

De toets der kritiek: over het belang van algemene rechtmatigheidscontrole door de bestuursrechter

Bob Assink, *Het recours objectief, een herwaardering* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2022

NTB 2024/44

1. Bestuursrecht na de toeslagenaffaire: hoe nu verder?

Waarom is de bestuursrechtspraak op aarde? In het licht van de toeslagenaffaire staat die vraag de laatste jaren sterk in de belangstelling. Hoe heeft het nu toch kunnen gebeuren dat Nederlandse bestuursrechters aanvankelijk zelfs de meest disproportionele en apert onrechtvaardige terugvorderingsbeslissingen onaangetast lieten? Een parlementaire commissie onder leiding van CDA'er Chris van Dam publiceerde in december 2020 een rapport waarin het falen van de bestuursrechtspraak op dit punt bepaald niet onbesproken blijft. Zo houdt de commissie de rechtspraak medeverantwoordelijk voor een “grove inbreuk op het rechtsstatelijke principe dat optimaal recht gedaan moet worden aan individuele situaties van mensen”.² Met name is de commissie geraakt door “het wegdeneren van algemene beginselen van behoorlijk bestuur”, in de eerste plaats natuurlijk door het bestuur zelf en later ook door de rechter. En dat terwijl die beginselen toch zouden moeten dienen als “stootkussen en beschermende deken voor mensen in nood”.³

Sinds de verschijning van het rapport van de commissie-Van Dam zijn we inmiddels alweer een aantal jaren en heel veel reflectierapporten, analyses, studiemiddagen en andere bezinningsmomenten verder. Over het algemeen tendeeft de discussie naar het standpunt dat een snelle transitie nodig is van een “bureaucratische” naar een “responsieve rechtsstaat”.⁴ Waar bestuurders en rechters in een bureaucratische rechtsstaat vooral georiënteerd zijn op algemene regeltoepassing, staan in een responsieve rechtsstaat juist flexibiliteit en maatwerk voorop. In die zin valt bijvoorbeeld te wijzen op het recente wetsvoorstel ter versterking van de waarborgfunctie van de Awb.⁵ Daarin is onder meer voorzien in de wijziging van artikel 3:4 lid 2 Awb. De voorgestelde wijziging verklaart het evenredigheidsbeginsel ook van toepassing op het gebruik van gebonden bevoegdheden,

zelfs als deze hun grondslag vinden in een wet in formele zin. Op die manier, zo is het idee, kan maatwerk “de nieuwe regel” worden en zouden toekomstige toeslagenaffaires kunnen worden voorkomen.⁶

Voor een responsiever bestuursrecht valt veel te zeggen. Een afscheid van een bureaucratisch paarsekrokodillenbestuursrecht, wie wil dat nu niet? Maar dat neemt niet weg dat een responsief bestuursrecht toch ook heel problematisch kan zijn. Belangrijke beginselen als rechtszekerheid, formele rechtsgelijkheid, legaliteit en rechtseenheid zijn over het algemeen gebaat bij een zekere vormelijke afstandelijkheid en niet bij een responsieve benadering waarbij formele grenslijnen vervagen en ‘individuele situaties van mensen’ voortaan voorop komen te staan. Een behandeling van burgers mét aanzien des persoons gaat nu eenmaal ten koste van een behandeling zónder aanzien des persoons en andersom. Een transitie naar een responsieve rechtsstaat kan wenselijk zijn, maar houdt ook kosten in. Een Corendonvariant – alles inclusief voor dezelfde prijs – is bij die overgang helaas niet voorradig. Kortom: anders dan door sommigen wel wordt verondersteld, is “responsief recht” zeker geen “hoerabegrip”, maar een stijl van juridische ordening die ook zelf niet zonder problemen is.⁷

Nog los daarvan is het nog maar de vraag of een overgang naar een ‘responsief bestuursrecht’ op zichzelf wel afdoende zal zijn om rampen als de toeslagenaffaire voortaan af te wenden. Een belangrijke tekortkoming in het stelsel van rechtsbescherming is bepaald niet alleen dat het bestuur zich soms al te zeer blindstaart op algemene regels en procedures. Integendeel! Juist de toeslagenaffaire laat zien dat ook het tegenovergestelde problemen oplevert. Bij de opsporing van fraude stelde de Belastingdienst zo’n beetje alles in het werk om tot optimale resultaten te komen, ook als centrale rechtsstatelijke principes daarvoor moesten wijken.⁸ Voor een overdreven respect voor juridische vormen was daarbij geen enkele sprake. Pas bij de keiharde terugvorderingsbeschikkingen, zoals die zo prominent in het nieuws zijn geweest, was juist weer iets anders aan de

1 Mr. dr. L. (Lukas) van den Berge is universitair docent rechtstheorie aan de Universiteit Utrecht.

2 Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag, *Ongekend onrecht*, Den Haag 2020, bijlage bij *Kamerstukken II 2020/21*, 35510, nr. 2, p. 7.

