

Bestuursrecht na de toeslagenaffaire: hoe nu verder?

Over het rechtskarakter van het bestuursrecht

Lukas van den Berge*

Het komt zelden voor dat de stand van het Nederlandse bestuursrecht wordt besproken aan onze nationale talkshowtafels en in landelijke kranten, maar in de nasleep van de toeslagenaffaire was het dan zo ver. Sindsdien verkeren de betrokken instituties in een complex proces van reflectie en bezinning. Een uitweg uit de crisis is alleen mogelijk als zij daarbij de moeilijkste vragen niet uit de weg gaan.

* Mr.dr. L. van den Berge is universitair docent rechtstheorie aan de Universiteit Utrecht en oud-redacteur van dit tijdschrift. Dit artikel bouwt hier en daar voort op 'Bestuursrechtpraak na de toeslagenaffaire: hoe nu verder', <https://blog.montaigne-centre.com>, 10 februari 2021.

- 1 Zie o.a. Ph. Mirowski, *Never Let a Serious Crisis Go to Waste: How Neoliberalism Survived the Financial Meltdown*, New York: Verso Books 2013, p. 320.
- 2 G.F. Seib, 'In Crisis, Opportunity for Obama', *Wall Street Journal* 21 november 2018. Een mondelinge toelichting van Emanuel op een door de *Wall Street Journal* georganiseerd discussieforum valt te bekijken via www.wsj.com/video/rahm-emanuel-on-the-opportunities-of-crisis/3F6B9880-D1FD-492B-9A3D-70DBE8EB9E97.html.
- 3 Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag, *Ongekend onrecht*, bijlage bij *Kamerstukken II 2020/21*, 35510, nr. 2.

1 Inleiding

'Never waste a good crisis.' Om onduidelijke redenen wordt die uitspraak vaak toegeschreven aan Winston Churchill, maar in feite gaat het om de woorden van Rahm Emanuel, voormalig stafchef van het Witte Huis onder Barack Obama.¹ Emanuel deed zijn uitspraak op het hoogtepunt van de financiële crisis in november 2008. De zakenbank Lehman Brothers – een van 's werelds grootste kredietverstrekkers – was zojuist failliet gegaan. Uit glimmende kantoren kwamen wanhopige mantelpak- en stropdasdragers tevoorschijn die nog net wat foto's, een koffiemok of een kamerplant hadden weten veilig te stellen en hun bezittingen in kartonnen dozen voor zich uit droegen. Blinde paniek maakte zich overal ter wereld meester van burgers die vreesden voor hun spaartegoeden en pensioenen. Juist in die penibele situatie zag Emanuel een kans om tot structurele verbeteringen te komen. 'You never want a serious crisis to go to waste. It's an opportunity to think deeply about where you are and to do things that you had never considered', aldus Emanuel in een latere toelichting bij zijn uitspraak.²

In de nasleep van de toeslagenaffaire zag de Afdeling zich geconfronteerd met een storm van kritiek

Ook de Afdeling bestuursrechtpraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) heeft het adagium van Rahm Emanuel onlangs ter harte genomen. In de nasleep van de toeslagenaffaire zag de Afdeling zich geconfronteerd met een storm van kritiek. De aanzet daartoe werd gegeven door de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag, die in haar rapport *Ongekend onrecht* haar teleurstelling over het functioneren van de Afdeling bepaald niet onder stoelen of banken stak.³ 'Met verbazing en uiteindelijk met diepe verontwaardiging', zo schrijft de commissie, is zij gedurende haar werkzaamheden tot het besef gekomen dat de Afdeling 'een wezenlijke bijdrage' heeft geleverd aan het in stand houden van een onnodig harde uitvoering van de regelgeving van de kinderopvangtoeslag. Met name is de commissie geraakt door het

systematisch ‘wegredeneren van algemene beginselen van behoorlijk bestuur’ – en dat terwijl die beginselen toch zouden moeten dienen als ‘stootkussen en beschermende deken voor mensen in nood’.⁴ Reden genoeg voor een dringend beroep op de Afdeling om bij zichzelf te rade te gaan hoe herhaling in de toekomst kan worden voorkomen.

De verbazing en verontwaardiging over het gebrek aan bestuursrechtelijke rechtsbescherming bereikte uiteindelijk ook de landelijke media. Hoe is het nu toch mogelijk dat de bestuursrechtspraak de getroffen en in de toelagenaffaire aanvankelijk in de kou liet staan? Rechters die dat laten gebeuren, zo opperde de Leidse hoogleraar Afshin Ellian aan verschillende nationale talkshowtafels, zijn blijkbaar onvoldoende doordrongen van het belang van ongeschreven rechtsbeginselen en zijn hoognodig toe aan bijscholing in de elementaire principes van rechterlijke oordeelsvorming.⁵ Op de opiniepagina’s van landelijke kranten verschenen verschillende bijdragen waarin soortgelijke kritiek viel te lezen. Zo publiceerde *NRC Handelsblad* een artikel waarin voormalig president van de Hoge Raad Geert Corstens en een aantal prominente medeauteurs betoogden dat de toelagenaffaire eens te meer duidelijk maakt dat rechtsbescherming tegen de overheid bij de Raad van State niet in goede handen is. ‘De nu gebleken wantoestand’, zo schrijven zij, ‘doet de deur dicht’ en dwingt tot ontmanteling van de rechtsprekende functie van de Raad van State en het onderbrengen van het gehele stelsel van rechtsbescherming tegen de overheid bij de gewone rechterlijke macht.⁶

Dergelijke harde woorden konden natuurlijk niet onbeantwoord blijven. Als eerste reactie verscheen in januari van dit jaar een artikel in het *Nederlands Juristenblad* waarin Bart Jan van Ettekoven – voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State – de kritiek van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag van een uitgebreide reactie voorziet.⁷ Daarnaast werd een ‘programma van reflectie’ op touw gezet waarvan de begeleiding in handen ligt van een externe commissie onder het voorzitterschap van Henk Kummeling, hoogleraar staatsrecht en rector magnificus aan de Universiteit Utrecht.⁸ Naar verwachting zal het reflectieprogramma in november 2021 leiden tot de presentatie van een eindrapport waarin conclusies worden getrokken en voorstellen zullen worden gedaan met het oog op de toekomst. Het valt te hopen dat fundamentele discussies daarbij niet zullen worden geschuwd. Om wer-

kelijk tot structurele veranderingen te komen, is meer nodig dan een zoveelste catalogus aan handige oplossingen en praktische aanbevelingen. Vooraleer is bezinning nodig op een aantal meestal onuitgesproken vooronderstellingen zoals die veelal aan bestuursrechtelijke rechtsvinding ten grondslag liggen.⁹

Moeten we het bestuursrecht in de eerste plaats begrijpen als een verzameling regels zoals die zijn erkend of uitgevaardigd door de bevoegde autoriteiten? Of gaat het in wezen om een aantal beginselen van gerechtigheid waarvan het bestuursrecht als regelsysteem de nadere uitdrukking is?

