



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Gedeelde tafel, eigen stoel: rechter en rechtsvorming in het bestuursrecht

Esser, J.E.; Schuurmans, Y.E.; Goossens, J.; Poorter, J. de; Schyff, G. van der; Geldof, T.; Oirsouw, C. van

Citation

Esser, J. E., & Schuurmans, Y. E. (2022). Gedeelde tafel, eigen stoel: rechter en rechtsvorming in het bestuursrecht. In J. Goossens, J. de Poorter, G. van der Schyff, T. Geldof, & C. van Oirsouw (Eds.), *Publikaties van de Staatsrechtkring* (pp. 25-60). Oisterwijk: Wolf Legal Publishers. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3494125>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3494125>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Rechtsvorming in een hypercomplexe samenleving

Bundel n.a.v. de Staatsrechtconferentie 2022
(Tilburg University)



Gedeelde tafel, eigen stoel: rechter en rechtsvorming in het bestuursrecht

J.E. Esser & Y.E. Schuurmans*

1. Inleiding

‘De rechter mag niet op de stoel van het bestuur gaan zitten’ is een veel gehoord mantra in het Nederlandse bestuursrecht. Of de rechter ook een eigen stoel heeft waarop wetgever en bestuur kunnen plaatsnemen, wordt doorgaans niet gevraagd. Bij voorkeur lijken we algemene normstelling gelijk te stellen aan democratische besluitvorming. De niet-verkozen onafhankelijke rechter heeft weinig van dat democratische product te vinden. Rechterlijke toetsing ziet primair op geïndividualiseerde besluiten die het bestuur heeft genomen, niet op wetten, regelgeving en beleid. In goed Europese traditie geldt de bestuursrecht-spraak vooral als technisch en apolitiek, waarbij de rechter de wet mechanisch toepast op de casus en het bestuur controleert. In deze klassieke benadering verhouden wetgever en rechter zich nauwelijks tot elkaar. De wetgever mag alles, tenzij het internationale en Europese recht zich daartegen verzet. Het bestuur mag veel, want komt vaak beoordelings- en beleidsruimte toe. Wetgever en bestuur zitten met een eigen stoel aan tafel. De rechter is de grote bewaker van zorgvuldige procedures; de hoofdover die de tafel bedient, of komt schoonmaken als er is geknoeid.

Rechtsvorming door de bestuursrechter vormt in dit klassieke frame een noodzakelijk kwaad, waarmee hij zich al snel in de politieke arena begeeft en oneigenlijk aan tafel schuift. In dit preadvies nemen wij afstand van dat frame. We beogen de bestuursrechter door nadere theorievorming handvatten te bieden om zijn rechtsvormende bijdrage doordacht en gemotiveerd vorm te kunnen geven. Daarbij bezien wij de rechtsvormende taak van de bestuursrechter steeds als een uitwerking van zijn constitutionele positie in het staatsbestel. Waar die positie verandert, verandert daarmee ook de rechtsvormende taak van de rechter. Daartoe onderzoeken we welk constitutioneel uitgangspunt traditioneel ten grondslag ligt aan de terughoudende rechter, hoe de overheidstaak en de rol van de staatsmachten is veranderd en wat dat betekent voor de rechtsvormende taak van de rechter. In paragraaf 2 schetsen we de achtergrond van de

* Mr.dr.s Joyce Esser en prof.dr. Ymre Schuurmans zijn werkzaam bij de afdeling Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden. Joyce schrijft een proefschrift over de constitutionele uitgangspunten van het Nederlandse stelsel van bestuursprocesrecht in rechtsvergelijkend perspectief. Deze bijdrage is 31 augustus 2021 afgerond.

ontwikkelingen. In paragraaf 3 herijken we het constitutionele kader, op basis waarvan de bestuursrechter zijn rol binnen de trias vorm zou moeten geven. Met die abstracte beschouwing heeft de bestuursrechter echter nog weinig handvatten. In paragraaf 4 operationaliseren we het constitutionele kader door aan te geven hoe hij via wetsuitleg en toetsing van beleid zijn rechtsvormende taak constitutioneel verankerd kan vervullen. In paragraaf 5 bezien we of de bestuursrechter in de Algemene wet bestuursrecht (Awb) voldoende is toegerust om zijn rechtsvormende taak evenwichtig uit te oefenen. We sluiten in paragraaf 6 af met een conclusie.

2. Rechtsvorming in het publiekrecht: achtergrond

Wie zich aan een bijdrage over de rechtsvormende taak van de rechter waagt, loopt al snel aan tegen de grote hoeveelheid literatuur die daarover is verschenen.¹ Dat debat kent een enorme reikwijdte aan verschillende opvattingen en nuances. Wat tegelijkertijd opvalt, is dat dit debat vaak het civielrecht als vertrekpunt kent. 'Rechtsvorming' doet zich dan soms voor als gevolg van rechtsvinding bij de rechter, die algemene normen moet toepassen op concrete situaties. Doet de rechter daarbij 'iets nieuws', dat ook in volgende zaken invloed zal hebben, dan is er sprake van rechtsvorming.² Door de tijd heen zien we daarbij een veranderende nadruk van theorieën die rechtsvinding als syllogistische rechtstoepassing zien, naar een invulling of weging van open normen of beginselen die toepasbaar zijn op een breed spectrum van het maatschappelijk leven (zoals 'maatschappelijke betamelijkheid') voor een onvoorziene individuele situatie, waarvoor de wetgever nog geen specifieke regels heeft opgesteld.³ Die verandering past bij de hypercomplexe samenleving, met een grote verscheidenheid aan én verwevenheid van belangen en verbanden. In een dergelijke samenleving wordt de rechter steeds meer een 'partner in the business of law'.⁴

Wie in toenemende mate een eigen afweging en interpretatie van de rechter verwacht, zet meer druk op de institutionele positie van de rechter. Nu die positie in belangrijke mate wordt bepaald door constitutionele overwegingen, verrast het niet dat er ook een uitgebreide staatsrechtelijke literatuur is over de rechtsvormende rol van de rechter. Ondanks deze publiekrechtelijke component, richt het debat zijn pijlen relatief weinig op

¹ Zie voor een handzame introductie en verwijzingen naar de standaardwerken Boogaard & Uzman 2015.

² Zie De Poorter & Van Roosmalen 2009, p. 22.

³ Hirsch Ballin 2015, p. 18-19.

⁴ Naar Vranken 2005, p. 10.

het bestuursrecht, met name omdat een rechtsvormende taak voor de bestuursrechter lange tijd vrijwel afwezig werd geacht. De grotere normstellende crises van de afgelopen tijd, zoals klimaatbescherming, stikstofcrisis en toeslagenaffaire, leren ons tegelijkertijd dat veel vraagstukken uit de 'hypercomplexe samenleving' zich juist ook in het bestuursrecht afspeelen.

2.1 *Traditie*

Het bestuursrecht kent de rechter van oudsher een zeer beperkte rol toe in het ontwikkelen van recht, wat zou volgen uit het legaliteitsbeginsel.⁵ Daarbij wordt benadrukt dat de aard van de wet in het bestuursrecht anders is dan in het civielrecht. Nu de burger alles mag wat niet verboden is, maar het bestuur slechts dat wat toegestaan is, kent het bestuursrecht een grote regeldichtheid en een sterke hechting aan de wet.⁶ Het gaat dan niet aan dat de rechter op basis van vage normen of zijn eigen interpretatie het bestuur normeert. Dit is overigens een wat merkwaardige redenering, omdat het legaliteitsbeginsel vooral de burger beoogt te beschermen, terwijl een terughoudende opstelling van de rechter dat zeker niet altijd doet. Waar het meer om lijkt te draaien, is dat het publiekrecht primair is gericht op het ordenen en sturen van de samenleving, terwijl het civielrecht van oudsher de meer 'neutrale' kaders geeft waarbinnen burgers dat zelf kunnen doen. Rechtsvorming is in het publiekrecht niet zozeer het bijproduct van rechterlijke rechtsvinding, maar het beoogde gevolg van de reguleringsactiviteiten van de staat. Publiekrechtelijke rechtsvorming is daarmee sterk politiek geladen en vereist dus democratische legitimatie. In de woorden van Michiel Scheltema: "Voor wat het privaatrecht betreft kunnen wij ons een goed functionerend rechtssysteem voorstellen dat voor een groot gedeelte uit rechters-recht bestaat, maar voor het bestuursrecht is dat in een democratisch land moeilijk denkbaar."⁷ Ook in een van oorsprong common law land zoals de Verenigde Staten, waar marktregulering tot in de 20^e eeuw door de rechter over de band van private geschilbeslechting geschiedde, heeft de opkomst van de verzorgingsstaat uiteindelijk geleid tot de opkomst van een sterk wetgevingsgestuurd publiekrecht.⁸

Dit ordenende en sturende karakter van het publiekrecht leidt van oudsher tot een sterke nadruk op het principe van machtenscheiding: de wetgever maakt de primaire politieke keuzes, het bestuur voert deze op ambtelijk-professionele

⁵ Polak 2014.