3 Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag 2020, p. 8.

4 Zie o.a. M. Scheltema, ‘De responsieve rechtsstaat: het burgerperspectief’, *NTB 2019/24*.

5 *Kamerstukken II 2022/23*, 29279, nr. 763, met verschillende bijlagen. Zie verder o.a. A.T. Marseille e.a., ‘Kleine gids voor het wetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb’, *NJB 2023/819*, met verdere verwijzingen.

6 J.E. Esser & R.G. Becker, ‘Maak van maatwerk de regel: maatwerk in rechterlijke toetsing van regels en uitvoering’, *NTB 2021/106*.

7 Vgl. o.a. J.Ph. Broekhuizen, *Values in Financial Regulation: A Philosophical Perspective on a Regulatory Regime* (diss. Groningen), Groningen 2022, par. 4.3.

8 Zie o.a. Autoriteit Persoonsgegevens, ‘Verwerkingen van persoonsgegevens in de Fraude Signalerings Voorziening (FSV)’, oktober 2021, beschikbaar via www.autoriteitpersoonsgegevens.nl en verschillende rapporten over de FSV van Price Waterhouse Coopers, ‘Onderzoek effecten FSV Particulieren’, december 2021, beschikbaar via www.rijksoverheid.nl.

hand. Om tot maximale opbrengsten te komen, trok de Belastingdienst daarbij opeens een vroom gezicht, verwijzend naar het wettelijk kader waaruit die beschikkingen dwingend zouden voortvloeien.⁹

Kortom: de toeslagenaffaire illustreert niet alleen wat er kan gebeuren als overheidsinstituties overdreven bureaucratisch en regelgeleid te werk gaan, maar ook – en misschien wel vooral – welke rampen er dreigen als aan juridische vormen en rechtsstatelijke principes geen eigen waarde meer wordt toegekend. Bij de uitvoering van publieke taken handelen overheden vandaag de dag vaak op grond van een bedrijfsmatige rationaliteit die in de praktijk niet veel verschilt van de wijze waarop grote ondernemingen en andere private partijen opereren. De centrale aandacht gaat daarbij niet primair uit naar belangrijke juridische normen en procedures, maar naar te behalen resultaten. Een verschuiving van normen naar doelen, zo duidt de Groningse rechtsfilosofe Pauline Westerman die ontwikkeling wel aan.¹⁰ Een verdere relativisering van juridische normen en procedures in een 'responsief bestuursrecht' kan wellicht soms aangewezen zijn, maar biedt aan het moderne overheidsbestuur op die manier niet per se het juiste weerwerk.

2. Bestuursrechtspraak tussen recours objectif en recours subjectif

Recent verscheen een buitengewoon helder en scherpzinnig proefschrift waarin een alternatieve hervormingsrichting wordt verkend. Daarbij gaat het om de dissertatie waarop Bob Assink op 21 december 2022 promoveerde aan de Radboud Universiteit Nijmegen.¹¹ In zijn proefschrift pleit Assink kort gezegd op de herwaardering van algemene rechtshandhaving als een centraal doel van het bestuursprocesrecht. Daarbij past een procesmodel dat bestuursrechtswetenschappers van oudsher aanduiden als het *recours objectif*, oftewel de objectieve rechtsgang. De nadruk ligt daarbij sterk op rechtmatigheidscontrole 'jegens allen' (*erga omnes*). Een belangrijk uitgangspunt van de objectieve leer is dat de gevolgen van een onwetmatig of anderszins 'onvolkomen' overheidsbesluit door geen enkel rechtssubject hoeft te worden geduld. De rechtsstaat, zo is daarbij dan zo ongeveer de gedachte, vereist immers te allen tijde dat juridische normen door de overheid strikt worden nageleefd. Met minder hoeven rechtzoekenden volgens het objectieve model geen genoegen te nemen.

Tegenover het recours objectif staat het *recours subjectif*, oftewel de subjectieve rechtsgang. Het subjectieve procesmodel richt zich niet primair op rechtmatigheidstoetsing *erga omnes*, maar op de bepaling van de rechtsverhouding *inter*

partes, dus tussen de partijen onderling. Waar de rechter in het objectieve model primair staat opgesteld als grensbewaker die de algemene rechtsorde beschermt tegen bestuursorganen die zich buiten de marges van hun bevoegdheden begeven, is hij in het subjectieve model nadrukkelijk een scheidsrechter die zich buigt over het rechtsconflict dat concrete partijen verdeeld houdt. Het voortbestaan van 'onvolkomen overheidsbesluiten' wordt daarbij eventueel voor lief genomen. Bijvoorbeeld omdat de vernietiging ervan de omvang van het geding te buiten zou gaan of zou stuiten op de bestuursrechtelijke relativiteitseis, die voorschrijft dat de rechter een besluit niet vernietigt wanneer de geschonden norm "*kennelijk niet strekt tot de bescherming van de belangen van degene die zich daarop beroept*" (art. 8:69a Awb).