Een wezenlijke kwestie die daarbij niet onbesproken kan blijven, is de vraag wat het bestuursrecht eigenlijk is. Of, om met de legendarische Utrechtse hoogleraar strafrecht Toon Peters te spreken: waaruit bestaat nu eigenlijk het *rechtskarakter* van het bestuursrecht?¹⁰ Moeten we het bestuursrecht in de eerste plaats begrijpen als een verzameling regels zoals die zijn erkend of uitgevaardigd door de bevoegde autoriteiten? Of gaat het in wezen om een aantal beginselen van gerechtigheid waarvan het bestuursrecht als regelsysteem de nadere uitdrukking is? En wat moet er gebeuren wanneer de toepassing van het recht als regelsysteem dreigt te leiden tot apert onrechtvaardige uitkomsten? In bestuursrechtelijke kringen bestaat voor dergelijke kwesties van oudsher weinig aandacht. Toch gaat het hier bepaald niet om vragen die alleen interessant zijn voor rechtsfilosofen en in praktisch opzicht nauwelijks van belang zijn. Vaak hangt er voor rechtzoekenden nogal veel van af. Denk bijvoorbeeld maar aan de vele, in de media breed uitgemeten verhalen van getroffen en in de toelagenaffaire, of anderszins aan de vele ingrijpende beslissingen die in het bestuursrecht elke dag opnieuw worden genomen in kwesties van migratie en asiel.¹¹

In wat nu volgt zal ik kort uiteenzetten hoe verschillende verborgen vooronderstellingen over het rechtskarakter van het bestuursrecht een centrale rol spelen in de discussies zoals die nu worden gevoerd rondom de toelagenaffaire. Ik begin met een korte uiteenzetting van de jurisprudentie die tot

- 4 *Ongekend onrecht* 2021, p. 7-8.
- 5 Ellian verscheen op 15 januari 2021 in het programma *Op1* en op 17 januari in *WNL Op Zondag*. Zie resp. www.youtube.com/watch?v=PwQaXlfeMwU en www.npostart.nl/wnl-op-zondag/POW_03347301.
- 6 G.J.M. Corstens, W.T. Eijssbouts, P. Lokin-Sassen & N. Quik-Schuijt, ‘Nu is duidelijk: de rechter hoort niet bij de Raad van State’, *NRC Handelsblad* 29 december 2020.
- 7 B.J. van Ettekoven, ‘“Tussen wet en recht”’. Reactie van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State op het rapport *Ongekend onrecht van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag*, *NJB* 2021, afl. 2, p. 98-107.
- 8 Zie onder meer de toelichting van de Raad van State op het ‘Programma van reflectie’ via www.raadvanstate.nl/kinderopvangtoeslag/programma-reflectie.
- 9 Vgl. o.a. A.F.M. Brennikmeijer & A.T. Marseille, ‘Een dialoog met de Raad van State na de toelagenaffaire’, *NJB* 2021, afl. 8, p. 601-608. Voor het belang van rechtstheoretische reflectie voor de ontwikkeling van het Nederlandse bestuursrecht meer in het algemeen: L. van den Berge, ‘“Niets is zo praktisch als een goede theorie”: een pleidooi voor een multidimensionale bestuursrechtswetenschap’, *NTB* 2020, afl. 6, p. 300-305, met verdere verwijzingen.
- 10 A.A.G. Peters, *Het rechtskarakter van het strafrecht* (oratie Utrecht), Deventer: Kluwer 1972.
- 11 K. Geertsema e.a., ‘Ongekend onrecht in het vreemdelingenrecht’, *NJB* 2021, afl. 14, p. 1046-1053.