⁶ De Poorter 2011, p. 134-135; Scheltema 1996, p. 21-22; Bovend'Eert 2009, p. 150.

⁷ Scheltema 1996, p. 22.

⁸ Zie Klass 2007, p. 548 e.v. voor deze ontwikkeling.

wijze uit en de rechter toetst deze uitvoering aan het recht.⁹ Dat leidt tot een stelsel waarin enerzijds de gebondenheid aan de wet, maar anderzijds óók de *vrijheid* van wetgever en bestuur worden benadrukt. De wetgever is democratisch gelegitimeerd om de politieke keuzes te maken die aan bestuursrechtelijke rechtsvorming ten grondslag liggen. Ook het bestuur beschikt over een zekere mate van bestuurlijk discretie. Deze discretie opent een zekere ruimte voor rechtsvorming, om op basis van de bestuurlijke expertise en indirecte democratische legitimatie de rechtsverhouding *in concreto* vast te stellen.¹⁰ In deze samenstelling is de rechter er ‘slechts’ voor het bewaken van de grenzen van de wet in het individuele geval, met een sterk door het legaliteitsbeginsel gedreven focus op rechtsgelijkheid en rechtszekerheid. Voor *rechterlijke* rechtsvorming is in deze visie weinig ruimte. Een ‘activistische rechter’ bedrijft immers al snel politiek en moet daarover verantwoording afleggen.¹¹

Nu kan de kritische lezer ongetwijfeld een flink aantal uitspraken opnoemen waarin de bestuursrechter toch ferme slagen maakt, zoals het ontwikkelen van het strategisch besluitbegrip of aanpassing van de belanghebbendenvereisten.¹² Vrijwel al die uitspraken zien echter op het ontwikkelen en bijschaven van het stelsel van rechtsbescherming, zowel voor als na de invoering van de Awb. Met rechtsvorming op de bijzondere wet of over de band van de materiële algemene beginselen van behoorlijk bestuur - de ‘inhoud’ van het besturen - is de rechter doorgaans veel terughoudender. Dat soort rechtsvorming wordt in de doctrine vooral gezien als ‘noodzakelijk kwaad’, dat zich voordoet als de wet in het individuele geval lacunes laat vallen, die dan maar door de rechter moeten worden gevuld.¹³

2.2 *Ontwikkelingen in de trias*

De van oudsher terughoudende houding van de bestuursrechter ten opzichte van regelgeving volgt uit een bepaalde visie op ons constitutionele stelsel. In dat stelsel zit iedereen keurig op zijn eigen stoel. In de afgelopen decennia is de aard van het overheidsbestuur echter sterk veranderd. Dat zet de verhoudingen in de trias onder druk en daarmee ook de terughoudende toetsing van wet- en regelgeving.

⁹ Van Male 2018, p. 214.

¹⁰ Zie Struycken 1910, p. 27-28; De Poorter 2011, p. 127.

¹¹ Deze visie is sterk beïnvloed door het gedachtegoed van Struycken, zie Struycken 1910.

¹² Zie voor een nuttig overzicht Konijnenbelt 2011.

¹³ Marseille 2010, p. 90.

In vrijwel alle democratische rechtsstaten is de omvang van de publieke taak in de vorige eeuw sterk gegroeid, nu de overheid zich een veelheid aan belangen en problemen aantrekt als haar verantwoordelijkheid. In plaats van het waarborgen van de vrijheid en veiligheid van burgers, vormt de overheid ons leven van de wieg tot het graf.¹⁴ Dat besturen daarmee complexer wordt, lijkt evident. Dat komt overigens niet alleen door de toenemende omvang van de overheidstaak, maar ook door de veranderende aard daarvan. In plaats van het waarborgen van de openbare orde, het ordenen van de openbare ruimte of het verdelen van schaarste, stuurt de overheid in toenemende mate op die processen die in het verleden door de markt of samenleving werden opgepakt.¹⁵ Dat betekent niet dat de overheid die taken zomaar overneemt: vaak voert zij die uit in overleg met marktpartijen of andere particuliere actoren. De huidige samenleving wordt wel geduid als een ‘netwerksamenleving’, waarin de overheid enerzijds wel openbaar gezag uitoefent, maar anderzijds ook opereert binnen een web van verweven belangen en actoren.¹⁶

De omvang en complexiteit van deze taak heeft er in vrijwel alle Westerse democratieën toe geleid dat de formele wetgever slechts nog op hoofdlijnen kan wetgeven en regulering steeds meer overlaat aan het bestuur, door middel van expliciete delegatie van regelgevende bevoegdheid of open normstelling.¹⁷ Deze zogenaamde ‘terugtrek van de wetgever’ heeft geleid tot de opkomst van wat in de internationale literatuur doorgaans de ‘*administrative state*’ wordt genoemd.¹⁸ Deze moderne ‘bestuursstaat’ heeft door de talloze beslissingen die hij neemt een enorme invloed op het dagelijks leven. Het bestuur stelt vaak regelgeving op, maakt beleid over de uitvoering daarvan, en neemt de individuele beslissingen die bepalen of burgers in aanmerking komen voor financiële ondersteuning of een vergunning kunnen krijgen. Dit betekent dat de democratische legitimatie als spil van het hierboven beschreven terughoudende model steeds minder geloofwaardig wordt.¹⁹ Dat is overigens geen formele kwestie, waarbij wetgeving meer of minder legitiem is naarmate er een directere lijn naar het parlement loopt. Veel meer gaat het om het besef hoe groot en machtig, en daarmee in zekere zin ook ongrijpbaar en oncontroleerbaar ons bestuur is geworden.

Een aanverwant ontwikkeling die deze terugtrek van de wetgever zowel ver-

¹⁴ Voermans 2017, p. 37.

¹⁵ Zie reeds Van Wijk 1968, p. 17.

¹⁶ Zie daarover Hirsch Ballin 2015, p. 12-13 met verwijzingen.

¹⁷ Voermans 2017, p. 14.

¹⁸ Voermans 2017, p. 14-15.

¹⁹ Voermans 2017, p. 38.

sterkt als problematiseert, is de toenemende ideologische, culturele en religieuze versnippering en polarisatie van de samenleving. Niet alleen kan dat minderheden onder druk zetten, ook het zoeken naar een democratische consensus zelf wordt bemoeilijkt. Bovendien kijken we kritischer naar ‘democratische consensus’ vanuit kennis over de wijze waarop wetgeving tot stand komt en onze parlementaire democratie functioneert.²⁰ Lobby en compromisvorming zorgt ervoor dat sterk vertegenwoordigde belangen vaak veel invloed hebben, terwijl kwetsbare belangen soms onderbelicht blijven. Het is soms een illusie dat wetgeving de weerslag is van de ‘wil’ van het volk, in het algemeen belang; het kan ook de weerslag zijn van een machtige sector met grote invloed op een ministerie, waarbij de Kamer wegens een overvolle agenda lag te slapen. De versnippering in samenleving en politiek maakt het tegelijkertijd voor de wetgever aantrekkelijk lastige keuzes door te schuiven naar de ‘uitvoering’, terwijl die maar matig is uitgerust om wel de politiek gevoelige knoop door te hakken. Dit brengt mee dat belangrijke politieke beslissingen, met grote gevolgen voor individuele burgers, niet steeds openlijk politiek worden genomen, maar achter de schermen van de bureaucratie, waarbij de toegankelijkheid en transparantie van de beslisprocedure moeilijk te controleren is.

Deze ontwikkelingen doen de aard van het bestuurlijke beslisproces veranderen, dat niet langer kan worden gezien als een proces van rechtsontwikkeling door de wetgever in wetgeving, toepassing door bestuur in individuele besluiten en toetsing door de rechter. In de moderne rechtsstaat is besturen zélf sterk rechtsvormend van aard.²¹ De uitoefening van bestuurlijke discretie is vaak niet zozeer concretiserend, maar veel meer regulerend van aard: in plaats van het *in concreto* bepalen van de individuele rechtsbetrekking in het uitvoeringsbesluit, richt het bestuur zich actief op het ontwikkelen van beleid dat de samenleving stuurt, verandert en verbetert. In dat verband wordt vaak gesproken van de ‘*regulatory state*’.²² Daarbij bedoelen wij met het woord ‘beleid’ overigens niet het juridische concept beleidsregel (dat daar wel onderdeel van uitmaakt), maar het veel bredere bestuurskundige begrip overheidsbeleid, dat door allerlei grote en kleine beslissingen tot stand komt. Binnen dit proces is wetgeving enerzijds vaak niet bedoeld (of in staat) om individuele besluiten rechtstreeks te normeren, maar vormt zij slechts het startpunt van een proces van gelede normstelling. Deze wetgeving richt zich primair tot het bestuur, dat door een proces van lagere regelgeving, beleidsregels en uitvoeringsbesluiten tot zijn eigen beleidsvorming komt. Anderzijds is het besluit als object van de bestuursrechtelijke

²⁰ Zie o.a. Van Lochem 2013; Ramlal 2011; Juffer 2021.

²¹ Voermans 2017, p. 37.

