

1 | RESPONSIEF BESTUURSRECHT: HET EVENREDIGHEIDSBEGINSEL VANUIT HET BURGERPERSPECTIEF

*Lukas van den Berge**

1 INLEIDING

Wie was Ben Schueler? Het karakter van een veelzijdig man als Ben is natuurlijk moeilijk in woorden te vatten. Zoals valt te lezen in de vele herdenkingsberichten die na zijn plotselinge dood verschenen, was Ben niet alleen een scherpzinnig staatsraad en creatief wetenschapper, maar ook een kundig bestuurder, verdienstelijk wielrenner en begenadigd muzikant en kon hij bovendien uitstekend koken. Maar belangrijker misschien nog: Ben was vooral ook zo bijzonder omdat hij gewoon zo ontzettend sympathiek was. In al zijn eigenzinnigheid en warsheid van sociale conventies beschikte Ben over een scherp inzicht in menselijke verhoudingen en bewoog hij zich uiterst soepel in heel uiteenlopende sociale kringen. In het grote aantal gesprekken dat ik het afgelopen jaar over hem voerde, bleek telkens weer hoeveel hij voor de mensen om hem heen heeft kunnen betekenen. Op Bens afscheidsbijeenkomst in Sociëteit De Witte kwam een enorme schare aan heel verschillende mensen bijeen – elk van hen, zo bleek al snel, vol mooie verhalen en dierbare herinneringen over Ben als briljant jurist, maar vooral ook als zeer gewaardeerd en door velen ook uiterst geliefd persoon.

Menselijke verhoudingen spelen ook in Bens wetenschappelijke werk een belangrijke rol. Neem nu zijn beroemde proefschrift over de bestuursrechtelijke praktijk van het ‘vernietigen en opnieuw voorzien’.¹ Dat proefschrift gaat – zoals aan velen natuurlijk reeds bekend – over het gebrekkige geschilbeslechtende vermogen van het klassieke bestuursprocesrecht. De beroepsprocedure bij de bestuursrechter richt zich in de eerste plaats op de vraag of een bepaald besluit in stand kan blijven. Hoe na een eventuele vernietiging het nieuw te nemen besluit zal moeten luiden, is een vraag waaraan de bestuursrechter van oudsher liever zijn vingers niet brandt. Voor rechterlijke terughoudendheid op dit punt bestaan op zichzelf heel goede redenen. Het nemen van beleidsbeslissingen is immers in beginsel de taak van het bestuur en niet die van de rechter. Maar van

* Mr. dr. L. van den Berge is universitair docent rechtstheorie aan de Universiteit Utrecht en oud-promovendus van Ben Schueler.

1 B.J. Schueler, *Vernietigen en opnieuw voorzien. Over het vernietigen van besluiten en beslechten van geschillen* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

het oplossen van geschillen en het beslechten van conflicten, zo constateerde Ben in zijn proefschrift, komt op die manier niet per se veel terecht. Ook na een rechterlijke uitspraak weten burgers en overheden soms nog steeds niet precies waar zij aan toe zijn en blijven zij elkaar daarom soms nog jaren in de haren vliegen.

Het is voor een belangrijk deel aan het werk van Ben Schueler te danken dat er inmiddels op dit vlak zoveel is verbeterd. Al in zijn proefschrift, maar ook in talloze boeken en artikelen die nadien verschenen, pleitte Ben voor een brede waaier aan concrete veranderingen die finale geschilbeslechting door de bestuursrechter faciliteren zonder daarbij het oog te verliezen voor de onderscheiden taken van rechters en bestuurders.² Bens pleidooien getuigden niet alleen steeds van juridisch-dogmatisch vernuft, maar ook van een bijzondere belangstelling voor de manier waarop formele regels en abstracte juridische beginselen in de praktijk uitwerken voor de mensen die ermee te maken krijgen. In die zin kan Ben gerust worden beschouwd als een pleitbezorger van een 'responsief bestuursprocesrecht' in een tijd waarin 'responsiviteit' nog een begrip was waarvan juristen nauwelijks hadden gehoord. Om met Scheltema te spreken: in een 'responsieve rechtsstaat' geldt het rechtssysteem niet als 'doel in zichzelf', maar ervaart de burger dat 'het bij de rechtsstaat uiteindelijk om hem gaat'.³ Precies zo dacht Ben over de bestuursrechtspraak.

Bens belangstelling voor de sociale realiteit van recht en rechtspraak verklaart ook waarom hij sterk geïnteresseerd was in procedurele rechtvaardigheid. In dat verband verwees hij niet alleen vaak naar bekende auteurs op dat gebied als Tom Tyler, Allan Lind en Kees van den Bos, maar ook naar een filosoof als Stuart Hampshire, die het belang van passende juridische procedures onder meer omschreef in het boek *Justice as Conflict*.⁴ In de moderne, pluralistische samenleving, aldus Hampshire, bestaat geen eenduidigheid over noties als 'het goede leven' of 'een rechtvaardige samenleving', maar lopen de opvattingen over dat soort zaken tussen burgers onderling nu eenmaal sterk uiteen. Juist in een dergelijke samenleving kunnen juridische procedures helpen om 'de boel bij elkaar te houden'.⁵ De hoop is dan, dat de leden van de samenleving weliswaar inhoudelijk van mening kunnen blijven verschillen, maar elkaar toch ook weten te vinden in de gezamenlijke erkenning van procedures waarin

2 Zie o.a. B.J. Schueler, 'Tussen te veel en te weinig. Subjectivering en finaliteit in de bestuursrechtspraak', in: B.J. Schueler, B.J. van Ettekoven & J. Hoekstra, *Rechtsbescherming in het omgevingsrecht* (preadviezen Vereniging voor Bouwrecht nr. 37), Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2009, p. 3-70 en B.J. Schueler, 'De grote verandering. Finaliteit in een nieuw bestuursprocesrecht', *JBplus* 2012/7, p. 101-116.

3 M. Scheltema, 'De responsieve rechtsstaat: het burgerperspectief', *NTB* 2019/24, p. 248.

4 S. Hampshire, *Justice Is Conflict*, Princeton: Princeton University Press 2001.

5 Zie verder o.a. B.J. Schueler, *Het zand in de machine. Over de noodzaak tot beperking van de rechtsbescherming* (oratie Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2003, p. 17 en 21.

voldoende oog bestaat voor hun concrete belangen en behoeften en zij zich voldoende gehoord, gekend, serieus genomen en respectvol bejegend voelen.⁶

Het is daarom geen wonder dat Bens bestuursrechtelijke vernieuwingsdrang zich vooral richtte op de hervorming van juridische procedures. Op het gebied van het materiële bestuursrecht betoonde Ben zich over het algemeen behoudender. Neem nu het evenredigheidsbeginsel. Al in zijn proefschrift spreekt Ben zich uit tegen de gedachte dat er een soort geheimzinnige maatstaf of meetlat beschikbaar zou zijn aan de hand waarvan de evenredigheid van bestuurlijke belangenafweging voldoende objectief kan worden vastgesteld.⁷ Juist in een pluriforme samenleving is het wat Ben betreft van belang te beseffen dat zo'n maatstaf of meetlat ontbreekt. Bij gebrek aan duidelijk houvast zal de rechter zich bij toetsing aan het evenredigheidsbeginsel wat hem betreft moeten beperken tot de vraag of het bestuur een bepaalde afweging van belangen op redelijke wijze kan verantwoorden. Van een eigen oordeel over de evenredigheid van bestuurlijke belangenafweging zou de rechter zich in principe dienen te onthouden. Een dergelijk oordeel zou niet kunnen berusten op voldoende objectiveerbare juridische criteria en in de moderne rechtsstaat daarom in beginsel niet thuishoren.⁸

