg als er permanente 24-uurs zorg nodig is. De invulling van de term 'kortdurend' heeft niets met maatwerk te maken. Het maatwerk dient

70 EHRM 25 maart 1983, 7136/75, par. 87 *Silver e.a./Verenigd Koninkrijk*; Zie verder art. 1.1.1 Wmo onder maatwerkvoorziening.

71 C. Ross, *Rapport 'aanjager respijtzorg'*, Bureau Obelon: januari 2020.

72 Nationale Ombudsman, 'Zorgen voor burgers, Onderzoek naar knelpunten die burgers ervaren bij de toegang tot zorg', rapportnummer 2018/030, 14 mei 2018, p. 14.

73 Zie Beroepsvereniging mantelzorgmakelaars, Publiek online, geraadpleegd oktober 2025 <https://www.bmzm.nl/mantelzorgmakelaar/opleidingen/>.

74 Vgl. art. 1.1.1 Wmo.

75 Vgl. Beleidsregel maatschappelijke ondersteuning Goeree-Overflakkee 2021, Publiek online, geraadpleegd september 2024 <https://www.goeree-overflakkee.nl/logeerzorg-wmo>.

76 Verordening maatschappelijke ondersteuning Amsterdam 2025, par. 4.6, Publiek online, geraadpleegd oktober 2025, <https://www.amsterdam.nl/sociaaldomein/voor-zorgprofessionals/regels-en-verordening-wmo/>.

77 Zie Nadere regels en beleidsregels maatschappelijke ondersteuning De Ronde Venen 2025, par. 5.6.2, Publiek online, geraadpleegd oktober 2025, <https://lokaleregelgeving.overheid.nl/CVDR736700/1>.

toegesplitst te zijn op de behoeftes van de zorgvrager. Dat is het basisuitgangspunt van maatwerk in de Wmo, zo zegt de regering: 'De regering wil hiermee de innovatie in ondersteuning en ondersteunende diensten bevorderen en de omslag naar het bieden van maatwerk in langdurige ondersteuning aan mensen markeren.'⁷⁸ In de praktijk lijkt de invulling per gemeente van de term 'kortdurend' meer op budgettair maatwerk. Vanuit dat oogpunt gebruikt het college haar bevoegdheid voor een ander doel dan waarvoor hij is verleend.⁷⁹

De burger moet bij het aanvragen van overheidshulp in redelijke mate kunnen voorzien wat hem te wachten staat als hij aanklopt bij de gemeente.⁸⁰ De voorzienbaarheid in het derde en zesde lid van artikel 2.3.5 Wmo is voor de gemiddelde mens ver te zoeken. Ik herhaal nog kort de wettelijke route die iemand moet nemen: Men doet een melding.⁸¹ Deze melding leidt tot een onderzoek.⁸² Dat onderzoek leidt tot een uitkomst, maar dat levert dan weer geen besluit op in de zin van de Awb.⁸³ Het college dient de zorgvrager een schriftelijke weergave te verstrekken van de uitkomsten van het onderzoek en pas daarna kan een aanvraag gedaan worden.⁸⁴ Vervolgens dient de zorgvrager alsnog een aanvraag in te dienen, waarop wél een besluit van het college moet komen.⁸⁵ Het zesde lid geeft het college de mogelijkheid een gehele aanvraag af te wijzen inclusief de al bestaande zorg via een herziening als men redenen heeft om aan te nemen dat iemand in aanmerking komt voor de Wlz.⁸⁶ Wat die redenen zijn, blijft onduidelijk.

Ook de term 'zelfredzaamheid', een kerndoel van de Wmo, wordt nergens verduidelijkt.⁸⁷ De mate van zelfredzaamheid bepaalt de omvang van de compensatieplicht. Voor het objectiveren van de zelfredzaamheid is de zelfredzaamheidsmatrix ontwikkeld door de gemeente Amsterdam en Rotterdam.⁸⁸ Het gebruik van deze matrix is echter een mogelijkheid en geen plicht. Mantelzorg maakt echter deel uit van de zelfredzaamheid van de zorgvrager. Dus ook het gebrek aan definiëring kan misbruik van de wet opleveren door de gemeente.⁸⁹

Zoals eerder uiteengezet bij de bespreking van de feitelijke toegankelijkheid, kunnen de open normen van de Wmo ertoe leiden dat mantelzorgers of zorgvragers niet snel weten waar ze aan toe zijn. In een rapport van de Nationale ombudsman wordt de kreet 'van het kastje naar de muur gestuurd' zeven keer herhaald.⁹⁰ Dit vindt zijn oorsprong in de zorgwetten, van een legaal kastje naar een wettelijke muur. Zo wijst artikel 3.1.5 van het Besluit langdurige zorg

78 Vgl. *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 3, par. 1.1.2.

79 Voor het verbod van willekeur, zie art. 3:3 Awb.

80 EHRM 26 april 1979, 6538/74, par. 49 (*SundayTimes/Verenigd Koninkrijk*); Zie verder U. Kilkelly, *The right to respect for private and family life, A guide to the implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights*, *Human rights handbooks* No. 1, Raad van Europa, 2001, p. 26.