²² Zie Majone 1994.

procedure in deze dynamiek niet zozeer het eindproduct, maar zélf een inherent rechtsvormend product waarin het overheidsbeleid tot uiting komt.

2.3 *Reacties*

Dat de houding van de rechter ten opzichte van regelgeving onder deze omstandigheden niet hetzelfde kan blijven lijkt evident, maar wat hij dan wél moet doen is dat minder. In de literatuur zien we momenteel twee tegengestelde reacties. Enerzijds leidt de afnemende democratische legitimatie tot een toenemende nadruk op de verantwoordelijkheid van de rechter regelgeving te toetsen en nader in te vullen. Als de wetgever minder zelf regelt, dan zal de rechter immers meer moeten doen, zo wordt beredeneerd.²³ Binnen deze ontwikkeling wordt rechtsvorming in toenemende mate als ‘zelfstandige taakstelling’ opgevat.²⁴ Als quasi-wetgever moet de rechter daar wel voor zijn uitgerust, wat leidt tot een roep om procesrechtelijke instrumenten als de *amicus curiae* of conclusies.²⁵ Anderzijds zien we binnen de bestuursrechtwetenschap grote aandacht voor het begrip ‘maatwerk’.²⁶ In plaats van strikt de regel te volgen, moeten bestuur en rechter deze vormen naar de individuele situatie of er onder omstandigheden van afwijken. Dat is in zekere zin de tegengestelde reactie: in plaats van het sturen op de achterliggende regel, moet er überhaupt minder nadruk worden gelegd op regels.

Deze ontwikkelingen vatten de rechterlijke taakstelling bij de kop (het moment van normstelling) of bij de staart (het ‘bijstellen’ daarvan in het individuele besluit). Daarmee sluiten zij nog vrij dicht aan bij het beeld van bestuursrecht als rechtstoepassing. Wie het dan niet eens is met de uitkomst, past dan immers of de regel of de toepassing aan. Beide zijn onzes inziens belangrijk, maar vormen binnen het moderne publiekrecht als rechtsvorming niet het hele verhaal. Wie dat proces opknipt in losse momenten, krijgt immers moeilijk grip op het moment van beleidsvorming zelf. De focus op maatwerk, hoewel een logische uitlaatklep in een systeem dat nog steeds moeilijk vat krijgt op de algemene normstelling, loopt het risico het paard achter de wagen te spannen, indien een toenemende focus op de specificiteit van het individuele geval ertoe leidt dat de rechter nog minder vat krijgt op de algemene beleidsvoering.²⁷ Tegelijkertijd

²³ Zie zeer expliciet Raad van State 2018, p. 26.

²⁴ De Poorter 2018, p. 870.

²⁵ Met name De Poorter heeft op dit punt belangrijk werk verricht, zie De Poorter 2013; De Poorter 2018.

²⁶ Zie uitgebreid Schuurmans, Leijten & Esser 2020.

²⁷ Esser & Becker 2021, p. 255-256.

ziet een focus op ‘zelfstandige’ rechtsvorming al snel over het hoofd dat normstelling is ingebed in een breder proces van bestuurlijk beleid. De rechter die zijn aansluiting bij het individuele geval loslaat komt daarmee al snel in politiek vaarwater terecht, wat hem constitutioneel gezien in een kwetsbare positie brengt.

3. Rechtsvorming in het publiekrecht: een modern constitutioneel kader

3.1 Constitutioneel kader

In plaats van het zelfstandig identificeren van de rechtsvormende taak van de rechter, vraagt de veranderde aard van het overheidsbestuur allereerst om een integrale herbezinning op de constitutionele taakstelling van de rechter. Zijn positie ten opzichte van normstelling, en daarmee zijn rechtsvormende taak, is daar vervolgens een uitvloeisel van.

De positie van de rechter volgt uiteraard uit ons constitutionele systeem, maar dan wel gezien in zijn moderne jasje. Waar in het staatsrecht de verhoudingen tussen de verschillende staatsmachten altijd al een van de centrale onderwerpen van debat is geweest, blijft in het Nederlandse bestuursrecht het traditionele narratief zoals uiteengezet in paragraaf 2.1 hardnekkig rondwaren. De terughoudende rol van de rechter wordt daarin gezien als een neutrale consequentie van het concept van machtscheiding. Voor Struycken, betekende het inherent rechtsvormende karakter van bestuurshandelen bijvoorbeeld dat aan de rechter maar een beperkte rol kon toekomen, nu deze niet democratisch gelegitimeerd is noch over bestuurlijke expertise beschikt.²⁸ Het idee dat een terughoudende rechter een neutraal uitgangspunt vormt, heeft aan de basis een zeker beeld dat de huidige samenleving voldoet aan alle constitutionele waarden, waarover we in de loop van de tijd hetzelfde zijn blijven denken en dat het politieke stelsel goed functioneert. In landen met grote sociale verschillen wordt veel explicieter erkend dat een rechter die onder weinig omstandigheden ingrijpt, *the domination of the powerful* bevestigt.²⁹ Dan krijgen de bij wetgevingsdepartementen goed aangesloten belangen(groepen) immers ruim baan en komt de bescherming van minderheden en kwetsbare belangen minder tot ontwikkeling. Daar waar staten streven naar een constitutionele transformatie, zien we dat wordt bepleit ook de rechterlijke cultuur van rechtsvinding en wet-

²⁸ Struycken 1910, p. 27-28.

²⁹ Klare 1998.

suitleg te veranderen.³⁰ Nu is de roep om constitutionele vernieuwing in Nederland doorgaans beperkt. Toch bemerken wij ook in Nederland toenemende aandacht voor de verankering van constitutionele waarden in het bestuursrecht, zoals responsiviteit, subjectieve burgerrechten en proportionaliteit van bestuurlijke inmengingen. Wat deze ontwikkeling laat zien, is dat de rechter ook in het bestuursrecht voor de keuze staat hoe hij zijn constitutionele verantwoordelijkheid invult. Die verantwoordelijkheid gaat verder dan het bewaken van de rechtseenheid of het schaven aan de Awb, maar vereist een keuze voor de constitutionele koers die de rechter wil varen.

Uitgangspunt moet onzes inziens zijn dat constitutionele legitimiteit in een moderne bestuursstaat vereist dat men minder denkt in vrijheden van de verschillende staatsmachten ten opzichte van elkaar, maar in de institutionele verantwoordelijkheid voor de legitimiteit van zowel de eigen positie als het uiteindelijke overheidsoptreden. Wetgever, bestuur en rechter kennen uiteraard hun eigen rol, maar zijn in een stelsel van machtsevenwicht steeds gezamenlijk verantwoordelijk voor de verwezenlijking van de waarden die zij in een systeem van machtenscheiding netjes zouden verdelen.³¹ In de internationale literatuur worden deze waarden gedefinieerd als het op democratische wijze komen tot beslissingen in het algemeen belang (van oudsher de taak van de wetgever), het effectief en competent uitvoeren van overheidsbeleid (van oudsher de taak van het bestuur) en het waarborgen van individuele rechten (van oudsher de taak van de rechter).³²

Binnen dit kader is het Nederlandse stelsel overigens altijd een wat vreemde eend in de bijt geweest. In plaats van het waarborgen van individuele rechten, dient de procedure bij de bestuursrechter, van origine gericht op objectieve rechtmatigheidstoetsing, vooral ter borging van de formele democratische legitimatie en de legaliteit van overheidsbestuur.³³ Met de invoering van de Awb is de focus verplaatst naar het bieden van 'subjectieve' rechtsbescherming of geschilbeslechting.³⁴ Hoewel daarmee de borging van individuele rechten verstevigd lijkt, is het Nederlandse bestuursrecht niet bepaald doordrenkt van de subjectieve rechten. Veel wettelijke normen richten zich primair tot het bestuur,

³⁰ Klare 1998.

³¹ Zo ook De Poorter 2011, p. 147-154.

³² Zie bijvoorbeeld Rose-Ackerman, Lindseth & Emerson 2017, p. 1-2. Andere auteurs houden vergelijkbare indelingen aan, zoals Halberstam's indeling in *voice, rights & expertise*, zie Halberstam 2010. Zie ook Stewart 2015.

³³ Zie over de ontwikkeling van het Nederlandse bestuursprocesrecht uitgebreid Schreuder-Vlasblom 2017, p. 42 e.v.

³⁴ Zie expliciet Kamerstukken II, 1991/92, 22 495, nr. 3, p. 31.

waarmee subjectieve aanspraken van burgers sterk afhankelijk zijn van de verwezenlijking daarvan door de overheid.³⁵ Rechtsbescherming beperkt zich dan nog steeds tot rechtmatigheidstoetsing, en subjectivering betekent dan vooral het versmallen van de toegang tot de rechter. Een meer materiële invulling van het individuele rechtsbeschermingsbegrip vereist de verankering van (mensen)rechten en een rechter die kritischer toetst naarmate besluitvorming een verdergaande inbreuk op het persoonlijke leven van burgers maakt of kwetsbare burgers in het geding zijn.³⁶ Wie wil weten hoe dat eruit ziet, kan kijken naar subjectief ingestoken stelsels als het Duitse, of naar mensenrechtenregimes als het EVRM. Tegelijkertijd worstelt men ook in dergelijke stelsels met de beleidsmatige, en daarmee *boven*individuele context van besluiten in een moderne bestuursstaat. Zaken als AERIUS, maar ook de kinderopvangtoeslagaffaire, maken duidelijk dat denken in individuele rechten of maatwerk lang niet altijd de uitkomst biedt, als men geen vat krijgt op de wijze waarop algemene normstelling tot stand komt. Wie zich alleen op individuele rechtsbescherming richt, laat het legitimiteitsvraagstuk van het gevoerde overheidsbeleid al snel over aan wetgever en bestuur, die sterk met elkaar verweven zijn.