In mijn eigen, door Ben zo genereus begeleide proefschrift neem ik op dit punt een ander standpunt in, dat ik in latere publicaties verder heb trachten uit te werken.⁹ Als Bens promovendus, maar ook nog daarna heb ik er met Ben veel over gediscussieerd. Responsieve hervorming van het bestuursrecht zou in mijn ogen niet beperkt moeten blijven tot de herziening van juridische procedures, maar vooral ook betrekking moeten hebben op de inhoud van juridische uitkomsten. Het evenredigheidsbeginsel kan hierbij een sleutelrol vervullen. In dit artikel licht ik dit verder toe. Daarbij ga ik als volgt te werk. Eerst bied ik – wellicht ten overvloede – een korte analyse van vandaag de dag zo populaire noties als 'responsief recht' en 'responsieve rechtsstaat'. Aan de hand van die analyse bespreek ik vervolgens de (recente en minder recente) ontwikkeling

6 Zie o.a. E.A. Lind & T.R. Tyler, *The Social Psychology of Procedural Justice*, New York: Springer 1988 voor sociaalpsychologische concepten als 'voice', 'process control', 'due consideration' en 'face'. Een toepassing op het bestuursrecht is onder meer D.A. Verburg & B.J. Schueler, 'Procedural Justice in Dutch Administrative Court Proceedings', *Utrecht Law Review* 2014, afl. 4, p. 56-72.

7 Schueler 1994, p. 161-164.

8 Zie verder o.a. B.J. Schueler, 'Methods of Application of the Proportionality Principle in Environmental Law', *Legal Issues of Economic Integration* 2008, afl. 3, p. 231-240; B.J. Schueler, 'Liever geen Spaghetti a la Giudiziaria. De vorming van algemeen bestuursrecht door de rechter', in: A. Nieuwenhuis, J.A. Reestman & C. Zoethout (red.), *Rechterlijk activisme. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.A. Peters*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 217-229.

9 L. van den Berge, *Bestuursrecht tussen autonomie en verhouding: naar een relationeel bestuursrecht* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2016, hoofdstuk 9; L. van den Berge, 'Responsief bestuursrecht', in: *Maatwerk in het bestuursrecht* (preadviezen VAR), Den Haag: Boom juridisch 2020, par. 5.4; L. van den Berge, "'Niets is zo praktisch als een goede theorie": pleidooi voor een multidimensionale bestuursrechtswetenschap', *NTB* 2020/132. Hier en daar bouwt deze bijdrage op die publicaties voort.

van het evenredigheidsbeginsel in het Nederlandse bestuursrecht. Daarna zal ik toelichten waarom recente ontwikkelingstrends wat mij betreft weliswaar hoopvol zijn, maar nog onvoldoende tegenwicht bieden aan moderne vormen van overheidssturing en daarom – althans voorlopig – nog niet ver genoeg gaan.

2 RESPONSIEF RECHT

Eerst dus iets over noties als ‘responsiviteit’ en ‘responsief recht’. Die termen mogen zich de laatste jaren verheugen in een ongekennde populariteit. Vooral de publicaties van Michiel Scheltema zijn daarbij van groot belang geweest. In een ‘bureaucratische rechtsstaat’, aldus Scheltema, staan formele procedures en algemene regels voorop en verdwijnen de concrete burgers op wie die procedures en regels betrekking hebben al snel uit beeld. In een ‘responsieve rechtsstaat’, daarentegen, staan regels nadrukkelijk in het teken van achterliggende doelen en ervaart de burger dat de overheid er voor hem is en niet andersom.¹⁰ Dat betekent natuurlijk niet dat de burger altijd gelijk dient te krijgen. ‘Ook de burger’, aldus Scheltema, ‘begrijpt dat hij niet beter behandeld kan worden dan zijn buurman.’¹¹ Maar het betekent wel dat hij merkt dat de overheid hem serieus neemt en interesse toont voor zijn concrete situatie. En bovendien dat zijn belangen niet al te snel worden opgeofferd aan een bureaucratische logica die onvoldoende oog heeft voor de problemen waarmee burgers in de praktijk vaak kampen.

In rechtstheoretische zin past Scheltema’s pleidooi voor juridische hervorming vanuit het ‘burgerperspectief’ bij een functionele benadering van recht en rechtsstaat zoals die in de literatuur onder meer is verdedigd door Philippe Nonet en Philip Selznick.¹² In hun baanbrekende werk uit de jaren zeventig pleiten deze rechtssociologen voor ‘a more purposive and open legal order’.¹³ Dat wil zeggen: voor een juridische orde die zich niet blindstaart op formele regels en abstracte beginselen, maar daarnaast oog houdt voor bredere maatschappelijke doelen en de concrete behoeften en belangen van burgers. Het recht, aldus Nonet en Selznick, zou niet langer in de eerste plaats moeten worden begrepen als een doctrinair regelsysteem, maar vooral ook als ‘a facilitator of response to social needs and aspirations’.¹⁴ In dit verband spreken Nonet en Selznick van ‘responsive law’. Het heeft er de schijn van dat die term van Nonet en Selznick – wellicht via een aantal tussenstations – uiteindelijk ook Michiel Scheltema

10 Scheltema 2019; M. Scheltema, ‘Bureaucratische rechtsstaat of responsieve rechtsstaat?’, *NTB* 2015/37.

11 Scheltema 2015, p. 287.

12 Ph. Nonet & Ph. Selznick, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, New Brunswick: Transaction Publishers 2001 (eerste editie 1978).

13 Nonet & Selznick 2001, p. 78.

14 Nonet & Selznick 2001, p. 14-15.

heeft bereikt. Helemaal zeker kunnen we daar niet van zijn, want Scheltema's publicaties geven ons op dit punt helaas geen uitsluitsel.

In hun werk zetten Nonet en Selznick het responsieve recht nadrukkelijk af tegen twee andere stijlen van juridische ordening. Om te beginnen gaat het daarbij om 'repressive law', waarbij het recht fungeert als instrument waarover de politieke elite min of meer naar willekeur kan beschikken. 'Autonomous law', daarentegen, richt zich juist op de beperking van die willekeur. Waar de sferen van recht en politiek in het model van repressief recht onderling nog nauw verbonden zijn, berust de gedachte van autonoom recht juist op een strikte scheiding tussen die sferen. Recht en rechtspraak staan het overheidsbestuur niet langer ten dienste, maar nemen ten opzichte van bestuur en beleid een autonome positie in. Vanuit die positie kunnen rechters zich presenteren als de neutrale zegslieden van een onpersoonlijke juridische orde – als de 'passive dispensers of a received, impersonal justice', zo drukken Nonet en Selznick het uit.¹⁵ Alleen door zichzelf op veilige afstand te zetten van politiek en beleid kunnen zij de uitoefening van overheidsmacht beperken zonder zelf op al te opzichtige wijze te worden meegesleurd in een maatschappelijke belangenstrijd.