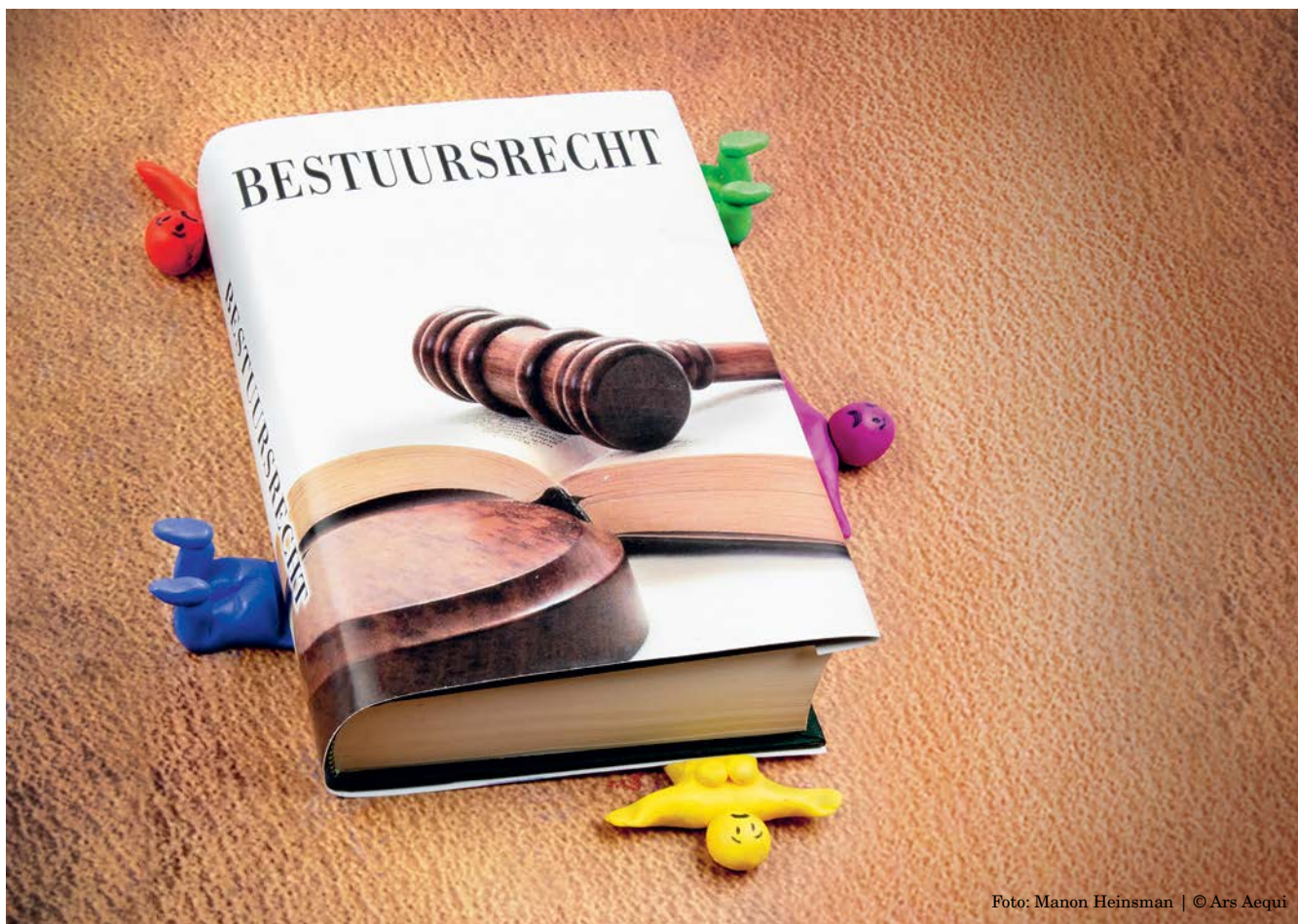


Foto: Manon Heinsman | © Ars Aequi

zoveel kritiek heeft geleid. Vervolgens ga ik in op Van Ettekovens reactie op die kritiek in het *Nederlands Juristenblad* – een betoog dat er kort gezegd op neerkomt dat de hardvochtige beslissingen over de terugvordering van toeslagen vooral op het conto van de wetgever moeten worden geschreven.¹² De bestuursrechter kan volgens Van Ettekoven niet zoveel worden verweten omdat hij niet over het juiste juridische instrumentarium beschikt om dit soort beslissingen een halt toe te roepen. Maar is dat eigenlijk wel zo? Alleen wanneer we Van Ettekovens nogal formalistische opvatting van het rechtskarakter van het bestuursrecht voor lief nemen. Daartegenover staan alternatieve opvattingen die wel soelaas bieden. Om werkelijk uit de problemen te komen, zo zal ik betogen, zullen we een dergelijk formalisme definitief achter ons moeten laten en fundamenteel anders moeten gaan denken over wat het bestuursrecht eigenlijk is.

2 Alles of niets

Eerst nog even terug naar de toeslagenaffaire. Wat was daar nu ook alweer precies aan de hand? Neem nu een geval zoals dat ter

sprake komt in een oordeel van de Afdeling van 8 juni 2016.¹³ Daarbij gaat het om iemand die van de Belastingdienst ongeveer 10.000 euro aan kinderopvangtoeslag had ontvangen. Bij controle achteraf komt naar voren dat de 10.000 euro inderdaad is betaald aan een gastouderbureau, maar van de eigen bijdrage van ongeveer 1300 euro kan slechts 1000 euro met onweerlegbare bewijzen worden verantwoord. De betrokkene legt uit dat hij de laatste driehonderd euro contant heeft betaald aan de gastouder en draagt daarbij ook verschillende documenten aan die dat op zijn minst ook zeer aannemelijk maken. De Belastingdienst is echter onverbiddeijk en vordert het gehele bedrag van 10.000 euro terug. Dat kan ook niet anders, zo stelt de Belastingdienst. Op grond van de Wet Kinderopvang (Wko) zou de toekenning van toeslagen nu eenmaal strikt gebonden zijn aan strenge formele eisen en de Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen (Awir) zou onder meer bepalen dat uitgekeerde sommen alleen in hun geheel kunnen worden teruggevorderd.

Door de Afdeling werd die zienswijze van de Belastingdienst zonder veel omhaal van woorden van een juridisch stempel van

¹² Zie in deze zin ook J.E. van den Brink & R. Ortlep, 'Kinderopvangtoeslagaffaire: de democratische rechtsstaat wordt als staal in de wind gehard', *NJB* 2021, afl. 5, p. 363-370.

¹³ ABRvS 8 juni 2016, ECLI: NL:RVS:2016:1610. Zie verder o.a. M. Scheltema, 'De responsieve rechtsstaat: het burgerperspectief', *NTB* 2019, afl. 6, p. 246-253, i.h.b. p. 248-249; A.T. Marseille, 'Kinderopvangtoeslagen: wel of geen beleidsvrijheid voor de Belastingdienst/Toeslagen?', *AA* 2020, afl. 4, p. 393-399 (AA20210393).

goedkeuring voorzien. Daarmee volgde zij een jurisprudentiële lijn die in 2011 werd ingezet.¹⁴ Kort gezegd komt het erop neer dat de Afdeling lange tijd geen juridisch probleem zag in een praktijk waarin reeds de geringste tekortkomingen van burgers konden leiden tot enorme terugvorderingen. Vaak ging het daarbij om het ontbreken van betalingswijzen voor een gering deel van de eigen bijdrage.¹⁵ Soms ook ging het om een ander gebrek, zoals bijvoorbeeld het ontbreken van een handtekening of het niet vermelden van de exact te betalen prijs van de opvang in de overeenkomst met een gastouderbureau.¹⁶ Trouw gesteund door de Afdeling stelde de Belastingdienst het recht op kinderopvangtoeslag in al deze gevallen meteen op nihil, met alle problemen voor de betrokkenen van dien. Pas in oktober 2019 vindt de Afdeling het tijd om de Belastingdienst op dit punt terug te fluiten.¹⁷ Voortaan ziet zij ruimte voor toetsing aan het evenredigheidsbeginsel en mag een terugvorderingsbesluit niet langer onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.

Trouw gesteund door de Afdeling stelde de Belastingdienst het recht op kinderopvangtoeslag in al deze gevallen meteen op nihil, met alle problemen voor de betrokkenen van dien

Het harde terugvorderingsbeleid van de Belastingdienst valt goed te verklaren. Ten eerste gold *zero tolerance* bij fraudebestrijding ten tijde van de kabinetten Rutte I (2010-2012) en Rutte II (2012-2017) vrij algemeen als belangrijke voorwaarde om het draagvlak voor het socialezekerheidsstelsel overeind te houden.¹⁸ Daarnaast lijkt van belang dat de Belastingdienst lange tijd opereerde op grond van een *business case* waarbij het de bedoeling was de kosten van de fraudebestrijding op zijn minst geheel terug te verdienen met de opbrengsten ervan.¹⁹ Maar wat de Afdeling heeft bezielde om de Belastingdienst bij dat alles aanvankelijk geen strobreed in de weg te leggen, valt minder goed te begrijpen. In tal van uitspraken tussen 2011 en 2019 doet de Afdeling net alsof de strenge terugvorderingsbeslissingen van de Belastingdienst dwingend volgen uit de wet, maar zorgvuldige analyse van de relevante bepalingen uit de Wko en

de Awir biedt voor die opvatting geen enkel aanknopingspunt.²⁰ Waarom de Afdeling die bepalingen aanvankelijk dan toch zo streng interpreteerde, is tot op de dag van vandaag niets minder dan een raadsel.