In andere stelsels, zoals dat van de Verenigde Staten of Zuid-Afrika, heeft de rechter een bredere taakopvatting en speelt de rechter ook een belangrijke rol in het borgen van de legitimiteit van (lagere) wetgeving en beleid.³⁷ De rol van de rechter wordt dan (mede) gestuurd door andere constitutionele waarden, zoals democratische legitimatie of het verankeren van competent bestuur.³⁸ Waar wetgeving of beleid tot stand is gekomen via een goed opgezette democratische procedure, zal de rol van de rechter vooral in het bieden van individuele rechtsbescherming liggen. Wetgeving komt echter tot stand via meerderheidsbesluitvorming, politieke compromissen en lobby, waarna veel daadwerkelijke besluitvorming achter de deuren van het bestuur geschiedt. Voor sommige groepen in de samenleving is het bovendien lastig om zich te mobiliseren en een eenduidig krachtig belang voor het voetlicht te brengen bij wetgever en bestuur. Zonder zelf tot politieke besluitvorming te komen, kan de rechter toch corrigerend optreden binnen deze dynamiek, bijvoorbeeld door participatie en inspraak

³⁵ Vgl. Ortlep & Widdershoven 2021, p. 320, die dat aanwijzen als een belangrijk conceptueel verschil tussen Europees en internationaal bestuursrecht versus de Awb.

³⁶ Schuurmans, Leijten & Esser 2020, p. 25-26.

³⁷ Zie uitgebreid Rose-Ackerman 2015, p. 74 e.v. voor de Verenigde Staten (waar de rechter overigens nog steeds terughoudend toetst op formele wetgeving, maar expliciet democratische borging vereist voor lagere regelgeving en beleid) en p. 103 e.v. voor Zuid-Afrika.

³⁸ Zie bijvoorbeeld Jordao & Rose-Ackerman 2014, waarin wordt gepleit voor een rechterlijke procedure die meer op democratische legitimatie gericht is.

te vereisen in de besluitvormingsprocedure bij het bestuursorgaan.³⁹ Ook de procedure bij de rechter zelf kan worden gezien als een vorm van democratische tegenmacht, waarmee belanghebbenden de aandacht kunnen leggen op problemen die in de politiek slecht naar voren komen.⁴⁰ Deze meer materiële opvatting van democratische legitimatie hangt nauw samen met het begrip responsiviteit, dat oorspronkelijk een sterke democratische connotatie heeft.⁴¹ Dat begrip wordt in Nederland momenteel vooral gebezigd in de maatwerkdiscussie. Maatwerk is echter een sluitstuk op een overheidsbeleid dat oog heeft voor de wensen en noden van de samenleving. Ook de verhouding van de rechter tot de expertise van het bestuur kan vanuit deze gedeelde verantwoordelijkheid worden geduid. Waar het bestuur over een expliciet democratisch mandaat of over technische expertise beschikt én deze ook op een verantwoorde wijze inzet, zal de rechter terughoudender kunnen zijn. Waar echter weinig transparant is hoe beleid tot stand is gekomen of welke belangen daarbij goed vertegenwoordigd waren, dient de rechter kritischer te zijn op feitenbasis en belangenafweging.⁴² Binnen deze dynamiek dragen wetgever, bestuur en rechter, ieder met hun eigen rol, bij aan de legitimiteit van het overheidsbestuur.⁴³

3.2 *Ruimte voor rechtsvorming*

In een moderne constitutionele rechtsorde omvat de taak van de rechter dus meer dan rechtstoepassing, maar deelt hij samen met wetgever en bestuur een verantwoordelijkheid voor de constitutionele verankering van de totstandkoming en uitvoering van wetgeving en beleid. Wij zijn dan ook geen voorstander van een te beperkte focus op rechtsvorming als bijproduct van wetstoepassing in de individuele zaak, waarbij de regel steeds als een gegeven wordt gezien. Tegelijkertijd blijft zijn taak steeds eigen. De rechter kan niet uit zichzelf tot nieuw wetgevingsbeleid komen, en kan ook niet de gehele uitvoeringspraktijk aansturen. Wij zijn dus ook geen voorstander van het identificeren van een zelfstandige taakstelling tot rechtsvorming voor de rechter. Veel meer is rechterlijke rechtsvorming het gevolg van uitspraken waarin de rechter zijn verantwoordelijkheid neemt in het proces van vorming, bijstelling en toetsing van publieke normstelling dat hij met wetgever en bestuur deelt.

³⁹ Zie Rose-Ackerman 2015, p. 114 e.v. voor het Zuid-Afrikaanse voorbeeld.

⁴⁰ Cichowski 2007, p. 6; Zemans 1983.

⁴¹ Tanja 2018, p. 185.

⁴² Zie Van Heusden 2020.

⁴³ In een meerlagige rechtsorde hebben deze staatsmachten in toenemende mate ook te maken met partijen die niet makkelijk onder de traditionele trias te scharen zijn. Die verschuivende rol van de trias gaat de omvang van dit pre-advies te buiten, dat zich primair richt op de veranderende relatie ten opzichte van wetgever en bestuur.

De rechter is steeds gebonden aan het geschil zoals partijen dat aan hem hebben voorgelegd, nu de Awb hem voorschrijft aan individuele geschilbeslechting te doen. Dat leidt tot een intuïtieve neiging de rol van de rechter toch vooral te beperken tot de individuele omstandigheden van het geval, en de belangen, rechten en afwegingen die daarin spelen. Wij zouden echter willen pleiten voor een minder dichotoom onderscheid tussen rechtsvorming en individuele rechtsbescherming. In het huidige Awb-bestuursrecht zijn wij geneigd normstelling en toepassing sterk van elkaar te scheiden. Volgens de doctrine, sterk beïnvloed door Duk, bestaat het bestuurlijke beslisproces uit enerzijds het vaststellen van het toepasselijke recht, en anderzijds de individuele feitenvaststelling, feitenkwalificatie en bevoegdheidsuitoefening.⁴⁴ Rechtsvorming richt zich dan vooral op het toetsen en interpreteren van wettelijke voorschriften. Het denken in deze fases geeft structuur aan het bestuursrechtelijke beslisproces en de rechterlijke toets, maar moet niet te mechanisch worden opgevat. Nuttiger is het onzes inziens te denken in de verschillende dimensies die het besluit vertegenwoordigt: enerzijds de op het individuele geval toegespitste uitvoering, maar anderzijds ook de regulatieve keuzes die uit die individuele uitvoering blijken. Die twee zijn, als uitersten op een spectrum, niet altijd makkelijk van elkaar te scheiden: reële rechtsbescherming, ook in het individuele geval, vraagt soms om vat op de individuele omstandigheden van het geval, maar vaak ook om een goed beeld van structurele problemen in de achterliggende wetgeving of uitvoeringspraktijk.

Uiteraard begint die bovenindividuele dimensie bij de bindende regelgeving, waaronder formele wetgeving en van het bestuur afkomstige algemeen verbindende voorschriften. Tegelijkertijd kan de rechter pas echt goed oordelen over die dimensie als hij zicht heeft op hoe regelgeving in individuele gevallen wordt toegepast. In de moderne bestuursstaat heeft de rechter zich daarom ook in toenemende mate te verhouden tot bestuurlijk beleid. Juist dat beleid vormt immers de brug tussen de algemene regel en de individuele toepassing. Momenteel is er onder de breed uitgemeten maatwerkdiscussie vooral aandacht voor de *individuele* aspecten van bestuurlijk beleid: beleid mag geen starre wet worden, en de individuele afwijkingsbevoegdheid van artikel 4:84 Awb laat goed zien dat het bestuur altijd een individuele afweging moet maken.⁴⁵ Dat is zeker waar, maar binnen dit preadvies over de rechtsvormende taak van de rechter zouden wij willen stellen dat de rechter niet moet vergeten dat bestuurlijk beleid een belangrijke sleutelrol vervult in de *algemene wijze* waarop uitvoering wordt gegeven aan wet- en regelgeving en daarmee dus juist van grote invloed is op al die

⁴⁴ Klap 2007, par. 2.