Formele regels en abstracte beginselen spelen in het autonome recht een centrale rol. Hun afstandelijke positie kunnen rechters immers bij uitstek volhouden door zich bij het nemen van hun beslissingen strikt te beroepen op het recht als ingewikkeld regelsysteem. Door zich te bedienen van technisch-juridische begrippen scheppen zij een comfortabele distantie ten opzichte van de vaak zo turbulente wereld waarop die begrippen betrekking hebben. Bovendien maken zij op die manier duidelijk dat voor de oplossing van juridische geschillen bijzondere professionals nodig zijn: 'men, learned in the laws' die een ingewikkelde juridische kunsttaal spreken waarmee gewone mensen in de regel volkomen onbekend zijn.¹⁶ 'Legality', schrijven Nonet en Selznick, 'is the promise of autonomous law; legalism is its affliction.'¹⁷ Door een al te sterke nadruk op juridische abstracties komt het recht op te grote afstand te staan van de sociale realiteit. Het resultaat is wat Scheltema zou aanduiden als 'de bureaucratische rechtsstaat': een juridisch stelsel dat in de eigen 'systeemwereld' verstrikt raakt en zich vervreemdt van de concrete 'leefwereld' van burgers.¹⁸

Het antwoord op de problemen van het autonome recht vinden Nonet en Selznick in een stelsel van 'responsive law'. Waar het autonome recht sterk gefixeerd is op heldere onderscheidingen tussen recht, beleid en

15 Nonet & Selznick 2001, p. 57.

16 Nonet & Selznick 2001, p. 62.

17 Nonet & Selznick 2001, p. 64.

18 Vgl. voor een soortgelijk gebruik van de aan Habermas ontleende begrippen 'leefwereld' en 'systeemwereld' o.a. A.F.M. Brenninkmeijer, 'De burger tussen de ambities en doelstellingen van de Awb', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 41-43. Door Habermas zelf worden deze begrippen op een iets andere manier gebruikt. Zie o.a. T. Heyse, S. Rummens & R. Tinnevelt, *Habermas. Een inleiding op zijn filosofie van recht en politiek*, Kepellen: Pekelmans 2007, p. 63-67, voor duidelijke uitleg.

rechtvaardigheid, berust het responsieve recht juist op een rechtsbegrip waarin die noties onderling nauw verbonden zijn en scherpe grenzen vaak niet zijn aan te geven. Op die manier ontstaat ruimte voor verbreding van het juridische blikveld. Het responsieve recht beperkt zich niet tot eindeloze oefeningen in juridisch-dogmatische figuurzagerij, maar verdiept zich in concrete belangen en behoeften van burgers. Het houdt zich niet langer blind voor de gevolgen van juridische beslissingen, maar verdiept zich in de sociale werking van het recht en betreft de inzichten die dat oplevert bij juridische beschouwingen. In nauw verband daarmee begrijpt het responsieve recht de trias politica niet zozeer als een vorm van strikte machtenscheiding, maar eerder als een stelsel van macht en tegenmacht waarbij rechter, bestuur en wetgever in beginsel weliswaar elk hun eigen taak hebben, maar de grenzen tussen hun uitgangspunten niet per se scherp of absoluut zijn.

Twee beelden kunnen wellicht helpen het verschil tussen de autonome en de responsieve benadering te verduidelijken. Bij het autonome recht past het vertrouwde beeld van Vrouwe Justitia, die een zekere afstandelijkheid uitstraalt en doorgaans geblinddoekt is, zodat we er zeker van kunnen zijn dat zij algemene regels en beginselen ‘zonder aanzien des persoons’ toepast. Bij het responsieve recht, daarentegen, past bijvoorbeeld een beeld zoals dat sinds enkele jaren staat opgesteld bij de rechtbank in Amsterdam.¹⁹ Daarbij gaat het om een machtige bronzen reus die zich behoedzaam buigt over een vogelnestje. Ten opzichte van Vrouwe Justitia spreekt het beeld duidelijk een tegenovergestelde taal. Ondanks zijn afmetingen drukt de bronzen reus geen afstandelijkheid uit, maar lijkt hij juist heel benaderbaar. Met zijn warrige haar en alledaagse kleding staat hij niet ergens hoog op een sokkel, maar gewoon tussen de mensen in op straat. En waar Vrouwe Justitia zich met opzet blind houdt voor de wereld om haar heen, is de reus opmerkelijk genoeg om oog te hebben voor het kleine en kwetsbare.

Voor zo’n responsieve rechtsopvatting valt veel te zeggen. Maar dat neemt niet weg dat zij op zichzelf 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 grenzen vervagen en maatwerk en flexibiliteit 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. Rechters kunnen niet altijd een veilige afstand bewaren tot politiek en beleid en zich tegelijkertijd voldoende rekenschap geven van de concrete behoeften van burgers. Een transitie van een autonome – of bureaucratische – rechtsstaat naar een responsieve rechtsstaat kan wenselijk zijn, maar brengt hoe dan ook kosten met zich mee. Een Corendon-variant – alles inclusief voor dezelfde prijs – is niet altijd voorradig.

19 Het gaat hier om een beeld uit 2020 van Nicole Eisenman met als titel ‘Love or Generosity’. Meer informatie en beeldmateriaal is online overvloedig beschikbaar, onder meer via www.rechtspraak.nl.

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.²⁰

3 VAN MARGINALE TOETSING NAAR TOETSING OP MAAT

In hun werk beschrijven Nonet en Selznick het repressieve, autonome en responsieve recht als drie fases van een juridisch ontwikkelingsproces. Daarbij zou het niet zozeer gaan om een ‘historical synopsis’ van een ontwikkeling die zich ook daadwerkelijk heeft voorgedaan, maar eerder om de beschrijving van een ‘inner dynamic’ waarbij de opeenvolgende stijlen van juridische ordening min of meer logisch uit elkaar voortvloeien.²¹ Maar hoe het ook zij: in de historische ontwikkeling van het evenredigheidsbeginsel in het Nederlandse bestuursrecht vallen de drie door Nonet en Selznick onderscheiden fases duidelijk van elkaar te onderscheiden. Het repressieve recht laat zich bijvoorbeeld goed herkennen in de gedachte dat bestuurlijk handelen sowieso niet voor rechterlijke toetsing in aanmerking komt – een veronderstelling die onder meer voortleeft in het Conflictenbesluit van 1822 en natuurlijk ook in het tot ver in de twintigste eeuw nog zo hardnekkige verzet tegen een stelsel van onafhankelijke bestuursrechtspraak.²² Pas met het arrest *Guldemon/Noordwijkerhout* uit 1915 zette de Hoge Raad in dit opzicht zoals bekend een belangrijke stap voorwaarts.²³

Het autonome recht laat zich vervolgens goed herkennen in de marginale toetsingsleer, zoals die in het Nederlandse recht onder meer gestalte kreeg in het arrest *Doetinchemse woonruimtevoordering* uit 1949 en vervolgens verder werd uitgewerkt door theoretici als Van Wijk²⁴ en Duk.²⁵ De Doetinchemse zaak draaide om de voordering van een woning die toebehoorde aan een echtpaar dat met enige regelmaat werd opgenomen in een instelling voor geesteszieken. Blijkbaar achtte de gemeente dat een proportioneel middel ter bestrijding van de naoorlogse woningnood. Het gerechtshof Arnhem overwoog dat de door de gemeente verrichte belangenafweging blijk gaf van ‘grove onevenredigheid’ en beoordeelde de voordering daarom als onrechtmatig – een standpunt dat eveneens werd ingenomen door procureur-generaal Willem Berger. De Hoge Raad, daarentegen, redeneerde dat rechters zich met de waardering en de onderlinge afweging van de toepasselijke belangen in dit soort zaken niet zouden mogen

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

21 Nonet & Selznick 2001, p. 18-27.

22 J. van der Hoeven, *De drie dimensies van het bestuursrecht* (VAR-reeks 100), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1989.