Het klassieke Nederlandse bestuursprocesrecht is van oudsher sterk objectief van aard. En met het vernietigingsberoep als bestuursrechtelijke standaardprocedure beschikt het nog altijd over een objectieve kern. Maar in de afgelopen decennia zijn daaraan tal van subjectieve elementen toegevoegd. In dit verband wordt wel gesproken van de subjectivering van de Nederlandse bestuursrechtspraak. In de literatuur wordt die subjectiveringstendens over het algemeen positief gewaardeerd. Assink is echter kritisch. In de kern komt zijn bezwaar erop neer dat het gesubjectieerde bestuursprocesrecht de functie van objectieve rechtmatigheidscontrole te veel uit het oog verliest. In zijn proefschrift pleit hij daarom voor een herwaardering van het recours objectif en gaat hij op zoek naar manieren waarop waardevolle elementen van het objectieve procesmodel in de moderne Nederlandse bestuursrechtspraak kunnen worden behouden en gerevitaliseerd. Alleen op die manier kunnen nieuwe toeslagenaffaires volgens hem worden voorkomen.

3. Het recours objectif: een terugblik

In het eerste deel van zijn proefschrift biedt Assink de lezer een uitgebreide analyse van de historische ontwikkeling van het recours objectif vanaf de late negentiende eeuw tot nu. Bijzonder interessant daarbij is onder meer dat hij de vorming van de bestuursrechtelijke doctrine bestudeert tegen de achtergrond van bredere rechtsculturele en maatschappelijke ontwikkelingen. Terecht wijst Assink er daarbij op dat de ontwikkeling van de bestuursrechtspraak moeilijk begrepen kan worden in een soort doctrinair isolement. Om bepaalde keuzes voor bestuursrechtelijke procesvormen in het verleden en het heden goed te kunnen bevatten en te waarderen, is het nodig de ontwikkeling van het stelsel zorgvuldig te situeren in een ruimere context. Daartoe onderscheidt Assink vier tijdvakken: een 'klassieke periode' vanaf de negentiende eeuw tot aan de wederopbouw, een naoorlogse periode tot aan de ontwikkeling van de Awb, de beginperiode van het bestuursrecht onder de Awb en de huidige tijd vanaf de invoering van de Nieuwe zaaksbehandeling in 2011.

9 Zie o.a. E. Pasman, *Kafka in de rechtsstaat*, Amsterdam: Prometheus 2021 voor een indringende analyse op dit punt.

10 P.C. Westerman, *Outsourcing the Law: A Philosophical Perspective on Regulation*, Cheltenham: Edward Elgar 2018, hoofdstuk 1; P.C. Westerman, 'The Changing Bell Jar', *European Journal of Legal Studies* 2008, afl. 1, p. 183-202.

11 B. Assink, *Het recours objectif, een herwaardering* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Elk van die tijdvakken, aldus Assink, kent een eigen verhouding tussen de beide procesmodellen, hetgeen de opdeling in de genoemde tijdvakken rechtvaardigt. In de klassieke periode domineren ideeën over legisme en *Hoheitsverwaltung* en leeft de gedachte dat burgers en bestuurders strikt zijn onderworpen aan wettelijke bepalingen. De “*Staat als Rechtsstaat*”, zo schrijft bijvoorbeeld J.A. Loeff (1858-1921), vereist dat de bevelen van de democratische wetgever door burgers en bestuurders steeds stipt worden nageleefd.¹² In navolging van zijn leermeester J.T. Buys (1826-1893) pleit hij in zijn geschriften voor een inquisitoir opgezet stelsel van bestuursrechtspraak waarin de rechter tot het uiterste gaat om de rechtsorde te vrijwaren van bevoegdheidsoverschrijdingen en ander onwettig overheidshandelen. Van een partijenproces is daarbij geen sprake. Loeffs ideale bestuursrechter is niet primair gericht op het beslechten van geschillen en conflicten en de adequate waardering van de rechten en belangen van concrete burger, maar op het bewaken van de formeel-juridische grenzen waaraan bestuurlijk handelen gebonden is.¹³

In het Nederlandse bestuursrecht, zo beschrijft Assink terecht, bleef de legistische rechtsopvatting langer dominant dan in het Nederlandse privaatrecht. Ook de hiërarchische oriëntatie van de verhouding tussen bestuursorganen en burgers als ‘bestuurden’ bleef nog lang bestaan. Pas in de naoorlogse jaren van wederopbouw dienden zich in dit opzicht wezenlijke veranderingen aan. Voortgaande democratisering en economische vooruitgang maakten dat voortaan steeds vaker van overheden werd verwacht dat zij bij hun handelen rekening hielden met de zienswijzen en de belangen van concrete burgers en niet langer kon worden volstaan met de abstracte en eenzijdige toepassing van wettelijke normen. In dit verband wordt door sommigen (onder wie ook ikzelf) wel gesproken van de ‘horizontalisering’ van publiekrechtelijke verhoudingen en een daarbij behorende ‘relationele wending’ van de bestuursrechtelijke doctrine.¹⁴ In de literatuur, rechtspraak en wetgeving, zo beschrijft Assink in zijn proefschrift, won het recours subjectief op grond van dergelijke ontwikkelingen in de naoorlogse decennia steeds meer terrein.