⁴⁵ Schuurmans, Leijten & Esser 2020, p. 44-46.

individuele besluiten die eruit volgen. Zelfs als er geen sprake is van een expliciet voorliggend algemeen verbindend voorschrift of beleidsregel, ligt het individuele besluit ingebed in een bredere uitvoeringspraktijk. De rechter kijkt door die individuele toepassing naar de wijze waarop wetgeving en beleid in het algemeen tot uitvoering komt.⁴⁶

Wanneer de rechter zich in zijn toetsing en uitspraak meer op de bovenindividuele aspecten van de zaak richt, geeft hij dus mede vorm aan normstelling in de moderne bestuursstaat. Daarmee zal zijn uitspraak gevolgen hebben voor de bredere wetgevings- en uitvoeringspraktijk en in meer of mindere mate een *rechtsvormend* effect hebben. Dat betekent niet dat de rechter altijd zelfstandig tot eigen regulatieve normstelling moet of kan komen. Hij heeft zich immers te verhouden tot wetgever en bestuur, die steeds een eerste aanzet zullen moeten doen. In die verhouding zal de rechter zowel verantwoordelijkheid moeten vereisen, als zelf moeten afleggen. Dat betekent dat hij soms zal moeten volstaan met een meer procedurele toets of het bepalen van de absolute grenzen van bevoegdheden, en soms meer kritisch zal moeten kijken naar de uitkomst of deze zelfs zal moeten bijstellen. Dit preadvies is niet de juiste plek voor een brede overweging van de toetsingsintensiteit van de rechter, maar het zal niet verbazen dat wij geen voorstander zijn van een binair onderscheid tussen een volle of marginale toets.⁴⁷ Veel meer zou het moeten draaien om een contextuele verdeling van verantwoordelijkheid in het ontwikkelen en uitvoeren van recht en beleid. Zo zal de rechter eerder verantwoordelijkheid nemen voor de (uitleg van) normstelling in algemene wetgeving als de Awb of de Wob, die bestuurlijke besluitvorming van alle bestuursorganen reguleert, dan voor sectorspecifieke wetgeving. Uiteraard blijft ook voor die laatste de aard van de bevoegdheid van belang, maar daarnaast zal de rechter zich ook steeds moeten richten op de vraag welke belangen in het spel zijn en in hoeverre deze door het recht worden beschermd, welke partij in staat is de democratische legitimatie (in brede zin) van het besluit te versterken en wie over eventuele benodigde expertise beschikt.

Hoewel deze verantwoordelijkheidsverdeling niet op voorhand te duiden valt, zijn wij ervan overtuigd dat het denken in een gedeelde constitutionele verantwoordelijkheid voor de legitimiteit van de moderne bestuursstaat ertoe leidt dat

⁴⁶ Esser & Becker 2021, p. 252.

⁴⁷ Dat binaire onderscheid staat momenteel ook onder druk, zie recentelijk de conclusie van staatsraden advocaat-generaal Wattel en Widdershoven over de evenredigheidstoets, ABRvS 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, m.n. par. 8. Inmiddels heeft ook de Afdeling een meer contextuele toetsingsintensiteit geïntroduceerd, zie ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285.

de rechter vaker dan nu het geval is een rechtsvormende taak vervult. Waar de rechter niet zozeer denkt in vrijheden van wetgever en bestuur, maar hun verantwoordelijkheden expliciteert en aanvult waar zij deze onvoldoende hebben genomen, zal hij immers vaker tegen de bovenindividuele en regulatieve dimensie van het voorliggende geschil aanlopen. Tegelijkertijd vindt de rechter in die verantwoordelijkheidsverdeling soms ook zijn grenzen. Waar de rechter vergaande bemoeienis met normstelling niet kan verantwoorden, doet hij al snel afbreuk aan zijn eigen positie. Gedeelde verantwoordelijkheid betekent dan soms ook wijzen op de verantwoordelijkheid van de ander.⁴⁸

4. Van constitutionele taak naar rechterlijk instrumentarium: tussenliggende theorievorming

Voor de bestuursrechtelijke praktijk zullen bovenstaande overwegingen ongetwijfeld vrij abstract overkomen. Het vervolg van dit preadvies zullen wij daarom wijden aan de operationalisering van het hierboven geschetste constitutionele kader. In deze paragraaf staan we meer concreet stil bij de omgang van de rechter met verschillende producten van normstelling. Die vraag vormt onzes inziens de noodzakelijke brug tussen meer abstracte staatsrechtelijke overwegingen en de procesrechtelijke uitwerking daarvan.

Dit thema kunnen wij binnen dit preadvies niet omvattend behandelen, nu dat ook een analyse van bijvoorbeeld artikel 120 Grondwet of exceptieve toetsing zou vereisen. In deze paragraaf lichten wij twee thema's uit. We bezien nader hoe de 'rechtsvormende' rechter om dient te gaan met de uitleg en interpretatie van wetten (waar de democratische legitimatie het sterkst speelt) en met de toetsing van wetsinterpreterend beleid (waar hij dogmatisch het meest mag, maar weinig lijkt te doen uit angst om op de stoel van het deskundige bestuur te gaan zitten). We maken daarbij herhaaldelijk een uitstapje naar het Amerikaanse recht, waarmee wij hopen te laten zien dat meer theorievorming mogelijk en nodig is om te duiden hoe de rechter zijn rechtsvormende taak op basis van constitutionele waarden kan operationaliseren bij de toetsing van wet en beleid.⁴⁹

4.1 Omgang met de wet

Het vertrekpunt van rechtsvorming in een sterk gereguleerde bestuursstaat is, ondanks de in paragraaf 2.2 omschreven ontwikkelingen, nog steeds de wet. De

⁴⁸ Esser & Becker 2021, p. 255.

⁴⁹ Het internationale debat over (nationaal) bestuursrecht (administrative law) vindt voornamelijk plaats over de band van het Amerikaanse bestuursrecht.

rechter die zich op de normstellende dimensie van een geschil richt, zal zich altijd moeten verhouden tot minimaal het wettelijke voorschrift waar de bestuursbevoegdheid uit volgt. Wij hebben in Nederland relatief weinig antwoorden op of theorievorming over de vraag hoe in het sterk gereguleerde bestuursrecht de rechter met de wet om moet gaan.⁵⁰ Een gebrek aan methoden van wetsinterpretatie maakt de rechter kwetsbaar. Moet de letterlijke tekst van de wet, de geest van de wet of de meest burgervriendelijke uitleg prevaleren? Ambigue wetstekst vergt interpretatie en daarbij ontkomt de rechter niet aan keuzes en waardeoordelen - en het gevaar dat hij 'teveel' aan rechtsvorming doet. Wil hij zich weren tegen aantijgingen van dikastocratie, klassenjustitie of het wegrekenen van rechtsbescherming voor de meest kwetsbaren in de samenleving, dan zou hij zich op constitutionele waarden moeten kunnen beroepen, die een bepaalde methode van wetsinterpretatie legitimeren.

4.1.1 *Theorievorming in de Verenigde Staten*

Die vraag naar de onderliggende constitutionele waarden van wetsinterpretatie vormt de kern van het bestuursrechtelijke rechtsvormingsdebat in de Verenigde Staten: welke principes mag de rechter toepassen bij wetsinterpretatie, als zijnde gefundeerd in de constitutionele democratie? Heel grofmazig kan men zeggen dat in het Amerikaanse debat over *statutory interpretation* intentionalists, textualists, en dynamic interpreters die discussie voeren op basis van waarden van de rechtsstaat, democratische legitimatie en effectiviteit van overheidsbeleid (the common good).⁵¹

Rechtsvorming en -toepassing in de geest van de wet

De *intentionalists* hechten sterk aan noties van democratie en proberen daarom zoveel mogelijk recht te doen aan de wil van de wetgever.⁵² Om deze te identificeren valt de rechter bij een ambigue tekst terug op de parlementaire geschiedenis. Waar de Nederlandse jurist vaak gelijk denkt die wil in nummer 3 van de parlementaire stukken te lezen, vraagt de intentionalist zich af hoe de wet tot stand gekomen is en welke parlementaire stukken wél en welke geen gewicht toekomen. De wil van de wetgever moet blijken uit een aggregaat van uitspraken

⁵⁰ De Nederlandse literatuur over de rechtsvormende taak van de rechter, stelt doorgaans het perspectief van de civiele rechter centraal (zie o.a. Vranken 2005), waardoor de verhouding tot bestuur en wetgever (met de ambitie politiek te sturen) minder scherp naar voren komt. Constitutionele waarden zijn vaak weinig ten gronde in theorie verankerd.

⁵¹ Over dit thema zijn boekenkasten vol geschreven. Onderstaande weergave is gebaseerd op Eskridge, Frickey & Garrett 2006, p. 221-230 en Sunstein 1989.