23 HR 31 december 1915, ECLI:NL:HR:1915:AG1773, *AB Klassiek* 2022/2 m.nt. W. Konijnenbelt (*Guldemon/Noordwijkerhout*).

24 H.D. van Wijk, ‘Voortgaande terugtred’, in: *Besturen met recht*, Den Haag: VNG 1974, p. 99-115 (= *Voortgaande terugtred* (oratie Amsterdam VU), Alphen aan den Rijn: Samsom 1959).

25 W. Duk, ‘Beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid’, *RMThemis* 1988, afl. 4, p. 156-169.

bemoeien. Voor rechterlijk ingrijpen zou alleen plaats zijn in het geval van bestuurlijke 'willekeur'. En daarvan zou hier geen sprake zijn, omdat 'redelijk oordelende mensen' bij belangenafweging tot verschillende resultaten zouden kunnen komen.²⁶

Het arrest over de Doetinchemse woonruimtevoorziening en de marginale toetsingsleer die in de slipstream van dat arrest tot ontwikkeling kwam, beruhten duidelijk op het smalle rechtsbegrip en de fixatie op heldere grenslijnen tussen recht, beleid en rechtvaardigheid die voor de autonome (of, zo men wil, de bureaucratische) rechtsopvatting zo kenmerkend zijn. De rechter, zo is de gedachte, staat slechts opgesteld als de grensbewaker van een 'discretionaire ruimte' waarbinnen het bestuur slechts onder democratische controle staat. De bestuursrechter toetst slechts 'marginaal', dat wil zeggen, hij ziet voor zichzelf pas een rol weggelegd voor zover het bestuur de 'marges' (dat wil zeggen de grenzen) van zijn vrije beslissingsruimte overschrijdt. 'In het veld van het vrije goedvinden', schrijft Van Wijk in een essay uit 1959, 'is bewegingsvrijheid voor de administratie, daar zijn wegen bij voorbaat uitgezet en geen bakens geplaatst.'²⁷ Slechts voorbij de 'zoom van het vrije goedvinden' komt de rechter een oordeel toe. De uitkomst van 'vrije' bestuurlijke oordeelsvorming en belangenafweging zal hij in beginsel moeten accepteren, behalve wanneer sprake is van kennelijke onredelijkheid.²⁸

Kort na de inwerkingtreding van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) kreeg de marginale toetsingsleer in het bestuursrecht onder meer verder vorm in de uitspraak *Maxis en Praxis* van 9 mei 1996.²⁹ Ook in die uitspraak klinkt de autonome rechtsopvatting duidelijk door. In de analyse van de Afdeling kan het ook na de codificering van het evenredigheidsbeginsel in artikel 3:4 lid 2 Awb niet de bedoeling zijn dat 'de rechter gaat uitmaken welke uitkomst van [bestuurlijke; LvdB] belangenafweging als het meest evenwichtig moet worden beschouwd'. Een dergelijke bemoeienis met bestuurlijke kwesties zou in strijd zijn met 'de onderscheiden posities, die de onafhankelijke rechter en het politiek verantwoordelijke bestuur in het staatsbestel innemen'. De Afdeling omarmt daarmee het vertrouwde beeld van de trias politica waarin elk van de staatsmachten strikt aan de eigen stoel zit vastgekleefd. Alleen bij besluiten die gelden als 'criminal charge' in de zin van artikel 6 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) zou dat anders kunnen zijn; in dat geval gaat de hoofdregel van 'marginale toetsing' niet op en beoordeelt de bestuursrechter de evenredigheid van bestuurlijke belangenafweging zonder terughoudendheid.³⁰

26 HR 25 februari 1949, ECLI:NL:HR:1949:AG1963, NJ 1949/558 (*Doetinchemse woonruimtevoorziening*).

27 Van Wijk 1974 [1959], p. 108.

28 Van Wijk 1974 [1959], p. 109-111.

29 ABRvS 9 mei 1996, ECLI:NL:RVS:1996:ZF2153, *AB Klassiek* 2022/19 m.nt. R. Ortlep.

30 Zie verder o.a. G.H. Addink, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, par. 11.3.

Op de bestuursrechtelijke marginale toetsingsleer bestaat al heel lang veel kritiek. Een voornaam auteur in dit verband is Ernst Hirsch Ballin, die al sinds jaar en dag ten strijde trekt tegen de gedachte van een bestuurlijke discretionaire ruimte als een soort ‘speeltuim voor het bestuur om naar believen te beslissen’.³¹ De voor de autonome rechtsopvatting zo kenmerkende noties van strikte machtscheiding en scherpe grenslijnen tussen recht, beleid en rechtvaardigheid horen wat hem betreft bij een ‘vroegere laag van denken over rechtsstatelijk bestuursrecht’ die zijn langste tijd gehad heeft.³² In zijn VAR-preadvies uit 2015³³ pleit hij daarom voor vervanging van de marginale toetsingsleer door een integrale toetsingspraktijk waarbij de rechter steeds nagaat of bestuurlijke belangenafweging voldoende tegemoetkomt aan eisen van geschiktheid, noodzakelijkheid en proportionaliteit – een model dat van oorsprong stamt uit het Duitse recht en nadien onder meer ook tot ontwikkeling is gekomen in het EU-recht. Dat beoordelingskader garandeert weliswaar geen volgestrekte objectiviteit, maar zou desalniettemin aanknopingspunten bieden voor een gestructureerde rechterlijke toets van bestuurlijke belangenafweging die in moderne constitutionele verhoudingen passend is.

Kritiek als die van Hirsch Ballin en anderen op de cultuur van rechterlijke afstandelijkheid ten opzichte van bestuurlijke oordeelsvorming en belangenafweging heeft de laatste jaren duidelijk de wind in de zeilen.³⁴ In de jaren na de verschijning van Hirsch Ballins preadvies tekenden zich al verschillende voortekenen af van een ‘revolutie in het bestuursrecht’ die met het leerstuk van marginale rechterlijke toetsing korte metten maakt.³⁵ Toch was er eerst nog een toeslagenaffaire nodig voor het definitief zover zou komen. Uiteindelijk zou de marginale toetsingsleer in 2022 uitdrukkelijk worden verlaten in een uitspraak waarin de grote kamer bij de Afdeling bestuursrechtspraak zich boog over de rechtmatigheid van een woningsluiting op grond van artikel 13b Opiumwet.³⁶ Bij toetsing van een dergelijk besluit, aldus de Afdeling in navolging van de conclusie van staatsraden advocaat-generaal Widdershoven en Wattel,³⁷ zal de

31 E.M.H. Hirsch Ballin, ‘De taak van de rechter’, in: *Rechtsstaat & beleid*, Zwolle: Tjeenk Willink 1991, p. 267.

32 E.M.H. Hirsch Ballin, ‘Wederkerig bestuursrecht’, *RMThemis* 1989, p. 2.

33 E.M.H. Hirsch Ballin, ‘Dynamiek in de bestuursrechtspraak’, in: *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter* (VAR-reeks 154), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 7-58.

34 Zie o.a. R. Oortleple & W.S. Zorg, ‘Van marginale rechterlijke toetsing naar toetsing op maat: einde van een geconditioneerde respons?’, *AA* 2018, afl. 1, p. 20-25; J.E. Esser & R.G. Becker, ‘Maak van maatwerk de regel: maatwerk in rechterlijke toetsing van regels en uitvoering’, *NTB* 2021/106; H.E. Bröring, ‘Het evenredigheidsbeginsel als gedragsnorm voor het overheidsbestuur’, *AA* 2022, afl. 10, p. 755-765.