Geen wonder, daarom, dat de Nederlandse bestuursrechtspraak in het Awb-tijdperk een aanzienlijke subjectivering onderging. Bij de ontwikkeling van de Awb stelt de wetgever onder meer dat “*het handhaven van het objectieve publiekrecht*” als hoofddoel van de bestuursrechtspraak moet worden ingeruild voor het bindend beslechten van geschillen tussen burgers en bestuursorganen.¹⁵ Een belangrijk uitgangspunt daarbij is dat er tussen bestuur en

burger een op ongeschreven rechtsbeginselen berustende rechtsbetrekking bestaat die onder meer inhoudt dat het bestuur “*rekening dient te houden met de belangen van de bij de besluitvorming betrokken burger zoals die burger deze zelf ziet*”.¹⁶ Ook voor de burger zelf blijft het nieuwe relationele denken niet geheel zonder consequenties. Voortaan, aldus de wetgever, geldt de betrekking tussen de overheid en de burger als “*een rechtsbetrekking waarin beide partijen in een wederkerige relatie staan, zodat zij rekening moeten houden met de positie en de belangen van de andere partij*”.¹⁷

Voor een deel had de relationele wending van het Nederlandse bestuursprocesrecht dus te maken met democratisering en de horizontalisering van de verhouding tussen overheid en burger. Maar al snel na de invoering van de Awb kwam de subjectivering van de bestuursrechtspraak vooral in het teken te staan van output en efficiency. Het nieuwe bestuursprocesrecht, zo was vaak de gedachte, zou zo nu en dan leiden tot onnodig ‘zand in de machine’ van het bestuursapparaat en op die manier een belangrijke bedreiging vormen voor efficiënte besluitvorming en slagvaardig overheidsoptreden.¹⁸ Dergelijke overwegingen leidden onder meer al snel tot de afschaffing van de *actio popularis* in het omgevingsrecht, de beperking van de “*omvang van het geding*” en de invoering van de bestuurlijke lus. In jaren van economische en financiële crisis zag uiteindelijk ook een bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste het licht. Met mooie idealen van democratie en ‘horizontalisering’ had dat allemaal weinig te maken. Wel met de wens om ‘lastige’ rechtsbeschermingsmogelijkheden voortaan sterk in te perken of zelfs geheel af te schaffen.¹⁹

De laatste door Assink beschreven ontwikkelingsperiode is het huidige tijdvak van procedurele rechtvaardigheid en responsivisme. Kenmerkend daarvoor acht Assink onder meer de informalisering van de bestuursrechtelijke beroepsprocedure die zich voltrok onder invloed van de Nieuwe zaaksbehandeling (Nzb). Daarbij gaat het om een rechterlijk vernieuwingsprogramma dat sterk is gericht op een betere aansluiting van de juridische procedure op het conflict dat de partijen werkelijk verdeeld houdt. De concrete behoeften en belangen van de strijdende partijen staan daarbij centraal. In de moderne werkwijze gaat de rechter vooral te werk als bemiddelaar en gaat hij op zoek naar passende oplossingen – zo mogelijk buiten het recht om, maar eventueel ook met behulp van een “*juridische procedure op maat*” waarover de partijen “*co-regie*” wordt gegaan en die zoveel mogelijk is toegesneden op het materiële

12 J.A. Loeff, *Publiekrecht tegenover privaatrecht* (diss. Leiden), Leiden: Ijdo 1887, p. 78.

13 Zie verder o.a. J. van der Hoeven, *De drie dimensies van het bestuursrecht* (VAR-reeks 100), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1989, p. 124-130.

14 Zie L. van den Berge, *Bestuursrecht tussen autonomie en verhouding: naar een relationeel bestuursrecht* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2016.

15 *Kamerstukken II* 1991/92, 22495, nr. 3, p. 34.

16 *Kamerstukken II* 1988/89, 21221, nr. 3, p. 11-12.

17 *Kamerstukken II* 1988/89, 21221, nr. 3, p. 12.