⁵² Zie o.a. Eskridge, Frickey & Garrett 2006, p. 221-230.

die in beide Kamers zijn gedaan, waarbij niet elke uitspraak even zwaar weegt. Een inhoudelijk debat komt gewicht toe, sweeping statements of uitspraken die onderdeel vormen van een mediastrategie in het algemeen veel minder. Vanuit de centrale waarde van democratie gaat het er minder om wat de regering wil, maar wat regering en parlement samen voor ogen hadden. Daarbij erkennen intentionalists dat politieke deals worden gesloten, en dat een cruciale partij soms enkel meestemt met een omstreden wet, omdat die partij ook de steun krijgt voor een voor haar belangrijk wetsvoorstel. Bij een dergelijke politieke deal kan lastiger worden gezegd dat de meerderheid van het parlement bewust deze wet zó heeft gewild. Die democratische legitimatie is tevens zwakker als bepaalde belangenorganisaties (waaronder het bedrijfsleven) sterk gelobbyd hebben voor een wet en departement of Kamerleden van tekst en informatie hebben voorzien. Dergelijke wetten die voorzieningen toekennen aan een kleine, goed georganiseerde groep (zoals de afschaffing van dividendbelasting voor multinationals) verdienen een kritische en nauwe interpretatie door de rechter.

Intentionalists bezien of een wet een ‘hamerstuk’ is geweest, of voorwerp van verhit debat. In dat laatste geval wordt gekeken welke partij over de streep moest worden getrokken om mee te stemmen. De rechter schat in of het parlement had meegestemd met de uitleg die hij nu aan de wetstekst beoogt te geven. Zo kan de rechter corrigeren voor onvolkomenheden in het democratisch proces. Zijn legitimatie haalt hij uit de constitutie: als wetten feitelijk zó worden gemaakt dat zij maar beperkt de uitdrukking van de wil van het volk zijn, dan heeft hij meer ruimte om de wet nader te interpreteren.

Die rechterlijke interpretatieslag van de wil van de wetgever levert uiteraard kritiek op. Valt een specifieke wil van de wetgever uit de stukken te destilleren, dan is het in lijn met democratische waarden dat de rechter daar nauw bij aansluit. Maar hoe meer de rechter zelf moet reconstrueren en invullen, hoe minder hij de legitimatie aan democratie kan ontlene en hoe waarschijnlijker het is dat hij zelfstandig waarden in de wetstekst leest. Dat is ook de kritiek op pleidooien om recht te spreken ‘in de geest van de wet’. Vaak is de beleidsdoelstelling van de wet te algemeen om de wetsinterpretatie in een specifieke rechtszaak te bepalen en moet de interpretator ook eigen beleidsmatige en politieke afwegingen maken, waarvoor wetgever en bestuur meer zijn toegeerust.⁵³

Rechtsvorming en -toepassing overeenkomstig de tekst van de wet

Textualists richten zich op de letterlijke tekst van de wet (*plain language*). Zij hechten sterk aan de *rule of law* en het belang van rechtszekerheid. Een ieder

⁵³ Eskridge, Frickey & Garret 2006, p. 230.

moet kunnen weten wat zijn of haar rechten zijn en moet kunnen vertrouwen op de betekenis die woorden hebben in het gewone taalgebruik. De niet-juridisch geschoolde burger neemt geen parlementaire stukken tot zich om de wet te begrijpen, maar richt zich (in het gunstigste geval) op de tekst van de wet. De letterlijke wetstekst is tegelijk de meest sterke en objectieve aanwijzing van hetgeen de wetgever heeft gewild. Ook textualistst onderstrepen zo het belang van democratische legitimatie en het primaat van de wetgever.

Maar ook deze theorie ontvangt kritiek, omdat zij weinig oplossingen biedt bij *'hard cases'*. Woorden die op het eerste gezicht gemakkelijk zijn (gezamenlijke huishouding), kunnen toch nadere interpretatie vergen, omdat de woordelijke wetsuitleg tot dergelijke knellende uitkomsten leidt (een inwonende mantelzorger verliest een deel van zijn of haar sociale voorziening), dat niet goed voorstelbaar is dat de wetgever die 'gewone uitleg' heeft gewild. Textualists zijn doorgaans niet doof voor die kritiek en betrekken de context bij de duiding van de woordelijke betekenis. Die context kan bestaan uit de verhouding tot andere wetsartikelen in dezelfde wet, de structuur van die wet, identieke of juist afwijkende terminologie in andere wetten. De parlementaire geschiedenis als bron van wetsuitleg is meer omstreden, omdat uiteindelijk alleen de letterlijke wettekst het product is van democratische besluitvorming. Uitspraken uit de parlementaire geschiedenis mag men niet te snel gelijkstellen met de wil van het volk, omdat bepaalde *interest groups* (met name het bedrijfsleven en sterk georganiseerde beroepen en groepen) bovenmatig invloed hebben op producten van wetgeving. Criticasters geven aan dat tekstuele wetsuitleg toch bijna altijd verweven raakt met noties van de wil van de wetgever en de sociale aanvaardbaarheid van het resultaat. Bovendien transformeert taal, ook nadat de wet is aangenomen. Dat kan tot hele discussies leiden welke (edities van) woordenboeken wel en niet mogen worden gebruikt.

Rechtsvorming en -toepassing door dynamische interpretatie

Waar de intentionalists en textualists de rechter in feite zien als de *'agent of the legislator'*, neemt een derde stroming daar iets meer afstand van. Interpretatie van de context en de parlementaire geschiedenis zal niet alle onduidelijkheden oplossen, alleen al omdat de zaak die de rechter krijgt voorgelegd zo andersoortig kan zijn dan de casus die de wetgever voor ogen had. Los van wat de wetgever specifiek of door middel van constructie voorafgaand zou hebben overwogen, vraagt de dynamische interpreteerder zich af of het *resultaat* van wetstoepassing redelijk is. Hij oriënteert zich minder sterk op formele en historische argumenten, maar op normatieve waarden. Hij brengt rationaliteit, redelijkheid en een maatschappelijk aanvaardbare uitkomst als waarden bij wetsinter-

pretatie in, wat aansluit bij de constitutionele taak van staatsmachten om bij te dragen aan effectief en competent bestuur in ‘the common good’. Deze stroming omarmt ook dynamiek: rechtsvorming komt stapsgewijs tot stand en evolueert naar gelang het type zaken dat voor de rechter komt en de veranderende maatschappelijke omstandigheden. Deze theorie wordt vooral in de wetenschap aangehangen en gehanteerd om rechtspraak te verklaren; rechters lijken de theorie lastiger toe te passen dan de twee voorgaande.⁵⁴

Bovenstaande theorieën worden vol bediscussieerd. Pragmatisten geven aan dat in gemakkelijke zaken zij doorgaans tot dezelfde oplossing leiden. Bij moeilijke zaken geven zij de rechter de argumenten om verantwoording te nemen voor de wetsinterpretatie, waarbij hij geregeld van verschillende theorieën gebruik zal maken. Wetenschap en rechtspraak vertalen de theorieën naar verschillende vuistregels voor wetsinterpretatie (*canons of statutory interpretation*). Een bekende is de *rule of lenity* die meebrengt dat ambiguïteit in bestraffende wetten in het voordeel van de verdachte moet worden uitgelegd. Scheltema’s voorstel om bij ingrijpende besluiten, zoals bij de terugvordering van toeslagen, de wetsuitleg te kiezen die het meest in het belang van de burger is, ligt in het verlengde van deze vuistregel.⁵⁵

4.1.2 Toegevoegde waarde Nederlands bestuursrecht

Met deze zeer beknopte weergave willen wij aangeven dat de vraag óf de rechter aan rechtsvorming door interpretatie mag doen, niet het juiste vertrekpunt is. Hij zal altijd aan wetsinterpretatie doen, maar de vraag is wel op welke waar-de hij zich daarbij baseert. De Nederlandse aanpak is vaak een mengelmoes van methoden, zonder die te expliciteren. De Nederlandse rechter blijft vaak dicht bij de tekst, met af en toe een verwijzing naar de Memorie van Toelichting (die immers de ‘wil van de wetgever’ vertegenwoordigt). Dat zijn dus geen neutrale uitgangspunten, maar keuzes die op basis van constitutionele waarden kunnen worden verdedigd én ter discussie kunnen worden gesteld, bijvoorbeeld als de rechter met een te sterke tekstuele interpretatie voorbij gaat aan noties van rationaliteit en rechtvaardigheid (en daarmee niet bijdraagt aan effectiviteit van uitvoering en de bescherming van individuele rechten). De rechter die daar expliciet over is, verantwoordt zijn keuzes en wapent zich tegen kritiek.⁵⁶ De rechter die dat niet doet, neemt echter al snel een ‘veilige’ interpretatie aan die gevestigde belangen, zoals die van het uitvoerend bestuur of sterk betrokken

⁵⁴ Eskridge, Frickey & Garret 2006, p. 246.

⁵⁵ Scheltema 2020.