35 T. Barkhuysen, ‘Een revolutie in het bestuursrecht?’, *NJB* 2015/1137; zie ook T. Barkhuysen, ‘De opmars van evenredigheid in het bestuursrecht’, *NJB* 2018/445.

36 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, AB 2022/120 m.nt. M. van Zanten (*Woning-sluiting Harderwijk*). Als lid van de grote kamer speelde Ben Schueler bij de totstandkoming van deze uitspraak een belangrijke rol.

37 Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven en A-G P.J. Wattel van 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, bij ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (*Woning-sluiting Harderwijk*).

rechter zich niet langer kunnen beperken tot een marginale toets op willekeur, maar zal hij voortaan integraal moeten nagaan of het bestuurshandelen met het oog op het te bereiken doel voldoende geschikt, noodzakelijk en evenwichtig is.³⁸ In feite aanvaardde de Afdeling daarmee het toetsingskader zoals dat al langer werd bepleit door auteurs als Hirsch Ballin.

Ten opzichte van de marginale toetsingsleer is het nieuwe beoordelingskader responsief in verschillende opzichten. Waar de oude doctrine tussen de volle toetsing van bestraffende sancties en marginale toetsing van overige discretionaire besluiten formeel geen variatie toelaat, biedt de nieuwe systematiek ruimte voor 'toetsing op maat' waarbij de toetsingsintensiteit kan worden toegesneden op de concrete omstandigheden van het geval. De aard en het gewicht van de concreet bij het besluit betrokken rechten en belangen kunnen bijvoorbeeld factoren zijn waarop de rechter de indringendheid van evenredigheidstoetsing direct kan afstemmen – verhulde differentiatie op dit punt via een beroep op 'flankerende', meer vormelijke eisen van motivering en zorgvuldigheid is niet meer nodig.³⁹ Daarnaast – en meer in fundamentele zin – is het nieuwe toetsingskader responsief omdat het breekt met de fixatie op scherpe grenslijnen tussen recht, beleid en rechtvaardigheid en daarnaast ook met het voor de autonome rechtsopvatting zo kenmerkende beeld van rechters als afstandelijke rechtstoepassers die het liefst een verhullende juridische kunsttaal spreken en zich bedienen van een doctrinaire systeemlogica die met de 'leefwereld van burgers' weinig meer te maken heeft.

4

DE BEHOEFTE AAN EEN ANDER DENKMODEL

Waar komt de behoefte aan een ander denkmodel op dit punt nu vandaan? In zijn preadvies brengt Hirsch Ballin de noodzaak van herdenking en herziening van bestuursrechtelijke evenredigheidstoetsing onder meer in verband met de voortgaande 'terugtrek van de wetgever' zoals die past bij wat in internationale literatuur wel wordt aangeduid als de moderne 'administrative state'.⁴⁰ 'Vereisten van, onder meer, "flexibiliteit in veranderlijke omstandigheden" en "complexiteit in de techniek van de uitwerking"', aldus Hirsch Ballin, hebben meegebracht dat de wetgever het bestuur steeds vaker voorziet van discretionaire bevoegdheden en normen in toenemende mate vervat in vage termen.⁴¹ Die ontwikkeling is bepaald niet van gisteren. 'Naarmate de wetgever voortschrijdt, treedt hij terug', schrijft Van Wijk bijvoorbeeld al in zijn beroemde opstel uit

38 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, AB 2022/120 m.nt. M. van Zanten (*Woning-sluiting Harderwijk*), r.o. 7.6-7.9.

39 Vgl. o.a. P.J. Huisman & N. Jak, 'Beslissingsruimte: handvatten voor de rechterlijke toetsingsintensiteit', *NTB* 2019/20.

40 Zie o.a. A. Vermeule, *Law's Abnegation: From Law's Empire to the Administrative State*, Harvard, MA: Harvard University Press 2016.

41 Hirsch Ballin 2015, p. 25.

1959.⁴² Omdat de wetgever het bestuur bewust zoveel beoordelings- en beleidsruimte biedt, betekent zijn 'voortgaande terugtred' volgens Van Wijk dat ook de bestuursrechter terug moet treden, zoals ook 'het spiegelbeeld wijken moet van de persoon die zich van de spiegel verwijdert'. De marginale toetsingsleer staat met die zienswijze in een rechtstreeks verband.⁴³

Bij de voortgaande terugtred van de wetgever past volgens Hirsch Ballin echter geen 'doctrinaire afstandelijkheid', maar juist een 'veelzijdige benadering' waarbij de rechter zich niet te veel laat weerhouden door allerlei veronderstelde grenslijnen tussen recht, beleid en rechtvaardigheid en zich voldoende rekenschap geeft van 'de persoonlijke en maatschappelijke belangen' waarop de hem voorgelegde juridische kwestie concreet betrekking heeft.⁴⁴ Waar Van Wijk en zijn navolgers het bestuur binnen de marges van zijn beslissingsruimte in beginsel slechts wenste te binden aan democratische controle, wijst Hirsch Ballin erop dat '[d]e verplichting van bestuursorganen om zich voor hun afwegingen politiek te verantwoorden (...) in de praktijk maar sporadisch van betekenis [is]'.⁴⁵ Bij de terugtred van de wetgever past volgens hem daarom geen *terugtrekkende*, maar juist een *oprukkende* rechter. Dat wil natuurlijk niet zeggen dat de rechter voortaan pontificaal 'op de stoel van het bestuur' zou moeten gaan zitten, maar wel dat hij zich niet langer verbergt achter een constitutioneel en juridisch formalisme dat onvoldoende in verband staat met de wijze waarop de wetgever en het bestuur heden ten dage in de praktijk functioneren.⁴⁶

Hirsch Ballins analyse op dit punt is uiterst belangwekkend en bovendien ook heel invloedrijk. In de conclusie over het evenredigheidsbeginsel van staatsraden advocaat-generaal Widdershoven en Wattel vormt zij een belangrijke basis voor hun uiteindelijke oordeel dat de marginale toetsingsleer inderdaad aan vervanging toe is.⁴⁷ Maar toch vertelt Hirsch Ballins uiteenzetting over moderne constitutionele verhoudingen nog lang niet het hele verhaal. Door hem wordt de terugtred van de wetgever vooral in verband gebracht met een 'horizontalisering' van het publieke domein waarin burgers niet zozeer gelden als van bovenaf 'bestuurden', maar veeleer als 'partners' in netwerkstructuren waarin publieke en private actoren samen vorm geven aan een betere samenleving.⁴⁸ Bij dat sturingsmodel, zo legt Hirsch Ballin uit, past geen samenballing van alle gezag bij de wetgever, maar juist een model waarin de wetgever het bestuur de ruimte laat om in samenspraak met burgers en hun organisaties tot beleid te komen. Een vorm van sturing, kortom, waarbij de wetgever niet alles

42 Van Wijk 1974 [1959], p. 99.

43 Zie ook B.J. Wolthuis, 'De juridisering van het debat: rechters en bestuurders over juridisering', *R&R* 2000, afl. 3, p. 242-249.

44 Hirsch Ballin 2015, p. 15.

45 Hirsch Ballin 2015, p. 42.

46 Hirsch Ballin 2015, p. 55-58.

47 Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven en A-G P.J. Wattel van 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, bij ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (*Woningsluiting Harderwijk*), r.o. 3.2 en 4.4.

48 Hirsch Ballin 2015, p. 11-15.

van tevoren al dichttimmert, maar voldoende openingen biedt voor nadere publiek-private consensusvorming.