Nergens in de Wko valt te lezen dat de Belastingdienst de toeslag meteen op nihil moet stellen zodra er aan deze kostenverantwoording ook maar het minste of geringste ontbreekt

Voor de liefhebbers (wie een hekel heeft aan technisch-juridische analyses kan dit overslaan): concreet gaat het in de eerste plaats om artikel 1.7 lid 1 Wko, dat onder meer bepaalt dat de hoogte van de kinderopvangtoeslag afhankelijk is van de kosten van kinderopvang zoals die worden bepaald door het aantal uren kinderopvang en de daarvoor betaalde prijs. Om de hoogte van de toeslag goed te kunnen bepalen, is de Belastingdienst dus afhankelijk van een volledige en volledig juiste kostenverantwoording door de ontvangende burger. Maar nergens in de Wko valt te lezen dat de Belastingdienst de toeslag meteen op nihil moet stellen zodra er aan deze kostenverantwoording ook maar het minste of geringste ontbreekt. Zo'n plicht volgt evenmin uit artikel 26 Awir, waarin is bepaald dat het bedrag van een eventuele terugvordering steeds in zijn geheel is verschuldigd. Dat klinkt heel streng en dat is het ook, maar dat het bij zo'n terugvordering per se om het gehele reeds uitgekeerde voorschot zou moeten gaan, verzint de Afdeling er zelf bij. 'Lees maar, er staat wat er niet staat', zo luidt in dit verband blijkbaar de verhaspelde lezing van een mooie dichtregel van Martinus Nijhoff.²¹

3 Bestuursrecht als wettenrecht: het formalisme van Van Ettehoven

In zijn artikel in reactie op het rapport *Ongekend onrecht* gaat Bart Jan van Ettehoven nader in op de jurisprudentie van de Afdeling. Hoe kwam de Afdeling er nu bij de relevante wettelijke bepalingen in terugvorderingskwesties aanvankelijk zo spijkerhard toe te passen? Van Ettekovens reactie is bedoeld als eerste aanzet tot diepgaande reflectie op dit punt. Maar helaas blijft dergelijke reflectie in die reactie zelf nogal dicht aan de oppervlakte

14 Zie o.a. S.E. Zijlstra, 'Alles of niets. De jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak inzake terugvordering van kinderopvangtoeslag in de periode van 2010 tot 23 oktober 2019', bijlage 2 bij *Ongekend onrecht* 2021, p. 109-132.

15 Zie o.a. ABRvS 22 juni 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ8833; ABRvS 2 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1114; ABRvS 30 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2829; ABRvS 17 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:137.

16 Zie o.a. ABRvS 27 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR3219; ABRvS 26 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1062; ABRvS 19 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1925; ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2282.

17 ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535; ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3536.

18 J. Frederik, *Zo hadden we het niet bedoeld. De tragedie achter de toeslagenaffaire*, Amsterdam: de Correspondent 2021.

19 E. Paasman, *Kafka in de rechtsstaat*, Amsterdam: Prometheus 2021, p. 61 e.v.

20 Zie o.a. Marseille 2020, p. 396-397; Paasman 2021, p. 32-45; L.F.M. Besselink, 'De Afdeling Bestuursrechtspraak en de rechtsstatelijke crisis van de Toeslagenaffaire', *NJB* 2021, afl. 3, p. 194-198.

21 M. Nijhoff, 'Awater', in: *Verzamelde gedichten*, Amsterdam: Prometheus 1995, p. 236: 'Lees maar, er staat niet wat er staat.'

steken. Aanvankelijk, zo legt Van Ettekoven uit, lag het voor de hand de relevante, op zichzelf voor meerdere interpretaties vatbare bepalingen te lezen als een wettelijk kader dat dwingend voorschrijft dat uitgekeerde sommen reeds bij de minste tekortkomingen van burgers geheel moeten worden teruggevorderd.²² Met die lezing meende de Afdeling het best tegemoet te komen aan een politiek klimaat waarin fraudebestrijding vooropstond. En hoe jammer het ook is: eenmaal op de ingeslagen weg zou de Afdeling weinig anders hebben gekund dan die lezing te continueren, hoe ongelukkig dat in veel gevallen ook bleek uit te pakken. Dat klinkt wel een beetje als iemand die er zelf voor kiest op vakantie te gaan naar Schotland en vervolgens klaagt dat het daar altijd zo hard regent.²³

Stuit de door de Belastingdienst zo hardvochtig toegepaste alles-of-niets-benadering dan niet op elementaire uitgangspunten van behoorlijk bestuur? Te denken valt vooral aan het evenredigheidsbeginsel zoals dat is gecodificeerd in artikel 3:4 lid 2 van de Awb. 'De voor een belanghebbende nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen', zo stelt dat artikel plechtig. Vallen sommige van de bestreden terugvorderingsbesluiten dan niet te beschouwen als onevenredig? En zijn er wellicht nog andere fundamentele rechtsbeginselen die aan een mechanische toepassing van de alles-of-niets-benadering in de weg staan? In zijn reactie serveert Van Ettekoven ons een nogal schoolmeesterachtig betoog waarin hij uitlegt waarom de Afdeling aan de beantwoording van die vragen aanvankelijk niet toekwam. Een strakke omgang met juridisch-dogmatische voorrangsregels, de scheiding der machten en de formele status van terugvorderingsbesluiten als niet-punitieve sancties vervullen daarin een centrale rol. Allemaal rechtsgeleerde finesses, aldus Van Ettekoven, waarvoor de commissie helaas geen oog heeft gehad.²⁴

Voor niet-bestuursrechtjuristen behoeven die juridische finesses wellicht enige toelichting. De Awir en de Wko zijn wetten in formele zin. Omdat de Awir en de Wko ten opzichte van de Awb specifiekere en ook jongere wetten zijn, is het in de Awb vastgelegde evenredigheidsbeginsel volgens vaste jurisprudentie niet op de terugvordering van toeslagen toepasbaar. Evenmin zijn er andere instrumenten beschikbaar waaraan de toepassing van dwingend-wettelijke bepalingen uit wetten als de Awir en de Wko kan worden getoetst. Hoe ingrijpend voor veel belangheb-

benden ook: in formeel opzicht is zo'n besluit geen aantasting van het eigendomsrecht en ook geen *criminal charge*, zodat artikel 1 EP EVRM en artikel 6 EVRM toepassing missen.²⁵ Ook ongeschreven rechtsbeginselen bieden geen soelaas. Toepassing van dergelijke beginselen ter bescherming van burgers tegen de uitwerking van dwingende formeelwettelijke bepalingen, zo legt van Ettekoven uit, levert nu eenmaal een schending op van de constitutionele regel zoals die is vastgelegd in artikel 120 Gw en in het *Harmonisatiewetarrest* verder is uitgewerkt.²⁶

Harde juridische keuzes worden verborgen achter een zogenaamd dwingende formalistische logica die ons als vanzelfsprekend wordt gepresenteerd maar die dat op geen enkele wijze ook daadwerkelijk is. Fundamentele beginselen van gerechtigheid spelen blijkbaar alleen een rol voor zover een rigide en nogal wereldvreemde juridische bureautafellogica er ruimte voor scheidt

Zich vastbijtend in een voor buitenstaanders haast onnavolgbaar juridisch formalisme komt Van Ettekoven op die manier niet toe aan de belangrijkste taak die hij als bestuursrechter te vervullen heeft: het beschermen van burgers tegen een moderne bestuurspraktijk waarin een giftige combinatie van bureaucratische desinteresse en bedrijfsmatig managerialisme maar al te vaak de boventoon voert.²⁷ Harde juridische keuzes worden daarbij verborgen achter een zogenaamd dwingende formalistische logica die ons als vanzelfsprekend wordt gepresenteerd maar die dat op geen enkele wijze ook daadwerkelijk is. Fundamentele beginselen van gerechtigheid spelen voor Van Ettekoven alleen een rol voor zover een rigide en nogal wereldvreemde juridische bureautafellogica er ruimte voor scheidt. In zijn bestuursrechtelijk universum geldt de bestuursrechter eerst en vooral als de verlengde arm van de wetgever. Daarom draagt hij voor de gevolgen van zijn uitspraken ook niet per se de ultieme verantwoordelijkheid. Waar de strikte toepas-

²² Van Ettekoven 2021, p. 99-100.