18 B.J. Schueller, *Zand in de machine* (oratie Amsterdam UvA), Amsterdam: Vossiuspers UvA 2003.

19 Assink verwijst in dit verband onder meer naar Ch.W. Backes, ‘Crisistijden voor de waarborgfunctie van het bestuursrecht?’, *Milieus en Recht* 2009, afl. 10, p. 622-628. Zie verder o.a. ook T. Barkhuysen & M. Claessens, ‘Naar een “slagvaardiger bestuursrecht” met de Wet aanpassing bestuursprocesrecht?’, *Ars Aequi* 2012, afl. 2, p. 83-93.

conflict waarin de partijen verweekeld zijn.²⁰ Het belang van algemene rechtsstatelijke controle op overheidshandelen – het centrale oogmerk van het recours objectief – raakte hierdoor nog verder buiten beeld.

4. Het recours objectief en dienend bestuur

De stapsgewijze verslappening van de aandacht voor objectieve rechtmatigheidstoetsing als centraal doel van de bestuursrechtspraak heeft volgens Assink tot verschillende problemen geleid. In het tweede deel van zijn proefschrift zet hij de knelpunten uiteen. Ten eerste, aldus Assink, heeft de neergang van het recours objectief gevolgen gehad voor wat vaak wel wordt aangeduid als de 'preventieve werking' van de bestuursrechtspraak. Daarmee wordt onder meer bedoeld op de prikkel die de bestuursrechtspraak uitoefent op bestuursorganen om juridische normen bij hun handelen steeds voldoende in acht te nemen. Omdat bestuurlijke normschendingen in het gesubjectieerde bestuursprocesrecht vaak zonder consequenties blijven, zou van een dergelijke 'preventieve werking' onvoldoende sprake meer zijn. Datzelfde zou gelden voor de 'opvoedende werking' van de bestuursrechtspraak. Nu rechterlijk 'lik op stuk' na onrechtmatig overheidshandelen vaak uitblijft, zouden bestuursorganen onvoldoende bij de 'rechtsstatelijke les' worden gehouden en maar al te vaak vervallen tot onaanvaardbare juridische slordigheid.

Een tweede gevolg van de neergang van het recours objectief is volgens Assink dat de bestuursrechter ten opzichte van het bestuur sterk heeft ingeboet aan *countervailing power*. Daarmee doelt hij op de rol die aan de bestuursrechter is toevertrouwd binnen de trias política als stelsel van macht en tegenmacht. In het moderne, gesubjectieerde bestuursprocesrecht beschikt de rechter niet altijd over het juiste instrumentarium om bestuurlijke machtsuitoefening van het benodigde weerwerk te voorzien. Denk hierbij bijvoorbeeld aan de afschaffing van de actio popularis, de beperking van algemeen belang-acties en de invoering van het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste: elk van deze subjectieve bestuursprocesrechtelijke elementen resulteerde in verminderde mogelijkheden voor de rechter om beleidsvorming en ander bestuurlijk handelen te controleren en zo nodig van juridisch tegenwicht te voorzien. Van een gezond stelsel van *checks and balances* blijft in het gesubjectieerde Nederlandse bestuursrecht volgens Assink daarom weinig over.

De aldus onderscheiden problemen van het gesubjectieerde bestuursprocesrecht laten zich in het bijzonder voelen in het licht van allerlei actuele ontwikkelingen. Daarbij wijst Assink onder meer op de alomtegenwoordige dominantie van 'bedrijfsmatig denken' binnen het overheidsbestuur. Rechtmatig bestuurshandelen, zo stelt hij op

treffende wijze, wordt vaak niet langer gezien als "een way of life" maar als "een check of risicofactor die (achteraf) moet worden afgevinkt" (p. 154). De bedrijfsmatige rationaliteit die het bestuur zich eigen heeft gemaakt, past bij een verschuiving van "het hoe" naar "het wat", oftewel, van normen naar doelen.²¹ Het moderne bestuur bekommert zich liever niet om juridische vormen of belangrijke publiekrechtelijke principes, maar richt zich veeleer op het behalen van bepaalde targets tegen zo laag mogelijke financiële kosten.²² Als gevolg van modern bestuurlijk managerialisme is de publieke signatuur van bestuursorganen zelfs dusdanig vervaagd, stelt Assink terecht, dat zij zichzelf in besluitvormings- en beroepsprocedures vaak beschouwen als partijen met 'eigen' belangen.²³

Sterk verbonden aan het moderne overheidsmanagerialisme is de steeds grotere rol van discretionaire bevoegdheden. Liever dan van bovenaf allerlei gedetailleerde handelingsvoorschriften vast te stellen, stuurt de moderne overheid liever 'op resultaat', stelt zij bepaalde doelen vast en mogen de aangestuurde actoren zelf verder bepalen hoe zij die doelen op de meest efficiënte wijze kunnen behalen. "The government should steer, not row", oftewel: de centrale overheid dient zich te beperken tot het formuleren van enkele hoofdlijnen van beleid – liefst vervat in te bereiken resultaten – en dient de uitvoering daarvan zoveel mogelijk over te laten aan een veelheid van decentrale publieke en private actoren.²⁴ Niet per se omdat zoiets beter zou passen bij de 'gehorizontaliseerde' verhouding tussen overheid en burger, maar vooral omdat moderne technieken van 'regulering op afstand' beter in staat zouden zijn tot de efficiënte bewerkstelling van allerlei sociale doelen. In het licht daarvan is adequate bestuursrechtelijke controle hoogst cruciaal voor een gezond constitutioneel evenwicht.