Maar met de ‘emancipatie van burgers’ heeft de opkomst van de ‘administrative state’ slechts tot op beperkte hoogte iets te maken. Daarnaast laat die zich vooral ook verklaren vanuit een toegenomen nadruk op *output* en *efficiency*. Moderne vormen van overheidssturing passen bij een verschuiving van normen naar doelen.⁴⁹ Liever dan van bovenaf allerlei gedetailleerde handelingsvoorschriften vast te stellen, stuurt de moderne overheid ‘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 de uitvoering daarvan zoveel mogelijk over te laten aan een veelheid van decentrale publieke en private actoren.⁵⁰ Niet per se omdat zoiets beter zou passen bij moderne sociale verhoudingen, maar vooral ook omdat moderne technieken van ‘regulering op afstand’ beter in staat zouden zijn tot de efficiënte bewerkstelling van allerlei sociale doelen.⁵¹

In het publieke domein komt de verschuiving van normen naar doelen op verschillende manieren naar voren. Ten eerste uit zij zich in de uitbesteding van publieke taken aan private actoren, dikwijls steunend op een sterk vertrouwen in onderlinge concurrentie en de tucht van de markt als de sleutels tot een betere, snellere en goedkopere uitvoering van overheidsbeleid. Maar zeker even belangrijk is daarnaast een toegenomen managerialisme binnen de overheid zelf.⁵² Voor zover zij de uitvoering van publieke taken nog zelf ter hand neemt, zo luidt zo ongeveer de gedachte, zou de overheid haar bedrijfsvoering zoveel mogelijk in overeenstemming moeten brengen met de wijze waarop marktpartijen opereren. De bedrijfsmatige rationaliteit die zich op die manier meester heeft gemaakt van het overheidsbestuur houdt onder meer in dat het uitvoeringsinstanties onderling met elkaar in competitie brengt, afrekent op kwantificeerbare resultaten en ook anderszins van allerlei als prestatiebevorderend bedoelde prikkels voorziet. Van een overheidsbestuur dat handelt naar een eigen, op bepaalde publieke waarden georiënteerde rationaliteit blijft op die manier in de praktijk vaak maar weinig over.⁵³

De inmiddels al zo vaak besproken toeslagenaffaire biedt van dergelijk overheidsmanagerialisme een concreet voorbeeld. In het rapport *Ongekend onrecht*

49 Zie o.a. P.C. Westerman, ‘Governing by Goals: Governance as a Legal Style’, *Legisprudence* 2007, afl. 1, p. 51-72.

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

51 Zie verder o.a. P.C. Westerman, *Outsourcing the Law: A Philosophical Perspective on Regulation*, Cheltenham: Edward Elgar 2018, met verdere verwijzingen.

52 Buitengewoon inzichtelijk op dit punt is o.a. W. Brown, *Undoing the Demos. Neoliberalism's Stealth Revolution*, New York: Zone Books 2015.

53 Vgl. o.a. H.D. Tjeenk Willink, ‘Tot zover ben ik gekomen’, Herman Tjeenk Willink-lezing 2022, beschikbaar via www.raadvanstate.nl.

komt uitgebreid aan de orde hoe de oprichting van het Combiteam Aanpak Facilitators (CAF) in 2013 afhankelijk werd gemaakt van een ‘business-case’ die ervoor moest zorgen dat de extra investeringen in fraudeopsporing door de Belastingdienst zouden worden terugverdiend door terugvorderingen en andere maatregelen.⁵⁴ Daarbij werd onder meer bepaald dat de Belastingdienst de betrokken ministeries uit eigen zak zou moeten compenseren als de fraudeopsporing onverhoopt minder zou opleveren. Aldus bestond er voor de Belastingdienst een duidelijke financiële prikkel om zo streng mogelijk terug te vorderen. Kortom: de gang van zaken die uiteindelijk tot zoveel ophef zou leiden, berust mede op een cultuur van bedrijfsmatig managerialisme en technieken van ‘sturen op resultaat’ die kenmerkend zijn voor modern overheidsbestuur. Dat een werkwijze als die van de Belastingdienst zich soms zeer moeizaam verhoudt tot basale publiekrechtelijke waarden van zorgvuldigheid, evenredigheid, democratische verantwoording en non-discriminatie, behoeft in het licht van de toeslagenaffaire wellicht geen nadere toelichting meer.⁵⁵

5 WEL OF NIET VERDISCONTEERD? OVER TOETSEN EN BUITEN TOEPASSING LATEN

Officieel behartigt het overheidsbestuur natuurlijk slechts het algemeen belang. Met de opkomst van de ‘administrative state’ en het bijbehorende overheidsmanagerialisme lijkt dat ideaal nog sterker af te wijken van de sociale realiteit dan voorheen al het geval was. Behalve de Belastingdienst in de toeslagenaffaire handelen ook andere bestuursorganen in de praktijk vooral vaak op grond van eigen belangen en volgen zij een bedrijfsmatige logica die weinig (of zelfs in het geheel niet) verschilt van de wijze waarop grote ondernemingen en andere private partijen opereren. Die sociale realiteit verhoudt zich slecht met het klassieke bestuursrechtelijke uitgangspunt dat overheden de belangen van de samenleving als geheel vertegenwoordigen en daarom in beginsel het voordeel van de twijfel verdienen.⁵⁶ Traditioneel is het bestuursrechtelijke proces opgezet als een procedure waarbij de rechter zich strikt beperkt tot rechtmatigheidscontrole en zich bij zowel de feitenvaststelling als de rechtmatigheidstoets in beginsel betrekkelijk terughoudend opstelt. Voor een dergelijke terughoudendheid is in het licht van moderne vormen van overheidssturing geen enkele aanleiding meer.⁵⁷

54 Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag, *Ongekend onrecht*, bijlage bij *Kamerstukken II* 2020-21, 35510, nr. 2, p. 14-16 en 44-45.

55 Zie o.a. de ontluisterende analyse in J. Frederik, *Zo hadden we het niet bedoeld. De tragedie achter de toeslagenaffaire*, Amsterdam: de Correspondent 2021.

56 Representatief voor deze denkrichting is o.a. E.J. Daalder & M. Schreuder-Vlasblom, ‘Balanceren boven nul’, *NTB* 2000, p. 214-221.

57 Vgl. o.a. L. van den Berge, ‘Brief aan de Staatscommissie rechtsstaat’, beschikbaar via www.staatscommissierechtsstaat.nl.