²³ Zie o.a. 'Best Scottish Quotes About the Weather', *The Scotsman* 27 februari 2017: 'I love summer in Scotland, it's my favourite day of the year.'

²⁴ Van Ettekoven 2021, p. 100.

²⁵ Ali al Khatib en Tess Linders betogen echter dat artikel 1 EP EVRM en andere EVRM-rechten door de Afdeling ten onrechte niet zijn toegepast. Zie A.A. al Khatib & T. Linders, 'Het EVRM als anker om een nieuwe toeslagenaffaire te voorkomen', *NJB* 2021, afl. 18, p. 1479-1486.

²⁶ Van Ettekoven 2021, p. 100.

²⁷ Zie o.a. H.D. Tjeenk Wilink, *Groter denken, kleiner doen: een oproep*, Amsterdam: Prometheus 2018.

sing van de wet apert onrechtvaardig uitpakt, wast hij zelf zijn handen in onschuld en zegt hij eenvoudigweg: 'Ik was het niet, het was de wetgever!'²⁸

4 Bestuursrecht als beginselenrecht: variant-Scheltema

Een minder formalistische zienswijze in dit verband is die van Michiel Scheltema, *founding father* van de Algemene wet bestuursrecht en vrij algemeen erkend als de nog altijd zittende paus van het Nederlandse bestuursrecht.²⁹ In een serie recente artikelen verdedigt Scheltema het standpunt dat het bestuursrecht zich minder zou moeten laten leiden door de strikte toepassing van wettelijke voorschriften en meer door algemene rechtsbeginselen.³⁰ Aan de wet, aldus Scheltema, wordt in het bestuursrecht vaak een betekenis toegekend die berust op verkeerde veronderstellingen. Ten eerste betoogt hij dat de wetgever vaak aanzienlijk minder zicht heeft op de gevolgen van wettelijke voorschriften dan meestal wordt gedacht. Bovendien is het volgens hem helemaal niet per se zo dat strikte wetstoepassing goed is voor waarden als rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. De gelijke toepassing op verschillende gevallen van regels waarvan in de praktijk vrijwel niemand benul blijkt te hebben, met allerlei rampen tot gevolg die de wetgever niet heeft voorzien: wie is daar nu bij gebaat?³¹

Van de ongezonde fixatie op wettelijke voorschriften is de toeslagenaffaire volgens Scheltema een treffend voorbeeld. Zelfs wie niet zorgvuldig leest en in artikel 26 Awir ten onrechte een bepaling ziet die voorschrijft dat uitgekeerde sommen reeds bij de kleinste fouten van burgers steeds in hun geheel moeten worden terugbetaald, zal dat wetsartikel volgens hem niet per se altijd hoeven toepassen. Toegegeven: de Awir zelf bevat geen hardheidsclausule die soelaas kan bieden wanneer de strikte toepassing van het artikel in bepaalde gevallen apert onrechtvaardig uitpakt. Om de procedeerlust van belanghebbenden reeds bij voorbaat zoveel mogelijk de kop in te drukken, heeft de wetgever voor zo'n clausule expres niet gekozen. Maar daaruit volgt voor Scheltema niet dat er geen juridische instrumenten zijn die aan al te strikte wetstoepassing in de weg kunnen staan. Anders dan Van Ettekoven redeneert hij onder andere dat ook de toepassing van een wet als de Awir steeds zal moeten voldoen aan het evenredigheidsbeginsel zoals dat is gecodificeerd in artikel 3:4 lid 2 Awb.

Waar Van Ettekoven blijft steken in een nogal schoolse omgang met de klassieke regels van een formele normenhiërarchie, is Scheltema's analyse van het wettelijk stelsel flexibeler van aard. Natuurlijk erkent ook Scheltema dat de Awir en de Awb beide formele wetten zijn en de Awir ten opzichte van de Awb de meer specifieke (*lex specialis*) en jongere (*lex posterior*) wet is. Maar daar staat volgens hem tegenover dat de Awb een systeemwet is en de Awir niet. De Aanwijzingen voor de regelgeving (Ar) bepalen niet voor niets dat van algemene wetten zoals de Awb alleen mag worden afgeweken wanneer dat strikt noodzakelijk is. En als de wetgever dan toch afwijkt van de algemene wet, zal hij dit in de bijzondere wet zelf uitdrukkelijk moeten aangegeven.³² En waar in de Awir valt nu expliciet te lezen dat het evenredigheidsbeginsel op terugvoeringskwesties niet van toepassing is? Zolang dat niet het geval is, kan het bestuur volgens Scheltema onverkort worden gehouden aan de eis van evenredigheid zoals die is geformuleerd in de Awb.³³

Waar Van Ettekoven blijft steken in een nogal schoolse omgang met de klassieke regels van een formele normenhiërarchie, is Scheltema's analyse van het wettelijk stelsel flexibeler van aard

Natuurlijk begrijpt Scheltema ook wel dat zijn flexibele omgang met vertrouwde juridische voorrangregels niet door iedereen wordt onderschreven. Sjoerd Zijlstra, bijvoorbeeld, schrijft in een reactie dat het maar goed is dat de reikwijdte van het evenredigheidsbeginsel zoals Scheltema die voor zich ziet geen geldend recht is.³⁴ Het doorbreken van een vaste rangorde van bijzondere en jongere boven algemene en oudere wetten is volgens hem in strijd met elementaire rechtsstatelijke principes van legaliteit en democratie. Omdat er in het bestuursrecht wel meer juristen rondlopen die denken als Zijlstra, pleit Scheltema voor de opname van een nieuwe bepaling in de Awb die de algemene gelding van het evenredigheidsbeginsel duidelijk expliciteert. Zo'n bepaling zou in de Awb bijvoorbeeld gestalte kunnen krijgen als artikel 3:4bis of 3:4a: een algemene plicht tot maatwerk of een hardheidsclausule die voldoende ruimte laten aan

28 L.J.A. Damen, 'Ik was het niet, ik was het niet, het was de wetgever', *NJB* 2021, afl. 5, p. 371-374.

29 Vgl. Damen 2021, p. 372.

30 M. Scheltema, 'Wetgeving in de responsieve rechtsstaat', *RegelMaat* 2018, afl. 3, p. 120-131; M. Scheltema, 'Een wet van Meden en Perzen? Geen onwrikbare wet in het hedendaags bestuursrecht', in: *Wetgeving en uitvoering* (preadvies Nederlandse Vereniging voor Wetgeving), 2020, beschikbaar via www.nederlandseverenigingvoorwetgeving.nl; M. Scheltema, 'Mag de rechtsstaat voor de burger worden gesloten? Bouwstenen voor een meer burger-vriendelijk bestuursrecht', *AA* 2021, afl. 9, p. 809-820 (AA20210809).