81 Vgl. art. 2.3.2, lid 1 Wmo.

82 Vgl. art. 2.3.2, lid 1 Wmo.

83 Vgl. art. 2.3.2, lid 8 Wmo.

84 Vgl. art. 2.3.2, lid 8 en 9 Wmo.

85 Vgl. art. 2.3.5, lid 2 Wmo.

86 Vgl. art. 2.3.5, lid 6 Wmo.

87 Zie preambule Wmo: 'Wet van 9 juli 2014, houdende regels inzake de gemeentelijke ondersteuning op het gebied van zelfredzaamheid, participatie, beschermd wonen en opvang'.

88 Movisie, *Zelfredzaamheid Voor iedereen?*, Publiek online, geraadpleegd oktober 2025 <https://www.movisie.nl/sites/movisie.nl/files/publication-attachment/Zelfredzaamheid-voor-iedereen%20%5BMOV-4544237-1.0%5D.pdf>.

89 EHRM (Grote Kamer) 4 december 2008, nrs. 30562/04 en 30566/04, par. 99 (*S. en Marper/Verenigd Koninkrijk*).

90 Nationale Ombudsman, 'Zorgen voor burgers, Onderzoek naar knelpunten die burgers ervaren bij de toegang tot zorg', rapportnummer 2018/030, 14 mei 2018.

(behorend bij de Wlz) naar de Wmo en de Zvw als er recht is op zorg krachtens de Zvw of de Jeugdwet. De Wmo verwijst naar de Wlz.⁹¹ En artikel 5.4.1 Wmo spreekt over het afstemmen van de taken tussen de gemeente in de zorgverzekeraar. Hetzelfde staat in artikel 14a, lid 2 Zvw. De zorg die mantelzorg wordt genoemd, is exact dezelfde zorg als de zorg die verstrekt wordt via een maatwerkvoorziening.

5.3 Afgebakende beoordelingsruimte

In principe is het aan de lidstaten om de rechten op grond van het EVRM in hun eigen regelgeving te borgen.⁹² Daarbij heeft uiteindelijk het EHRM het laatste woord.⁹³ Via het derde lid van artikel 2.3.5 Wmo krijgt het college alle ruimte om zelf te oordelen of iemand in aanmerking komt voor respijtzorg. Het zesde lid doet daar nog een flinke schep bovenop. Zodra het college redenen heeft om aan te nemen dat iemand niet in de Wmo maar in de Wlz thuishoort, kan iemand gedwongen worden om zorg aan te vragen via de Wlz. De poortwachter voor de Wlz is echter het CIZ, en niet de gemeente. Op deze wijze kunnen mensen maandenlang het bos ingestuurd worden. Het is niet zo vreemd dat men klaagt dat men van het kastje naar de muur wordt gestuurd.

Dat willekeur geen theoretische mogelijkheid is, laat een voorbeeld uit de gemeente Velsen zien, in haar Wmo Verordening. Respijtzorg is pas mogelijk als ‘de mantelzorger door het overstijgen van het gebruikelijke, redelijkerwijs van hem te verwachten hulp, overbelast is of dreigt te worden’.⁹⁴ De gemeente Velsen is dus van mening dat men bepaalde hulp van de mantelzorger mag verwachten. Die aanname is onjuist en onwettig, gezien de vrijwilligheid van mantelzorg. De gemeente Velsen heeft dus een verwachtingspatroon van de mantelzorger. Ik zie de mantelzorger als een species van een vrijwilliger.⁹⁵ Als een vrijwilliger jarenlang op vrijdag koffie schenkt in een buurthuis, dan is het begrijpelijk dat er een verwachting ontstaat. Zo ook bij de mantelzorger. Maar zodra deze verwachting omgezet wordt in lokale wetgeving, dan is de grens mij betreft overschreden, omdat deze gemeente de beslissing over de vrijwilligheid heeft weggehaald bij de mantelzorger en zichzelf ook nog extra ruimte geeft om de term ‘redelijkerwijs’ in te vullen. Het enige wat je mag verwachten van een mantelzorger, is dat hij doorgaat met zorgen, totdat hij zelf aangeeft dit niet meer te willen doen. Met het aanvragen van respijtzorg is dat moment aangebroken. De mantelzorger heeft een streep in het zand getrokken.