De neergang van het recours objectief in combinatie met de opkomst van een *administrative state* waarin bedrijfsmatig denken de boventoon voert, betekent volgens Assink een ernstige bedreiging van het beginsel van dienend bestuur. Daaronder verstaat hij het uitgangspunt dat de besturende overheid er niet is voor zichzelf, maar voor de samenleving als geheel. Als zodanig dient het overheidshandelen niet primair in het teken te staan van particuliere belangen, maar

21 Westerman 2018; Westerman 2008.

22 W. Brown, *Undoing the Demos. Neoliberalism's Stealth Revolution*, New York: Zone Books 2015, hoofdstuk 4.

23 Op dit punt verwijst Assink onder meer ook naar een treffende observatie van Jurgen de Poorter en Kars de Graaf: "[De] bedrijfsmatige oriëntatie [van modern overheidsbestuur] heeft (...) consequenties voor het functioneren van de democratische rechtsstaat. (...) De bedrijfsmatige benadering heeft haar eigen dynamiek met haar eigen sturingsmogelijkheden en eigen logica. Constitutionele uitgangspunten en algemene rechtsbeginselen worden in deze logica eerder als handicaps beschouwd bij een snelle uitvoering van projecten dan als richting gevende oriëntatiepunten met intrinsieke waarde. Het leidt ertoe dat overheidsinstellingen hun eigen belang hebben gekregen om na te streven, hun eigen targets hebben om te realiseren." Zie J.C.A. de Poorter & K.J. de Graaf, *Doel en functie van bestuursrechtspraak: een blik op de toekomst*, Den Haag: Raad van State 2011, p. 56.

24 D. Osborne & T. Gaebler, *Reinventing Government: How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector*, New York: Addison-Wesley 1992, p. 25.

20 A.T. Marseille, B.W.N. de Waard, A. Tollenaar, P. Laskewitz & C. Boxum, *De praktijk van de Nieuwe zaaksbehandeling in het bestuursrecht*, Den Haag: Ministerie van BZK 2015 en D.A. Verburg, *Bestuursrechtspraak in balans: bejegening, beslechting en bewijs* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2019.

uiteindelijk slechts gericht te zijn op de behartiging van het algemeen belang. Ook voor de bestuursrechtspraak dient dat uitgangspunt volgens Assink niet zonder betekenis te blijven. Als het goed is, oriënteert die zich immers niet alleen op de belangen en behoeften van concrete procespartijen, maar geeft zij ook uitdrukking aan een algemene normatieve orde als basis van geordend samenleven. En laten dat nu precies de zaken zijn die in een gesubjectiveerd bestuursprocesrecht zo nu en dan onder druk komen te staan.

5. Revitalisering van het recours objectif

Geen wonder, daarom, dat Assink in het derde en laatste deel van zijn proefschrift pleit voor een herwaardering van objectieve rechtmatigheidstoetsing als centraal doel van het bestuursprocesrecht. Onderzoekend hoe een “*revitalisering van het recours objectif*” eventueel concreet gestalte zou kunnen krijgen, stelt hij drie oplossingsrichtingen voor. Daarbij gaat het om drie achtereenvolgende ‘stappen’ die min of meer logisch op elkaar voortborduren. De eerste door Assink aanbevolen stap heeft betrekking op de competentie van de bestuursrechter, die zo snel mogelijk zou moeten worden uitgebreid tot bestuursregelgeving. Ten tweede pleit Assink voor een herwaardering van het rechtsstatelijke belang van algemeen belang-acties en van de praktijk van ambtshalve toetsing door de bestuursrechter. En ten derde stelt hij verschillende manieren voor waarop de bestuursrechtspraak meer oog zou kunnen ontwikkelen voor zaaksoverstijgende belangen en de algemene rechtsstatelijke functie van het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming als onmisbaar element in een gebalanceerd staatsbestel.

In zijn pleidooi voor uitbreiding van de competentie van de bestuursrechter constateert Assink terecht dat de klassieke typering van de beschikking als de ‘kern van het besturen’ niet meer goed aansluit bij de manier waarop de uitoefening van bestuurlijke machtsuitoefening vandaag de dag in de praktijk dikwijls gestalte krijgt. Daarbij wijst hij met name op het toenemende belang van bestuurlijke belangenafweging die is vervat in bestuursregelgeving. Het verbod op rechtstreeks beroep tegen een besluit “*inhoudende een algemeen verbindend voorschrift of een beleidsregel*” is volgens Assink daarom niet langer van deze tijd. Daarmee sluit hij zich aan bij een meerderheidsstandpunt zoals dat zich in de bestuursrechtelijke literatuur van de laatste jaren steeds duidelijker aftekent.²⁵ Zoals veel eerdere commentatoren ook al constateerden, stelt ook Assink vast dat rechtsstatelijke controle op bestuursregelgeving onder de huidige democratische en juridische mechanismen ernstig tekortschiet. Hoog tijd, daarom, dat de bestuursrechter op dit punt te hulp schiet.