In de nasleep van de toeslagenaffaire zijn de laatste jaren verschillende ontwikkelingen gaande die in dit verband bijzonder hoopvol zijn. Daarbij gaat het bijvoorbeeld om de hierboven al besproken ontwikkeling van ‘marginale toetsing’ naar ‘toetsing op maat’. Daarnaast valt onder meer te wijzen op de hernieuwde discussie over het toetsingsverbod.⁵⁸ Een probleem bij de toeslagenaffaire was onder meer dat het terugvorderingsbeleid was vervat in formele wetten die op grond van artikel 120 Grondwet – zoals althans uitgelegd in het *Harmonisatiewet*-arrest – niet vatbaar zijn voor toetsing aan algemene rechtsbeginselen. Waren er dan geen beginselen van behoorlijk bestuur op grond waarvan de rechter in al die schrijnende toeslagenzaken tot betere uitkomsten had kunnen komen? Nee, zo luidt van oudsher de doctrine. De wet zou nu eenmaal dwingend voorschrijven dat uitgekeerde sommen bij de minste of geringste fout van burgers in hun geheel moesten worden teruggevorderd. Hoe evident onevenredig soms ook: het evenredigheidsbeginsel blijft naar vaste bestuursrechtspraak in zo’n geval buiten beeld, omdat het niet aan de rechter zou zijn om de formele wetgever voor de voeten te lopen.⁵⁹

Zou de rechter niet toch meer kunnen doen om de uitoefening van gebonden bevoegdheden aan basale eisen van evenredigheid te toetsen? Die vraag stelde de Afdeling onlangs aan de hand van twee toeslagenzaken aan staatsraad advocaat-generaal Gerbrant Snijders. In zijn conclusie zette Snijders nog maar eens uiteen dat de rechter formele wetten weliswaar niet aan algemene rechtsbeginselen mag *toetsen*, maar op grond van die beginselen wel kan beslissen een formele wet in een bepaald geval *buiten toepassing te laten*.⁶⁰ Het *Harmonisatiewet*-arrest stelt daarbij als voorwaarde dat er sprake moet zijn van niet in de wet verdisconteerde omstandigheden. De lat, aldus Snijders, ligt daarbij betrekkelijk hoog. Het moet gaan om ‘evidente en ernstige strijd’ (r.o. 7.22) met een geschreven of ongeschreven beginsel en bovendien zal de rechter steeds zorgvuldig moeten motiveren waarom toepassing in de gegeven omstandigheden onrechtmatig zou zijn. Maar aan de andere kant is het wat hem betreft ook weer niet zo dat algemene beginselen – waaronder natuurlijk ook het evenredigheidsbeginsel – slechts bij hoge uitzondering aan de toepasselijkheid van formele wetten in de weg zouden mogen staan (r.o. 7.18-7.21).⁶¹

58 Y.E.M. Cremers & R.H.T. Jansen, ‘De Venetië-commissie over de rechtsstaat: vreemde ogen dwingen?’, *Ars Aequi* 2021, afl. 12, p. 1059; Y. Schuurmans, ‘Toeslagenaffaire: outlier of symptoom van het systeem?’, *RMThemis*, afl. 6, p. 205-207.

59 Zie verder de heldere uitleg op dit punt in B.J. van Ettekoven, ‘Tussen wet en recht’, *NJB* 2021/101. Het onlangs in preconsultatie gebrachte wetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb beoogt het evenredigheidsbeginsel ook van toepassing te laten zijn op het gebruik van gebonden bevoegdheden, zelfs als deze hun grondslag vinden in een wet in formele zin. Zie verder o.a. A.T. Marseille e.a., ‘Kleine gids voor het wetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb’, *NJB* 2023/819.

60 Concl. A-G G. Snijders van 18 mei 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1441, bij ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772/ECLI:NL:RVS:2023:852, r.o. 7.22.

61 Zie verder o.a. R. Becker, ‘Een behoorlijke ontwikkeling? De conclusie van A-G Snijders over evenredigheid’, *NJB* 2022/1994.

Al eerder werd de mogelijkheid van het in bepaalde gevallen buiten toepassing laten van formele wetten wegens strijdigheid met algemene beginselen besproken door staatsraden advocaat-generaal Widdershoven en Wattel.⁶² In hun gezamenlijke conclusie over de evenredigheidstoets beschrijven zij de casusgebonden *contra legem*-toepassing van algemene rechtsbeginselen terecht als een rechtsvindingstechniek die al sinds mensenheugenis bestaat, maar in de laatste decennia enigszins in de vergetelheid is geraakt. Nu de roep om een ‘responsief bestuursrecht’ steeds luider klinkt, achten Widdershoven en Wattel het moment rijp om de van oorsprong vooral op privaatrechtelijke verhoudingen van toepassing geachte ‘billijkheidscorrectie’ ook in het bestuursrecht sterker te verankeren. In het licht van het *Harmonisatiewet*-arrest zien zij daarbij ruimte voor het buiten toepassing laten van wetten in formele zin in alle gevallen waarin de wetgever de onredelijke gevolgen van wetgeving niet min of meer expliciet heeft verdisconteerd. Een billijkheidscorrectie is wat hen betreft alleen onmogelijk als de wetgever de onredelijke gevolgen ‘aantoonbaar onder ogen heeft gezien’ en voldoende duidelijk heeft gemaakt dat hij in concrete gevallen ‘ook *aperte* onredelijkheid’ graag ongecorrigeerd laat.

Vooral nog stelt de Afdeling zich op dit punt terughoudender op. In haar uitspraken over de twee toeslagenzaken van 1 maart 2023 oordeelt zij uiteindelijk – anders dan Snijders – dat van *contra legem*-toepassing van het evenredigheidsbeginsel geen sprake kan zijn.⁶³ Concreet ging het om de toepasselijkheid van artikel 1:3 lid 2 Wet kinderopvang (Wko), dat bepaalt dat kinderopvangtoeslag slechts beperkt met terugwerkende kracht kan worden aangevraagd. Dat aanvragers die te goeder trouw zijn daardoor nul op het rekest kunnen krijgen, kan in bepaalde gevallen weliswaar misschien onevenredig uitpakken, maar komt desalniettemin niet in aanmerking voor correctie door de bestuursrechter. Van niet vooraf al door de wetgever verdisconteerde omstandigheden is volgens de Afdeling namelijk geen sprake. De termijnbepaling waarover het hier gaat, is nu eenmaal geformuleerd als een harde grens en in de Wko is niet voorzien in een uitzonderingsmogelijkheid. De Afdeling maakt daaruit op dat de wetgever de gevolgen van de termijnbepaling hoe dan ook ‘heeft bedoeld en voorzien’, zelfs in gevallen waarin de toepassing ervan tot apert onredelijke uitkomsten zou leiden.⁶⁴

‘Afdeling bestuursrechtspraak loopt aan tegen de hardheid van de wet’, zo luidt de kop van het persbericht dat de Raad van State naar aanleiding van de uitspraken van 1 maart 2023 liet verspreiden.⁶⁵ En in deze concrete gevallen klopt dat natuurlijk ook. Maar aan de andere kant houden de uitspraken toch ook een belangrijke doorbraak in. Mede aan de hand van de analyses

62 Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven en A-G P.J. Wattel van 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, bij ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (*Woningsluiting Harderwijk*), r.o. 9.4.4.

63 ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772/ECLI:NL:RVS:2023:852, AB 2023/128 m.nt. M. van Zanten.

64 ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772, AB 2023/128 m.nt. M. van Zanten, r.o. 9.16.