31 Zie i.h.b. Scheltema 2020, p. 4-13.

32 Zie de aanwijzingen 2.46 en 3.35 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

33 Scheltema 2020, p. 19-26; Scheltema 2019, p. 248-250.

34 S.E. Zijlstra, 'Voorwaardelijke opzet van de wetgever. Enkele kanttekeningen bij het preadvies van M. Scheltema', beschikbaar via www.nederlandseverenigingvoorwetgeving.nl.

gedifferentieerde regeltoepassing en zo nodig ook kan dienen als juridische ‘veiligheidsklep’ in elke situatie waarin strikte regeltoepassing tot een apert onrechtvaardige situatie zou leiden.³⁵

Waar Van Ettekovens bestuursrechtelijke universum niet veel verder reikt dan wettelijke voorschriften en starre juridisch-dogmatische vormen, benadrukt Scheltema juist het belang van de idealen van rechtvaardigheid die aan het bestuursrecht als regelsysteem ten grondslag liggen. In de toeslagenaffaire, maar ook in talloze andere bestuursrechtelijke kwesties, zou een dergelijke benadering veel belanghebbenden onnodig leed hebben kunnen besparen. Toch gaat Scheltema’s pleidooi wat mij betreft nog niet ver genoeg. Weliswaar nemen beginselen in zijn visie op het bestuursrecht een centrale positie in, maar welbeschouwd alleen voor zover dat in het wettelijk stelsel zelf valt in te passen. De toepassing van evenredigheidsbeginsel tegen de formele wet in (*contra legem*) is wat Scheltema betreft niet aan de orde. In het bestuursrecht als beginselenrecht zoals Scheltema het opvat, heeft de wetgever op die manier paradoxaal genoeg alsnog het laatste woord. Ten opzichte van het schoolse formalisme van Van Ettekoven is Scheltema’s benadering een enorme stap voorwaarts, dat zeker. Maar om werkelijk uit de problemen te komen, is meer nodig.

Ten opzichte van het schoolse formalisme van Van Ettekoven is Scheltema’s benadering een enorme stap voorwaarts, dat zeker. Maar om werkelijk uit de problemen te komen, is meer nodig

5 Bestuursrecht als beginselenrecht: variant-Aristoteles

Zonder nu per se oude koeien uit de sloot te willen halen: een weg uit de crisis laat zich onder meer wijzen door niemand minder dan de Griekse wijsgeer Aristoteles (384-322 v.Chr.). Diens *Ethica Nicomachea* bevat een beroemde passage over de tragische spanning tussen de noodzakelijke algemeenheid van de wet enerzijds en individuele gerechtigheid anderzijds. Waar ‘de wetgever een fout begaat, omdat hij in absolute termen spreekt’, aldus Aristoteles, is het juist ‘de omissie te corrigeren’.³⁶ Bij Aristoteles heet dat *epieikeia*, door

de Romeinen weergegeven als *aequitas* en bij ons wel bekend als billijkheid: het principe dat algemene regels niet zaligmakend zijn, maar soms moeten wijken voor rechtvaardigheid en proportionaliteit in het specifieke geval.³⁷ In de Europese rechtsgeschiedenis heeft dat uitgangspunt een formidabele geschiedenis.³⁸ In het Nederlandse recht kreeg het onder meer vaste voet onder invloed van juristen als Molengraaff, Taverne, Meijers en Scholten.³⁹ ‘In de billijkheid handhaaft het recht zich desnoods tegen de rechtsregel’, aldus Scholten bijvoorbeeld in een opstel over recht en billijkheid uit 1924.⁴⁰

Steunend op al die mooie klassieke teksten en klinkende namen van grote juristen is de figuur van de billijkheidsuitzondering in het Nederlandse straf- en privaatrecht al heel lang *gefundenes Fressen*. Denk bijvoorbeeld aan het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid als ongeschreven rechtvaardigingsgrond in het strafrecht.⁴¹ Of aan de derogerende werking die de redelijkheid en billijkheid naar geldend privaatrecht kan hebben ten opzichte van wettelijke voorschriften die normaal gesproken dwingend recht opleveren.⁴² Dergelijke leerstukken maken al sinds jaar en dag deel uit van de rechtsgeleerde doctrine en zijn in het moderne burgerlijk recht inmiddels ook gecodificeerd in de wet zelf. Maar dat neemt niet weg dat zij van oorsprong samenhangen met een rechterlijke bevoegdheid die reeds berust op ongeschreven recht en pas in tweede instantie door de wetgever en in de rechtspraak is erkend. Een bevoegdheid die voortvloeit uit de gedachte dat de rechter er is om in het hem voorgelegde geval ook echt *recht* te spreken en daarbij niet kan volstaan met de simpele toepassing van het recht als algemeen regelsysteem.⁴³

Neem nu een belangwekkend arrest als *Van Hese / De Schelde*.⁴⁴ Van Hese is van 1959 tot 1963 als schilder werkzaam bij scheepswerf De Schelde en komt daarbij in aanraking met asbest. In 1996 openbaart zich bij hem een ernstige vorm van asbestkanker en stelt hij een claim in tegen zijn oud-werkgever. De rechtbank oordeelt dat de rechtsvordering is verjaard; artikel 3:310 lid 2 BW stelt de verjaringstermijn in dit soort gevallen immers onverbiddelijk op dertig jaren. Maar de Hoge Raad beslist anders. In bepaalde gevallen kan het vanuit het oogpunt van individuele gerechtigheid geboden zijn een wettelijk voorschrift buiten toepassing te laten – zelfs wanneer het, zoals in dit geval, een wet in formele zin betreft die nog niet zo heel lang geleden tot stand is gekomen. Vanzelfsprekend zoekt

35 Scheltema 2018.

36 Aristoteles, *Ethica Nicomachea* 5.10. Zie verder o.a. G. Duke, *Aristotle and Law. The Politics of Nomos*, Cambridge: Cambridge University Press 2020, p. 149-165.

37 L. Maniscalco, *Equity in Early Modern Legal Scholarship*, Leiden: Brill 2020, met verdere verwijzingen.

38 Zie o.a. P.S. Bakker, *Redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2012, met verdere verwijzingen.

39 F.S. Bakker, *Billijkheidsuitzonderingen. Het wegens bijzondere omstandigheden buiten toepassing laten van wettelijke voorschriften in individuele gevallen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2018, p. 33-46.