Een volgende stap in de revitalisering van het recours objectif zou volgens Assink betrekking moeten hebben op algemeen belang-acties. Verruiming van de mogelijkheid tot dergelijke acties zou het zaaksaanbod in de bestuursrechtspraak kunnen verruimen en het blikveld van de bestuursrechter daarmee kunnen verruimen. Op die manier zouden algemeen belang-acties de bestuursrechtspraak kunnen voorzien van de “*rechtsstatelijke voelspriet*” (p. 222) die nodig zijn om het bestuur van adequaat juridisch tegenwicht te kunnen voorzien. Juridische controle op dit punt is niet alleen belangrijk ter correctie van bepaalde bestuurlijke beslissingen, maar ook vanwege de preventieve werking die zij reeds vooraf zou kunnen uitoefenen op bestuurlijk handelen. De dreiging van juridische controle, zo veronderstelt Assink, levert op zichzelf reeds een prikkel op die ertoe bijdraagt dat bestuursorganen de eisen van de rechtsstaat bij hun handelen steeds voldoende in acht nemen. In een hervormde bestuursrechtspraak zouden algemeen belang-acties op die manier volgens hem een belangrijke rol kunnen vervullen.

Daarnaast pleit Assink in zijn proefschrift voor een herwaardering van het algemeen rechtsstatelijke belang van ambtshalve toetsing. Die praktijk zou volgens hem niet zozeer betrekking moeten hebben op een aantal procedurele eisen die “*van openbare orde*” worden geacht, maar vooral ook moeten strekken tot rechterlijke controle op de naleving van materiële juridische normen en rechtsstatelijke principes. Op die manier zou een einde moeten worden gemaakt aan de vergaande beperking van de “*omvang van het geding*” die zich de afgelopen decennia de in Nederlandse bestuursrechtspraak heeft voltrokken. De revitalisering van het recours objectif die Assink voor ogen heeft, zoekt op die manier opnieuw aansluiting bij het uitgangspunt dat de gevolgen van een onwettig of anderszins ‘onvolkomen’ overheidsbesluit door geen enkel rechtssubject hoeven te worden geduld.²⁶ De “*Staat als Rechtsstaat*”, om het in de woorden van Loeff uit te drukken, vereist nu eenmaal dat algemene regels en beginselen steeds worden nageleefd.²⁷

Als derde stap in de revitalisering van het recours objectif beveelt Assink verschillende manieren aan waarop voor zaaksoverstijgende belangen en algemene rechtsstatelijke principes in de bestuursrechtspraak voortaan meer aandacht zou kunnen worden gegenereerd. Daarbij denkt Assink onder meer aan de bijdrage die conclusies als bedoeld in artikel 8:12a Awb op dit punt zouden kunnen leveren. Het instrument van de conclusie leent zich immers bij uitstek voor een benadering waarbij de te beoordelen kwestie in een bredere context kan worden geplaatst en naast doctrinaire argumenten zo nodig ook algemeen rechtsstatelijke en zo nodig ook maatschappelijke overwegingen in ogenschouw kunnen worden genomen. Daarnaast pleit Assink

25 Zie o.a. de opstellen verzameld in W.J.M. Voermans, R.J.B. Schutgens & A. Meuwese, *Algemene regels in het bestuursrecht* (Preadviezen VAR), Den Haag: Boom juridisch 2017, met verdere verwijzingen. Eerder reeds Y. Schuurmans & W.J.M. Voermans, ‘Artikel 8:2 Awb: weg ermeel’, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 809-832.

26 Zie in die zin reeds L. Dorhout, ‘Relativiteit van de onrechtmatigheid. Ook iets voor de administratieve rechter?’, in: P.G.J. Kapteyn e.a., *Non ex regula*, Deventer: Kluwer 1985, p. 33.