⁵⁶ Vgl. De Poorter 2020.

belangenorganisaties, voorstaan.⁵⁷ Wij menen dat het Nederlandse debat met behulp van deze inzichten verder kan komen. Laten we dat aan de hand van de Toeslagenaffaire illustreren.⁵⁸

Zou de tekstuele methode het best passen bij onze constitutionele cultuur met een sterk primaat van de wetgever, dan had de bestuursrechter eerst nauwgezet de tekst van de Awir en de Wko moeten analyseren. Hij zou dan tot de conclusie komen dat er geen wetsartikel is dat *woordelijk* een terugvorderingsbevoegdheid voor de belastingdienst bevat, laat staan voor het volledige bedrag van de toegekende voorschotten. De bestuursrechter zou deze lacune moeten onderkennen, waarna hij zelf verantwoording moet nemen voor zijn wijze van wetsinterpretatie. Hij zou die lacune kunnen opvullen door context en de wil van de wetgever. De intentionalists leren hem dat hij zorgvuldig met parlementaire uitingen moet omgaan, dat hij vooral op zoek moet naar het debat met de Kamer op de technische inhoud van het wetsvoorstel en dat hij generieke mediagenieke uitspraken over ferme fraudeaanpak moet laten voor wat zij zijn: wel erg generiek om richting te geven aan de oplossing voor een voor de burger nijpend probleem. De rechter zou dan concluderen dat de parlementaire geschiedenis geen *specifieke wilsuiking* bevat omtrent de gevolgen die moeten worden verbonden aan een toeslaggerechtigde die een klein deel van de besteding van het voorschot niet kan verantwoorden. De rechter kan dan overstappen naar een reconstructie van een fictieve wilsuiking van de wetgever, of naar een dynamische interpretatie waarin hij zich, in lijn met Scheltema, afvraagt of een redelijk wetgever deze volledige terugvordering in redelijkheid kan hebben gewild. Dan zal hij argumenten betrekken over het doel van de wet (vergroten arbeidsparticipatie), hoe dat doel effectief kan worden bereikt (er is kinderopvang nodig voor de uren die zijn gewerkt) en of een volledige terugvordering rationeel is in dat licht. Bij de vraag of hij de terugvorderingsbevoegdheid van de belastingdienst nauw of ruimhartig interpreteert, kan de rechter meenemen dat de groep van gereguleerden (werkende ouders met jonge kinderen, vaak aan de onderkant van de maatschappelijke ladder) al dan niet goed in staat is geweest om haar belangen tijdens het wetgevingsproces, of later bij de belastingdienst, met kracht voor het voetlicht te brengen. Hij zal dan concluderen dat de belanginbreng van deze niet sterk georganiseerde groep zwak is, vergeleken bij de (financiële) belangen van de twee betrokken ministeries en de professionele kinderopvangorganisaties. Dat wijst de rechter in de richting van een kritische, nauwe interpretatie van de terugvorderingsbevoegdheid. Met een

⁵⁷ Vgl. Klare 1998.

⁵⁸ Zie voor de discussie over de wetsuitleg in de Toeslagenaffaire o.a. Marseille 2020; Van Ettekooven 2021; Besselink 2021; Van den Brink & Ortlepp 2021.

constitutioneel onderbouwde methode van wetsinterpretatie heeft de rechter het instrumentarium om meer beredeneerd tot wetsinterpretatie te komen, op een wijze waarop hij tegenover andere staatsmachten - en de maatschappij - kan verantwoorden aan de rechtsvorming te hebben bijgedragen.

4.2 *Omgaan met beleid*

In de discussie rond de rechtsvormende taak van de rechter draait het traditioneel om de taakverdeling tussen rechter en wetgever.⁵⁹ Met de terugtrek van de wetgever en het fenomeen van kaderwetgeving en gedelegeerde regelgeving, verplaatst rechtsvorming zich meer naar het uitvoerende bestuur, dat door bindende regelgeving en beleid tot nadere normstelling komt. Discussie rond de rechtsvormende taak van de bestuursrechter vraagt daardoor óók bezinning op de taakverdeling tussen rechter en bestuur. Wij zoomen hier in op de *wetsinterpreterende* beleidsregel, als instrument waarin rechtsvorming door het bestuur tot uitdrukking komt en de democratische legitimatie beperkt is. Hoe toetst de bestuursrechter dat beleid? Dogmatisch zijn we geneigd beleid uiteen te rafelen in de onderscheiden typen beleidsregels uit artikel 1:3, lid 4 Awb. Beleidsregels over de uitleg van een wettelijk voorschrift en de vaststelling van feiten toetst de bestuursrechter vol en beleidsregels over de afweging van belangen terughoudend - in lijn met het toetsingsmodel van Duk. Tegelijk zien we in de rechtspraktijk dat de rechter beleidsregels vrijwel nooit onrechtmatig acht, ook al schrijft het model een volle toets voor.^{60 61} Hoe kunnen we dat gat tussen een dogmatisch volle toets en een vaak zeer terughoudende toetsingspraktijk dichten? Kunnen we meer inhoud geven aan de rechterlijke toets en factoren identificeren die de rechter legitimeren om de wetsinterpreterende beleidsregel meer terughoudend dan wel kritisch de maat te nemen?

⁵⁹ In de literatuur wordt rechtsvorming vaak zelfs vereenzelvigd met interpretatie van wettelijke voorschriften, zie bijvoorbeeld Uzman 2013, p. 154; Polak 2014.

⁶⁰ Zie *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 110 voor de opdracht aan de rechter wetsinterpreterende beleidsregels vol te toetsen. Dat is in overeenstemming met de aanbevelingen van het rapport *Orde in de regelgeving* 1985, p. 24. Wattel en Widdershoven delen deze mening in ABRvS 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, par. 9.2.2.

⁶¹ Hoe consistent de rechterlijke toetsing van wetsinterpreterend beleid is, vormt een punt voor nader onderzoek. Heel zelden geeft de rechter een eigen uitleg aan een wettelijk voorschrift en stapt hij over het beleid heen, zie CRvB 19 december 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2963. Wetsinterpreterend beleid acht de rechter vrijwel nooit onrechtmatig. Zie voor een zeldzame uitzondering ABRvS 30 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:860, AB 2017/59 m.nt. L.J.A. Damen, waarin de rechter oordeelt dat de beleidsregel 'de grenzen van een redelijke wetsuitleg' te buiten gaat, maar daarbij juist laat zien een terughoudende toets te betrachten.

Waar moet het bestuursorgaan precies verantwoording over afleggen?

4.2.1 *Theorievorming in de Verenigde Staten*

Voor nadere theorievorming oriënteren we ons wederom op het debat in de Verenigde Staten.

In de *landmark* zaak *Marbury v. Madison* legde de Supreme Court de fundamentele regel neer dat het de verantwoordelijkheid van de rechter is ‘to say what the law is’.⁶² In het Amerikaanse bestuursrecht is de rechter daarom in ieder geval verantwoordelijk voor de interpretatie van de Grondwet, van de Administrative Procedure Act (de Amerikaanse Awb) en van sectorale wetgeving die door meerdere bestuursorganen wordt uitgevoerd. Moeilijker wordt het echter als we het hebben over wetgeving die door één hypergespecialiseerd bestuursorgaan wordt uitgevoerd. Moet de rechter dan oordelen wat er moet worden verstaan onder ‘banking services’ of ‘stationary source of pollution’? Dat is de vraag naar de geboden hoeveelheid *deference*: de mate waarin de rechter ‘buigt’ naar de nadere uitleg die het bestuursorgaan aan de wet geeft. Om de spanning tussen wettekst en beleidsregel op te lossen, heeft de Supreme Court de zogenaamde *Chevron* doctrine geïntroduceerd.⁶³ Uit deze uitspraak volgt een stappenplan van twee vragen. De eerste is of de wetgever zelf een duidelijke betekenis voor ogen had. Is dat het geval, dan moet de rechter volgens de traditionele wetsinterpretatie theorieën tot een antwoord komen in lijn met de invulling door de wetgever. Is dat niet het geval, dan is de wet ‘ambiguous’ en is het uitgangspunt dat het bestuursorgaan interpretatieruimte heeft. De vraag is dan of de interpretatie een ‘permissible construction of the statute’ is, wat de rechter terughoudend toetst.

Deze doctrine lijkt erg op het onderscheid dat het Nederlandse bestuursrecht maakt tussen wel of geen beoordelingsruimte, met twee belangrijke verschillen. Ten eerste zijn Amerikaanse bestuursorganen expliciet bevoegd via algemene *wetsinterpretatie* tot nadere beleidsvorming te komen, in plaats van individuele kwalificatie. Het bestuur beziet hoe wettelijke normen geconcretiseerd moeten worden om het doel van de wet te bereiken, in een effectief uitvoerbare besluitvormingsprocedure. Bovendien identificeert de Amerikaanse doctrine veel eerder begrippen als ‘ambiguous’, terwijl wij die nog als objectief vaag zouden aanmerken. Het idee daarachter is dat de indirecte democratische legitimatie, uitvoeringservaring en expertise van het bestuursorgaan deze nadere rechtsvorming

⁶² *Marbury v. Madison* 5 U.S. 137 (1803).

⁶³ *Chevron U.S., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984).

legitimeert.⁶⁴ Het bestuursorgaan overziet beter wat de effecten van een bepaalde wetsinterpretatie zijn en of die passen binnen het doel van de wet.