40 P. Scholten, ‘Recht en billijkheid’, in: *Verzamelde geschriften* (deel 1), Zwolle: Tjeenk Willink 1949, p. 272.

41 Bakker 2018, p. 236-251.

42 Bakker 2018, p. 99-104.

43 Bakker 2018, p. 19-23 en p. 130-136. Zie ook M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1999, p. 400-437.

44 HR 28 april 2000, ECLI: NL:HR:2000:AA5635, NJ 2000/430, m.nt. A.R. Bloembergen.

de Hoge Raad daarvoor steun in het beginsel van redelijkheid en billijkheid zoals dat onder meer is gecodificeerd in artikel 6:2 BW, maar het is van belang goed in te zien dat hier in feite gaat om een billijkheidscorrectie waartoe de burgerlijke rechter zich van oudsher reeds op grond van ongeschreven recht bevoegd acht.⁴⁵

De starre wetsgetrouwheid die het bestuursrecht al sinds jaar en dag in haar greep heeft, valt moeilijk los te zien van een rechtsculturele traditie waarin het bestuursrecht – anders dan het privaatrecht – wordt gezien als een rechtsgebied dat toch in de eerste plaats draait om wettelijke voorschriften en niet om beginselen

In het bestuursrecht is zo'n creatieve omgang met wettelijke bepalingen veel minder breed geaccepteerd.⁴⁶ De starre wetsgetrouwheid die het bestuursrecht al sinds jaar en dag in haar greep heeft, valt moeilijk los te zien van een rechtsculturele traditie waarin het bestuursrecht – anders dan het privaatrecht – wordt gezien als een rechtsgebied dat toch in de eerste plaats draait om wettelijke voorschriften en niet om beginselen.⁴⁷ Daarnaast spelen nogal rigide ideeën een rol over machtscheiding en het primaat van de politiek zoals dat onder meer tot uitdrukking komt in artikel 120 Gw.⁴⁸ Maar met het *toetsen* van wetten heeft het zo nu en dan buiten toepassing laten ervan helemaal niets te maken. De verjaringstermijn van artikel 3:310 lid 2 BW, bijvoorbeeld, blijft ook na *Van Hese/De Schelde* gewoon onverkort gelden. Dat de rechter die termijn in uitzonderlijke gevallen buiten toepassing laat, doet daar niet aan af. Er is geen enkele reden waarom voor dergelijke billijkheidsuitzonderingen in het bestuursrecht geen of althans veel minder plaats zou zijn.⁴⁹

Een recente gezamenlijke conclusie van de staatsraden advocaat-generaal Widdershoven en Wattel biedt op dit punt wellicht uitzicht op verandering.⁵⁰ In een doorwrocht betoog over de evenredigheidstoets gaan zij onder meer in op de vraag of formele wetten al dan niet door de bestuursrechter buiten toepassing kunnen worden gelaten wegens strijdigheid met algemene rechtsbeginselen. Vooral in

het belasting- en het socialezekerheidsrecht is de mogelijkheid van contra-legen-toepassing van het vertrouwens- en het gelijkheidsbeginsel al sinds de late jaren zeventig breed geaccepteerd.⁵¹ Widdershoven en Wattel zien niet in waarom de bestuursrechter formele wetten niet ook op grond van het evenredigheidsbeginsel buiten toepassing zou kunnen laten, zeker niet wanneer daarmee gevolgen kunnen worden voorkomen die in het wetgevingsproces niet expliciet door de wetgever zijn verdisconteerd.⁵² Het valt te hopen dat de Afdeling de staatsraden advocaat-generaal in die redenering zal volgen.

6 Tot slot: bestuursrecht als *ars boni et aequi*, of: de KitKat-doctrine

Waarom verdient de variant-Aristoteles – zoals hierboven beschreven – nu de voorkeur boven de variant-Scheltema? De toeslagenaffaire staat niet op zichzelf, maar is symptomatisch voor een moderne bestuurspraktijk waarin *output* en *efficiency* voorop staan en rechten van individuele, niet altijd even juridisch-vaardige burgers maar al te vaak worden veronachtzaamd.⁵³ Om te komen tot het juiste juridische tegenwicht is meer nodig dan heroverweging van het wettelijk stelsel, hoe belangrijk die op zichzelf ook is. Bovenal is een bestuursrechtelijke cultuur vereist die ruimte schept voor juridische beslissers die algemene regels nooit mechanisch toepassen, maar zich steeds opnieuw afvragen of de toepassing van algemene regels – zelfs al zijn dat formele wetten – in het concrete geval wel te rechtvaardigen valt. Niet per se omdat het mag van de wetgever, maar omdat zij in navolging van Paul Scholten begrijpen dat de toepassing van algemene regels in concrete gevallen altijd een *daad* inhoudt en een *beslissing* vergt waarvan zij moeten kunnen getuigen: ik kán niet anders.⁵⁴

Precies die gedachte is vervat in de 'KitKat-doctrine' zoals die onlangs is gelanceerd door Rens Koenraad.⁵⁵ De rechter, zo betoogt hij, staat nooit met lege handen, ook niet als strenge wettelijke voorschriften ogenschijnlijk in beton zijn gegoten. In het licht van hogere beginselen van rechtvaardigheid zal hij het juridisch-dogmatisch stelsel opzij moeten schuiven als een schrijnende situatie daarom vraagt. Voorafgaand aan zijn beslissing zal hij zich steeds de 'KitKat-vraag' moeten stellen: 'hállo, waar zijn wij hier nu helemaal mee bezig?'⁵⁶ Met andere woorden: de rechter beschikt over een fundamentele afwijkingsbevoegdheid die al dan niet door de wet kan

45 Bakker 2018, p. 115-130.

46 Bakker 2018, p. 339 e.v.; zie ook R. Ortlep, *Redelijkheid en billijkheid in het privaatrecht* (oratie Open Universiteit), Deventer: Wolters Kluwer 2020.

47 Zie o.a. L. van den Berge, 'Bestuursrecht in de netwerksamenleving. Waarom de rechtsmacht van de bestuursrechter een materiële grondslag behoeft', *RM The- mis* 2018, afl. 4, p. 124-136, met verdere verwijzingen.

48 Zie in die zin o.a. Van Ettekoven 2021, p. 104.

49 Vgl. Bakker 2018, p. 442-447. Zie ook J.E. Esser & R.G. Becker, 'Maak van maatwerk de regel. Maatwerk in rechterlijke toetsing van regels en uitvoering', *NTB* 2021, afl. 4, p. 249-257; Ortlep 2020.

50 Conclusie A-G's R.J.G.M. Widdershoven en P.J. Wattel van 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468.

51 Te wijzen valt onder meer op de klassieke Doorbraak-arresten: HR 12 april 1978, ECLI:NL:HR:1978:AM4447, ECLI:NL:HR:1978:AX2432 en ECLI:NL:HR:1978:AX3264. Voorbeelden uit het socialezekerheidsrecht zijn o.a. CRvB 18 februari 1975, AB 1975/243 en CRvB 11 september 1980, ECLI:NL:CRVB:1980:AM5745, AB 1981/233.