27 Loeff 1887, p. 78.

voor de invoering van rechterlijk beroep (en hoger beroep) in het belang van het recht, in te stellen door “een onafhankelijk van het openbaar bestuur opererende actor” (p. 243). Een soort verre nazaat, zou je kunnen zeggen, van het “O.M. in administratieve zaken” zoals dat ooit door Loeff al werd voorgesteld.²⁸

6. Conclusie: naar een weerbaar bestuursrecht

Betekent dit nu allemaal dat Assink terugverlangt naar een verleden dat nooit heeft bestaan? Het antwoord op die vraag is nee. Van enige nostalgie naar de klassieke periode van het bestuursrecht is in zijn proefschrift geen enkele sprake. Waar voorstanders van de klassieke objectieve leer als Loeff en Buys nog uitgingen van een strikt formalisme, berust Assinks pleidooi juist op een rechtsopvatting waarin juridische idealen en beginselen een centrale plaats innemen. Evenmin heeft Assink in zijn proefschrift een terugkeer voor ogen naar een stelsel van “vernietigen en opnieuw voorzien” dat vaak zo onpraktisch uitwerkt voor burgers en bestuursorganen die zich aan de bestuursrechter zijn overgeleverd voor de beslechting van hun juridische conflicten. Het belang van effectieve bestuursrechtelijke geschiloplossing wordt ook door Assink voldoende onderkend. Punt is wel dat de vergaande subjectivering van het bestuursprocesrecht volgens hem keerzijden heeft die tot nog toe sterk onderbelicht zijn gebleven en dringend aan correctie toe zijn.

Zoals in elk boek zijn er natuurlijk ook in Assinks proefschrift wel enkele punten die wellicht nog iets beter hadden kunnen worden uitgewerkt. Hoe denkt Assink het recours objectief nu precies te kunnen revitaliseren zonder de voordelen van een gesubjectiveerd bestuursprocesrecht al te zeer te veronachtzamen? In hoeverre wenst hij met zijn hervormingsvoorstellen tegemoet te komen aan de eigen aard van het ‘tweepartijenbestuursrecht’ ten opzichte van het ‘meerpartijenbestuursrecht’ en andersom? Of stelt hij een procesmodel voor dat in dit opzicht volhardt in de ‘one size fits none-benadering’ die voor de Nederlandse bestuursrechtspraak helaas al zo lang kenmerkend is?²⁹ Ook na kennisname van Assinks proefschrift blijft de lezer nog zitten met brandende vragen. Maar één ding staat als een paal boven water: met zijn originele, buitengewoon zorgvuldig beargumenteerde en goed gedocumenteerde proefschrift heeft Assink de discussie over het Nederlandse bestuursprocesrecht van een belangrijke nieuwe impuls voorzien. Daarvoor mogen we hem uiterst dankbaar zijn.

Het proefschrift van Assink bereikt ons in een periode waarin de noodzaak van fundamentele reflectie op het Nederlandse stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming diep tot de juridische gemeenschap is doorgedrongen. Sinds de toeslagenaffaire wordt de stand van de bestuursrechtspraak zelfs zo nu en dan besproken aan onze

ationale talkshowtafels en in landelijke kranten. Inmiddels is hopelijk duidelijk dat een al te simpele wending naar meer ‘maatwerk’ en ‘flexibiliteit’ (hoe belangrijk een soepele omgang met juridische normen soms ook kan zijn) uiteindelijk niet echt de oplossingen zal kunnen bieden waar sommigen zo vurig op hopen. De oplossingsrichting die Assink in zijn proefschrift verkent, heeft in dit opzicht betere papieren. In een tijd van bedrijfsmatig overheidsbestuur is het belangrijker dan ooit dat de bestuursrechtspraak bestuursorganen voortdurend bij de rechtsstatelijke les houdt. Hernieuwde aandacht voor het belang algemene rechtmatigheidstoetsing door de bestuursrechter zou daarbij zeer welkom zijn.

Kortom: de verschijning van het proefschrift van Bob Assink is een belangrijk moment in de zoektocht naar een model van bestuursrechtspraak dat beter dan het huidige is opgewassen tegen moderne vormen van bestuurlijke machtsuitoefening. Het belang van een ‘weerbaar bestuursrecht’ laat zich des te meer voelen in een tijd waarin belangrijke rechtsstatelijke idealen ten prooi dreigen te vallen aan een cynische politiek van uitsluiting en eigenbelang. Ervaringen in andere landen kunnen ons leren hoe snel sommige dingen blijkbaar wenen, zodat zelfs de meest aperte vormen van politieke haatspraak al snel als *business as usual* kunnen worden beschouwd. Op het moment waarop ik dit schrijf, zijn de Tweede Kamerverkiezingen van 22 november 2023 nog maar een dag voorbij en maakt een ultrarechtse politieke partij aanstalten een kabinet te gaan formeren. Intussen opent het NOS Ochtendjournaal alweer met het weer van donderdag 23 november als eerste nieuwsitem.³⁰ Laten we hopen dat de bestuursrechtspraak op dit punt waakzamer zal zijn, zodat we ook in de komende jaren rustig zullen kunnen blijven slapen.

28 Loeff 1887, p. 138-139.

29 Vgl. o.a. L.J.A. Damen, ‘Op naar 2GST in het bestuursrecht’, *NTB* 2020/67.

30 Het NOS Ochtendjournaal van donderdag 23 november meldt ons ter opening als weersverwachting “een stevige wind bij een temperatuur van 11 tot 13 °C”.