Deze regel in deze specifieke verordening is wel in lijn met de mededeling die mantelzorgers regelmatig krijgen te horen vanuit de gemeente, dat het gevraagde onder ‘mantelzorg’ valt. Er is niet zoiets als mantelzorg, in tegenstelling tot overheidshulp. Mantelzorg is exact gelijk aan de zorg die de gemeente via een maatwerkvoorziening kan verstrekken. Verder blijkt dat – als gevolg van de beoordelingsruimte zonder grenzen – de gemeente zelf normen kan stellen om

91 Zie art. 2.3.5, lid 6 Wmo.

92 EHRM, 7 december 1976, 5493/72, par. 48, (*Handyside/Verenigd Koninkrijk*).

93 EHRM 26 april 1979, 6538/74, par. 59, (*SundayTimes/Verenigd Koninkrijk*).

94 Art. 14 Verordening maatschappelijke ondersteuning gemeente Velsen 2023.

95 S.E. Fortuin, ‘Een werkgeversaansprakelijkheid voor mantelzorgers’, *TRA* 2024/3, p. 8.

deze vervolgens zelf in te kleuren. Zo is daar het noodzakelijkheidscriterium, gehanteerd in de gemeente Amsterdam.⁹⁶

'Datgene wat nodig is om de mantelzorger (tijdelijk) te ontlasten in een situatie van (dreigende) overbelasting, kan onderdeel uitmaken van een maatwerkvoorziening. Van belang hierbij is de balans tussen draagkracht en draaglast.'⁹⁷

De gemeente voegt in een klap een drietrapsraket in: een kan-bepaling, een noodzakelijkheidstoets en een balans tussen draagkracht en draaglast. En dat, terwijl mantelzorg vrijwillige zorg is. Voor de gemeente Goeree Overflakkee moet zorg vanuit de Wmo zelfs 'langdurig noodzakelijk' zijn.⁹⁸ Wat dat is, wordt ook in Zeeland niet duidelijk.

Resumerend: Artikel 2.3.5, lid 3 jo lid 6 Wmo is in overeenstemming met het nationale recht. Ondanks dat het gaat om formele wetgeving, is de toegankelijkheid op zijn best een hordenloop en is de kernbepaling 'zelfredzaamheid' vaag. Buitendien is de voorzienbaarheid laag omdat de zorgvrager geen idee heeft wat hem te wachten staat gezien de onbegrensde beoordelingsruimte voor het college. Deze ruimte wordt vergroot door lid 6 van artikel 2.3.5 Wmo. Dit geheel van factoren bepaalt mijns inziens dat deze bepalingen op gespannen voet staan met de eisen die gesteld worden aan de term 'in accordance with the law'. De wet mist voldoende waarborgen om de vrijwilligheid van de mantelzorger te garanderen.

5.4 Noodzakelijk in een democratische samenleving

Veruit de belangrijkste eis aan beperkingen van de rechten van het EVRM in de rechtspraak van het EHRM betreft de eis dat die beperkingen 'noodzakelijk in een democratische samenleving' moeten zijn. Toch is ook hier het uitgangspunt dat staten in de eerste plaats zelf uitmaken wat zo'n noodzakelijke maatregel is en hoe ver die moet gaan. Dat past bij het volkenrechtelijke uitgangspunt van subsidiariteit. Het Hof heeft echter wel wat grenzen aangegeven. Noodzakelijk wordt in de jurisprudentie van het EHRM ontleed in een model dat drie kerneisen omvat. In de eerste plaats gaat het daarbij om een 'pressing social need'. Voorts dient de inmenging, zoals bekend, niet verder te gaan dan strikt noodzakelijk en proportioneel zijn ten opzichte van het te dienen doel.⁹⁹

Als men uitgaat van het economisch welzijn van Nederland, dan kost deze inperking over het algemeen meer geld dan dat het oplevert. Mantelzorgers leveren 75 procent van de langdurige zorg.¹⁰⁰ In 2019 werd hun tijdsinzet gewaardeerd op een maatschappelijke waarde van twintig miljard euro.¹⁰¹ Dat komt neer op bijna 55 miljoen euro per dag. Maar deze inzet komt met

96 Nadere regels maatschappelijke ondersteuning Amsterdam 2023, (publiek online, geraadpleegd augustus 2024), p. 16.

97 Nadere regels maatschappelijke ondersteuning Amsterdam 2023 (*supra* noot 96).

98 Vgl. Beleidsregel maatschappelijke ondersteuning Goeree-Overflakkee 2021, Publiek online, geraadpleegd september 2024 <https://www.goeree-overflakkee.nl/logeerzorg-wmo>.

99 EHRM 26 april 1979, 6538/74, par. 59, (*SundayTimes/Verenigd Koninkrijk*).

100 *Kamerstukken II* 2004/5, 30169, nr. 1. (Notitie 'de mantelzorger in beeld- Mantelzorg'), p. 5.