52 Conclusie A-G's R.J.G.M. Widdershoven en P.J. Wattel van 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, par. 9.4.4.

53 Vgl. o.a. A.F.M. Brenninkmeijer, 'De grondbeginselen van de rechtsstaat zijn geschonden' als "verschrikkelijk ongeluk". Over de noodzaak van behoorlijk bestuur', *NJB* 2021, afl. 1, p. 7-13.

54 P. Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel*, Zwolle: Tjeenk Willink 1974, par. 28.

55 L.M. Koenraad, 'Empathisch bestuursrecht', *NTB* 2021, afl. 3, p. 137-142.

56 Koenraad 2021, p. 140-141. Wie de KitKat-reclames uit de jaren negentig niet kent, kan onder meer terecht op www.youtube.com/watch?v=ppD73SaPjH0.

57 Scholten 1974, p. 134: 'Van de rechter wordt [een] daad verwacht. Hij moet de verantwoordelijkheid aandraven.' Een uitstekende uiteenzetting van Scholtens rechtsvindingsleer is o.a. A.J. Kwak, 'Van dode

abstracties en de sprong die altijd durf is: Scholten en het existentialisme', in: A. Ellian, T. Slootweg & C. Smith (red.), *Recht, beslissing en geweten*, Deventer: Kluwer 2010, p. 63-89.

58 C.E. Smith & H.T.M. Kloosterhuis, 'Dura lex sed lex', AA 2020, afl. 12, p. 1196 (AA20201196).

59 Dig. 1,1,1 pr.: [*U*]t *elegantior Celsus definit. ius est ars boni et aequi*. In de vertaling van Jop Spruit: '[Z]oals Celsus het zo subtiel omschrijft, recht is de kunde van wat goed en billijk is'. Zie in het verband met de toeslagenaffaire ook M.J.A.M. Ahsmann, 'De rechtsstaat en de toeslagenaffaire: over frames, feiten en recht (vaardigheid)', AA 2021, afl. 3, p. 235-239, i.h.b. p. 236 (AA20210235). Over de spreuk meer in het algemeen: C.E. Smith & H.T.M. Kloosterhuis, 'Ius est ars boni et aequi', AA 2021, afl. 6, p. 641 (AA20210641).

60 Inst. 1,1 pr en Dig. 1,1,10 pr: *Iustitia est perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*. In de vertaling van Jop Spruit: 'Gerechtigheid is de onwankelbare en bestendige wil die een ieder zijn recht doet toekomen'. Zie verder o.a. R.R. Brouwer, 'Ulpian's Appeal to Nature: Roman Law as Universal Law', *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 2015, afl. 1-2, p. 60-76, i.h.b. p. 72-75.

61 Mirowski 2013.

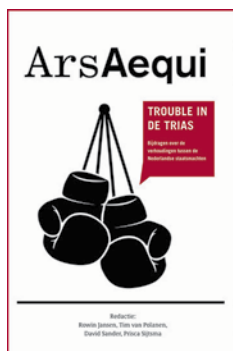
worden erkend, maar uiteindelijk steunt op het ongeschreven uitgangspunt dat de rechter er is om in het hem voorgelegde geval ook daadwerkelijk *recht* te doen. Dat maakt ook dat het juridisch oordeel steeds een keuze behelst waarvoor de rechter zelf verantwoordelijkheid draagt en die hij dus nooit zal kunnen afwentelen op de wetgever of het bestuur.⁵⁷ Zelf de handen wassen in onschuld en anderen de zwartepiet toespelen is er dan dus niet langer bij.

De rechter beschikt over een fundamentele afwijkingsbevoegdheid die al dan niet door de wet kan worden erkend, maar uiteindelijk steunt op het ongeschreven uitgangspunt dat de rechter er is om in het hem voorgelegde geval ook daadwerkelijk *recht* te doen

Met de veronachtzaming van het belang van algemene regels heeft een dergelijke visie op bestuursrechtelijke rechtsvinding niets te maken. Wetsgetrouwheid dient belangrijke beginselen van rechtszekerheid, rechtseenheid, formele gelijkheid en democratie. In beginsel geldt ook binnen Koenraads KitKat-doctrine – waarbij ik mij van harte aansluit – het klassieke uitgangspunt van *dura lex, sed lex*: regels zijn regels, of je het nu leuk vindt

of niet.⁵⁸ Maar wel met dien verstande dat algemene regels nooit zaligmakend zijn. Alleen wie dat ten volle tot zich door laat dringen, vat het bestuursrecht niet langer op als een verzameling van wettelijke normen en algemene juridisch-dogmatische uitgangspunten, maar als een werkelijke *ars boni et aequi*: een kunst van het goede en het billijke.⁵⁹ Om er nog maar een vermaarde spreuk tegenaan te gooien: als 'de standvastige en voortdurende wil een ieder recht te doen', niet zomaar als een of andere ziellose oefening in onpersoonlijke juridisch-dogmatische figuurzagerij.⁶⁰

Het valt te hopen dat de afwikkeling van de crisis in het bestuursrecht niet hetzelfde patroon zal aannemen als dat van de kredietcrisis van 2008. Destijds toonden veel betrokkenen aanvankelijk diep berouw, maar zodra de stofwolken waren opgetrokken bleef daarvan al snel maar weinig over. De meeste stropdas- en mantelpakdragers die in 2008 nog zo radeloos hun kantoren uitrenden, zijn inmiddels alweer verwickeld in een financieel bonanza zoals dat zijn weerga niet of nauwelijks kent. Van structurele maatregelen die crises in de toekomst kunnen voorkomen, is niet of nauwelijks sprake.⁶¹ Voorlopig is er goede hoop dat het proces van reflectie op de bestuursrechtspraak tot bestendiger resultaten zal leiden. Daarvoor is dan wel vereist dat het niet alleen leidt tot allerlei praktische aanbevelingen, maar ook tot een herbezinning op de vraag wat het bestuursrecht eigenlijk is of althans behoort te zijn. Mijn antwoord: niet alleen een verzameling regels, maar een normatieve praktijk die onlosmakelijk verband houdt met het streven naar gerechtigheid.



TROUBLE IN DE TRIAS

Bijdragen over de verhoudingen tussen de Nederlandse staatsmachten

Actuele ontwikkelingen roepen tot het opnieuw doordenken van de staatsmachtverhoudingen. In deze bundel de veranderende rechtsstatelijke context, het veranderende politieke krachtenveld en de veranderende rol van de rechter centraal.

Uiteraard bevat deze bundel ook de gelauwerde bijdrage van Reijer Passchier 'Digitalisering en de (dis)balans in de trias politica'.

ISBN: 978-94-9319-917-0 | Redactie: Rowin Jansen, Tim van Polanen, David Sander, Prisca Sijsma | Druk: 1e druk 2021

Pagina's: 312 | Prijs: € 49,50 | www.arsaequi.nl