65 Zie www.raadvanstate.nl.

van staatsraden advocaat-generaal Snijders, Widdershoven en Wattel lijkt de bestuursrechtspraak de figuur van de casusgebonden billijkheidscorrectie te hebben herontdekt en opnieuw te hebben toegevoegd aan het beschikbare juridische instrumentarium om recht te doen in concrete gevallen, zelfs als formele wetten een andere richting uitwijzen. Of de Afdeling in vergelijking met haar staatsraden advocaat-generaal werkelijk zoveel terughoudender zal blijven, zoals sommigen vrezen,⁶⁶ zal de toekomst moeten uitwijzen. De door de Afdeling toegepaste verdisconteringsformule ('naar redelijkerwijs valt aan te nemen bedoeld en voorzien door de wetgever') blinkt vooralsnog vooral uit in vaagheid. Gelukkig kan de bestuursrechtspraak daar in de komende jaren nog heel veel kanten mee uit.⁶⁷

6 TOT SLOT: RESPONSIVITEIT IN FORM EN INHOUD

Misschien heeft het Nederlandse bestuursrecht tot voor kort wel een beetje geleden aan proceduritis. Zo zou althans de diagnose kunnen luiden bij een soms wat al te sterke nadruk op vormen en procedures, zonder daarbij altijd de benodigde aandacht op te brengen voor de vraag of juridische uitkomsten wel te rechtvaardigen zijn. Berucht is in dit opzicht de tijd en aandacht die bestuursrechtjuristen al sinds jaar en dag besteden aan vragen van competentieverdeling en, vaak in het verlengde daarvan, aan de begripsmatige afbakening van 'de drie b's': bestuursorgaan, belanghebbende en besluit.⁶⁸ Het vele denkwerk daaromtrent, zo schreef Ben Schueler nu alweer bijna twintig jaar geleden, zou eigenlijk 'beter aan materieelrechtelijke vragen kunnen worden besteed'.⁶⁹ Ook de overvloedige aandacht voor procedurele rechtvaardigheid – hoe nuttig op zichzelf ook – is in dit opzicht niet immuun voor kritiek. Aan programma's die gaan over burgersvriendelijke communicatie lijkt zo af en toe de wens ten grondslag te liggen om het bestaande (rechterlijk) beleid beter aan burgers te kunnen verkopen en niet per se ook om tot een betere inhoud ervan te kunnen komen.⁷⁰

Sinds de toeslagenaffaire is dat anders. De laatste jaren is duidelijk geworden dat de Nederlandse bestuursrechtspraak niet alleen qua *vorm*, maar ook qua *inhoud* een ingrijpende transitie zal moeten doormaken. De theorie van het responsieve recht – zoals oorspronkelijk ontwikkeld door Nonet en Selznick en

66 Zie in die zin o.a. J.J. Sillen, 'De bestuursrechter en de toetsing van de wet aan rechtsbeginselen', AA 2023, afl. 5, p. 355-363.

67 Zie verder o.a. J. Laninga & M. Duchateau, "'Niet-verdisconteerde omstandigheden" en evenredigheidstoetsing van formele wetgeving', NJB 2023/1699.

68 Vgl. o.a. R.J.B. Schutgens, *Vorm of inhoud. Over de keuze tussen formele en materiële normomschrijvingen in het publiekrecht* (oratie Nijmegen), 2012, p. 32-37.

69 B.J. Schueler, *Schadevergoeding en de Awb. Aansprakelijkheid voor appellabele besluiten*, Deventer: Kluwer 2005, p. 68.

70 Zie verder o.a. Van den Berge 2020, par. 3.3; P.C. Westerman, 'Naar een kritische en relevante rechtstheorie', NJLP 2019, afl. 2, p. 254.

in Nederland onder meer toegepast op het bestuursrecht door Michiel Scheltema – kan hierbij een belangrijke rol vervullen. Het Nederlandse bestuursrecht trekt van oudsher scherpe grenslijnen tussen recht enerzijds en beleid en rechtvaardigheid anderzijds, corresponderend met een opvatting van de trias politica waarin een strikte scheiding der machten centraal staat. Het responsieve recht, daarentegen, gaat uit van de gedachte dat recht, beleid en rechtvaardigheid onderling niet scherp te scheiden zijn. Daarbij hoort dan natuurlijk juist een opvatting van de trias politica waarin de taakverdeling tussen de machten onderling niet strikt gescheiden is, maar de staatsmachten er niet voor terugschrikken zo nu en dan gedeeltelijk ‘op andermans stoel’ te gaan zitten om uiteindelijk in een precaire onderlinge balans tot optimale resultaten te komen.

Misschien laat die gang van zaken zich in zekere zin wel vergelijken met de strategie van het ‘totaalvoetbal’. Daarbij gaat het om een voetbalstrategie die ooit werd bedacht door ‘het gouden team’ van de Hongaren in de jaren 50, vervolgens werd opgepikt door Michels en Crujff en heden ten dage is doorontwikkeld door Pep Guardiola en anderen.⁷¹ Zoals algemeen gebruikelijk betreden de spelers daarbij het veld in een duidelijke opstelling, elk met een eigen taak en positie. Echterals het spel erom vraagt, blijven zij niet al te strikt aan hun posities vastkleven, maar zoeken zij vrije ruimtes op en vullen zij gaten waar nodig. Iets meer ‘totaalvoetbal’ zou de bestuursrechtspraak mijns inziens geen kwaad doen. Dat betekent natuurlijk niet dat rechters hun ‘plek’ binnen het constitutionele bestel voortaan maar zouden moeten vergeten. Integendeel: een van de zwaktes van het totaalvoetbal is nu juist dat er chaos en onduidelijkheid kunnen ontstaan als niemand meer aan zijn eigen primaire taak en positie denkt. Iedereen die het Nederlandse voetbal volgt, zal daarover kunnen meepraten.

Waarom is de relativering van al die scherpe grenzen tussen recht, beleid en rechtvaardigheid in de huidige tijd nu zo hard nodig? Deels heeft dat te maken met veranderde vormen van overheidssturing. Een versleten bestuursrechtelijke logica houdt kort gezegd in dat bestuursorganen het algemeen belang vertegenwoordigen, zorgvuldig geleid door wettelijke voorschriften en nauw gecontroleerd door vertegenwoordigende organen. Voor zover de werkelijkheid ooit min of meer aan dat ideaalbeeld heeft voldaan, is de realiteitswaarde ervan inmiddels dusdanig gering dat een *reality check* onontkoombaar is. In de praktijk worden burgers immers maar al te vaak geconfronteerd met een manageriële overheid die sterk gericht is op output en efficiency en handelt vanuit eigen institutionele belangen. Een bestuursrechtelijke cultuur van afstandelijkheid bij feitenvaststelling en rechtmatigheidstoetsing is daarbij niet langer passend. In plaats daarvan is het tijd dat de bestuursrechter het evenwicht in de trias herstelt door het moderne bestuur waar nodig op adequate wijze van tegengas te voorzien, zelfs als imaginaire grenslijnen tussen recht, beleid en rechtvaardigheid daarvoor af en toe moeten worden overschreden.

71 J. Wilson, *Het geheim van Barça: de evolutie van het totaalvoetbal van Crujff tot Guardiola*, Amsterdam: Ambo Anthos 2019.

Het evenredigheidsbeginsel kan bij die ontwikkeling een sleutelfunctie uitoefenen. In dat opzicht is er de laatste jaren veel goed nieuws te melden. Voor de totstandkoming van een responsief bestuursrecht is ten eerste van belang dat de marginale toetsingsleer inmiddels is verlaten en is vervangen door een systeem van 'toetsing op maat' waarbij de toetsingsintensiteit afhankelijk is gesteld van een aantal contextuele factoren. Ten tweede valt toe te juichen dat de Afdeling de casusgebonden 'billijkheidscorrectie' heeft herontdekt en duidelijk heeft verankerd in de bestuursrechtelijke doctrine. Het valt in ieder geval te hopen dat de bestuursrechters in de komende jaren dankbaar van het nu beschikbare instrumentarium gebruik zullen gaan maken om recht te doen in concrete gevallen, zelfs als formele wetten daartoe in de weg lijken te staan. Dat wil niet zeggen dat een responsievere invulling van de evenredigheidstoets op zichzelf niet ook nadelen kan hebben – denk in dit verband bijvoorbeeld aan klassieke juridische waarden van rechtszekerheid, legaliteit en democratie. Maar toch: in de gegeven omstandigheden zijn responsieve hervormingen wat mij betreft hard nodig.