101 J. den Blanken, T. Huis in 't Veld, R. van Seben, W. Spit, Ecorys, *De maatschappelijke waarde van mantelzorg, Een maatschappelijke kosten-batenanalyse*, Rotterdam, februari 2021, p. 7.

een prijs. Bijna tien procent van de mantelzorgers ervaart overbelasting.¹⁰² Uitval van mantelzorgers kost geld als dezelfde zorg door de overheid gegeven moet worden. De vraag is of het meer geld kost dan het weigeren van respijtzorg. Respijtzorg levert volgens Ecorys in het algemeen op jaarbasis € 1.000 meer op dan de kosten ervan.¹⁰³ Als werkende mantelzorgers echter uitvallen door ziekte ten gevolge van overbelasting, kost dit op jaarbasis € 3.300.¹⁰⁴ Tweederde van de mantelzorgers heeft een betaalde baan.¹⁰⁵ In gevallen waarin overbelasting dreigt, kunnen de kosten terugverdiend worden, zeker als ziekte bij een werkende mantelzorger voorkomen kan worden.¹⁰⁶

Bovendien moeten er voldoende en voldoende relevante rechtvaardigingsgronden zijn voor de inbreuk op een fundamenteel recht.¹⁰⁷ De rechtvaardiging moet bovendien objectief zijn, waarbij de vraag aan de orde komt of de inbreuk eigenlijk wel zinvol is. In de vorige paragraaf heb ik al uiteengezet dat dit niet het geval is omdat respijtzorg zich over het algemeen terugbetaalt en het de gezondheid van de mantelzorger ten goede komt.

7 Conclusie

Mantelzorg is vrijwillige zorg. Met het aanvragen van respijtzorg geeft de mantelzorger aan dat de grens van zijn vrijwilligheid is bereikt. Daarmee ontstaat feitelijk een compensatieplicht voor de gemeente. In de Wmo wordt mantelzorgondersteuning (respijtzorg) echter afhankelijk gemaakt van het oordeel van het college. De gemeente heeft hiertoe van de wetgever een onbegrensde beoordelingsruimte gekregen. Daardoor kan de mantelzorger gedwongen worden om door te zorgen, terwijl hij dat niet meer, of niet meer in dezelfde mate, wil of kan doen. De beoordelingsruimte ex artikel 2.3.5, lid 3 maar ook 6 Wmo, in het bijzonder de tekst ‘met mantelzorg’ levert de basis op voor een inbreuk op ex artikel 8 EVRM. Een negatief besluit ten aanzien van respijtzorg ter ontlasting van de mantelzorger is de feitelijke inbreuk. De wet is kenbaar, maar de voorzienbaarheid is ver te zoeken. Daarbij worden er vage termen gebruikt, zoals zelfredzaamheid, een kernbegrip in de Wmo, die per gemeente vrij kunnen worden ingevuld, en dat gebeurt ook in de praktijk. Ook worden via lokale regelgeving extra eisen gesteld aan het gebruik van respijtzorg. Omdat de mantelzorger afhankelijk is van de gemeente voor respijtzorg, en omdat het algemeen bekend is dat hij niet zomaar kan weglopen van de zorg, maakt de verplichting van de Staat mijns inziens des te belangrijker. De Staat heeft een positieve verplichting om de vrijwilligheid van de mantelzorger te waarborgen. Een belangenafweging tussen het belang van de Staat en het belang van de mantelzorger, lijkt door te slaan naar het belang van de Staat. In principe levert respijtzorg meer geld op dan dat het kost. Daarbij heeft de mantelzorger gezondheidswinst omdat (dreigende) overbelasting via respijtzorg wordt tegengegaan.

102 De Boer e.a. 2020 (*supra* noot 63), p. 59.

103 Blanken e.a. 2021 (*supra* noot 101), p. 43. NB: In individuele gevallen hoeft dat niet zo te zijn.

104 Blanken e.a. 2021 (*supra* noot 101), p. 43. NB: In individuele gevallen hoeft dat niet zo te zijn.

105 M. de Klerk e.a., ‘Kerncijfers informele hulp in Nederland 2016’, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau, december 2017.

106 M. de Klerk e.a., ‘Kerncijfers informele hulp in Nederland 2016’, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau, december 2017.

107 EHRM 24 maart 1988, 10465/83, par. 67 (*Olson/Zweden*, nr. 1).

De vrijwilligheid van de mantelzorger wordt afhankelijk gemaakt van het oordeel van het college en daarmee wordt deze vrijwillige arbeid indirect verplicht gemaakt in het geval de gemeente een negatief besluit afgeeft op een aanvraag voor respijtzorg. Mijn conclusie is, dat artikel 2.3.5, lid 3 en 6 Wmo, in de huidige vorm onvoldoende waarborgen biedt voor de vrijwilligheid van de mantelzorger en daarom op gespannen voet staat met artikel 8 EVRM.