Hoewel de *Chevron* doctrine een centrale doctrine van het Amerikaanse bestuursrecht is, ontvangt zij ook veel kritiek. Met name conservatieve rechters en auteurs menen dat het een staatsrechtelijke schending is om wetsinterpretatie uit handen te geven aan het bestuur.⁶⁵ Een meer genuanceerde kritiek is dat *Chevron* een te dichotoom onderscheid maakt tussen de bevoegdheid van de rechter en die van het bestuursorgaan.⁶⁶ Vóór *Chevron* hanteerde de rechter namelijk de zogenaamde *Skidmore*-doctrine; een meer holistische aanpak waarbij het uitgangspunt weliswaar was dat de rechter eindverantwoordelijk is voor wetsinterpretatie, maar de interpretatie van het bestuursorgaan daarbij een factor is die meegewogen kan worden. De waarde die de rechter hecht aan de interpretatie van het bestuursorgaan hangt dan af van een groot aantal factoren.⁶⁷

Zo is het ten eerste de vraag of de wetgever lijkt te hebben gewild dat het bestuursorgaan zelf tot een interpretatie komt. Als het de bevoegdheid heeft algemeen verbindende voorschriften uit te vaardigen, zal dat eerder het geval zijn. Daarnaast betreft de rechter de specifieke omstandigheden van het geval. Is het bestuursorgaan in het bijzonder geschikt tot het ontwikkelen van regulerend beleid door interpretatie, bijvoorbeeld door expertise dan wel participatie? Heeft het bestuursorgaan een zorgvuldige procedure doorlopen om tot deze interpretatie te komen? In de afgelopen jaren heeft de Supreme Court geluisterd naar deze kritiek, en heeft het de kracht van de *Chevron* doctrine steeds meer afgezwakt, met name door de reikwijdte daarvan te beperken.⁶⁸

Deze contextuele verantwoordelijkheidsverdeling doet meer recht aan de verwevenheid van wet, beleid en politiek. Het sleutelwoord in die dynamiek is het Engelse *deference*, dat letterlijk ‘eerbied’ betekent. De rechter die zijn eigen grenzen kent, ‘respecteert’ de geschiktheid van het bestuursorgaan. Respect moet echter *verdiend* worden, en in de beoordeling zou daarom ruimte moeten zijn voor de omstandigheden waaronder het bestuursorgaan tot zijn eigen wetsinterpretatie, invulling van beoordelingsruimte en invulling van beleidsruimte komt, kortom: tot zijn beleid komt. Het bestuursorgaan heeft het man-

⁶⁴ Sunstein noemt *Chevron* daarom wel de *counter-Marbury* van de ‘administrative state’. Zie Sunstein 2006, p. 189.

⁶⁵ Zie voor een nuttig overzicht van deze kritiek Walker 2018, p. 110-120.

⁶⁶ Merrill 1992, p. 977.

⁶⁷ Merrill 1992, p. 972 e.v.

⁶⁸ Walker 2018, p. 115 e.v.

daat om het voortouw te nemen in de wetsuitleg (en rechtsvorming), maar moet desgevraagd over het proces van totstandkoming én het resultaat verantwoording afleggen tegenover de rechter.

4.2.2 *Toegevoegde waarde Nederlands bestuursrecht*

Wij menen dat het gat tussen een dogmatisch volle toetsing van wetsinterpreterend beleid en een zeer terughoudende toetsingspraktijk moet worden gedicht, omdat beide uitgangspunten de verantwoordelijkheid niet leggen waar die behoort te liggen. Een standaard terughoudende toetsingspraktijk van wetsinterpreterend beleid zet een bestuursorgaan niet aan om verantwoording af te leggen over zijn beleidsmatige invulling van de wet. Een bestuursorgaan hoeft nauwelijks uit te leggen hoe een evenwichtige belangenbrenghing bij het opstellen van beleid is geborgd of waarom vanuit zijn uitvoeringservaring bepaalde nadere eisen moeten worden gesteld (bijvoorbeeld waarom een ontbrekende handtekening op een kinderopvangformulier een sterke indicatie voor fraude is). Dat het bestuursorgaan zijn bestuursbevoegdheid aan een wet ontleent, is als enig argument een hele dunne invulling van democratie als constitutionele waarde. Maar ook het theoretische uitgangspunt dat de rechter het wetsinterpreterende beleid vol toetst, is problematisch. De vertaalslag van wettelijk voorschrift naar nadere regels voor een werkbare uitvoering kan de rechter heel lastig maken. Volgt de ‘voltoetsende’ rechter de door het bestuursorgaan gekozen uitleg van de wet, dan lijkt dat te impliceren dat, had hijzelf de wet geïnterpreteerd, hij ook tot deze keuze zou zijn gekomen. Dat kan dan bij het bestuursorgaan tot rolverwarring en inertie leiden. Men kan zich bijvoorbeeld sterk afvragen of de Afdeling Bestuursrechtspraak ooit tot de tot 2019 aangehouden interpretatie van artikel 26 Awir was gekomen als de Dienst Toeslagen vanaf het begin een andere lezing had aangehouden.⁶⁹ Het idee dat de rechter eindverantwoordelijk is voor deze interpretatie geeft dan een zekere legitimatie aan een beleidskeuze die eigenlijk van het bestuur komt. Zo werd de lijn van de Afdeling waarin het de interpretatie van het bestuur van artikel 26 Awir ‘goedkeurde’, later intern een reden om de eigen opstelling niet te veranderen, want ‘het moest nu eenmaal van de rechter’.⁷⁰

De Amerikaanse doctrine gaat op zoek naar factoren die rechtsvorming door het bestuur al dan niet legitimeren. Het bestuur kan zich op democratische waarden beroepen, maar dan moet het ook laten zien dat het alle belangen betrokken bij het beleid volwaardig heeft onderzocht en afgewogen. De democratische legitimatie versterkt als het bestuursorgaan sterk politiek wordt aangestuurd en zwakt

⁶⁹ Vgl. De Poorter 2021, p. 15.

⁷⁰ Frederik 2021, p. 51-52.

af als het op afstand van de minister is geplaatst. Ook de mate van participatie door het publiek speelt hier een rol. Blijkt bijvoorbeeld dat de belanginbreng van bepaalde belangenorganisaties (zeg de invloed van de agrarische sector op het Ministerie van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit) zeer sterk is, dan moet de rechter vanuit democratische waarden kijken of de minder georganiseerde belangen voldoende aandacht hebben gekregen in het proces dat aan het maken van beleid vooraf ging. Heeft het bestuursorgaan een cultuur van ‘over-handhaving’ om bepaalde belangen (zeg de financiële belangen van het ministerie zelf) zeker te stellen, dan dient de rechter na te gaan of de belangen van en de gevolgen van die handhaving voor de gereguleerden scherp in kaart is gebracht. Het bestuur kan zich op het belang van effectieve uitvoering beroepen, maar dan moet het op basis van expertise uitleggen hoe welk doel kan worden bereikt. De rechter stemt zijn toetsingsintensiteit af op mogelijke zwakheden in het democratisch proces én op zwakheden in het proces van normstelling door het bestuursorgaan.⁷¹ Deze contextuele benadering past goed bij de steeds breder gedeelde opvatting in het Nederlandse bestuursrecht dat een dichotoom onderscheid in volle en terughoudende toetsing problematisch is, omdat de toetsingsintensiteit van meerdere factoren afhankelijk is.⁷²

Legt het bestuursorgaan in het Nederlandse bestuursrecht voldoende verantwoording af over de wijze waarop de beleidsregel tot stand is gekomen en hoe het invulling geeft aan ambigue wettelijke termen? En hecht de rechter er wel voldoende waarde aan óf het beleid überhaupt is vastgelegd in een beleidsregel? Daar zijn wij kritisch op. Een onderzoek naar het ‘maatwerkgehalte’ in beleidsregels van de Sociale Verzekeringsbank, dat wij deels begeleiden, leidde bij ons tot nieuwe inzichten. De SVB heeft als uitvoeringsorgaan een sterke reputatie als transparant en behoorlijk handelend bestuursorgaan en legt veel van haar besluitproces in beleidsregels neer. Die beleidsregels vormen deels een ‘codificatie’ van rechtspraak op het gebied van haar uitvoeringstaak en deels een weergave van een vaste beslispraktijk. Het is best lastig om per onderdeel van de beleidsregel te bepalen of deze wetsinterpreterend van aard is en/of een belangenafweging impliceert. Er is geen document als een memorie van toelichting waarin de regels uit het beleid worden toegelicht. Dat maakt het wat raden waar het bestuursorgaan zélf een keuze heeft gemaakt en de rechter dat aanvaardbaar acht, waar de rechtspraak de SVB corrigeert en waar de SVB een

⁷¹ Zie o.a. Sunstein 1989.

⁷² Die opvatting wordt steeds breder gedeeld in het discours, zie de conclusie van A-G Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557 (Exceptieve toetsing) en de conclusie van A-G Widdershoven & Wattel 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1478 (Evenredigheidstoetsing). Zie inmiddels ook ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285.

nieuwe invulling geeft aan een bepaald wettelijk voorschrift en wat daarvoor de argumenten zijn. Bovendien lijken wetsinterpretatie en belangenafweging niet steeds uit elkaar te rafelen; wettelijke voorschriften kunnen soms uiteenlopend worden geïnterpreteerd en de wijze waarop je belangen wil dienen bij de uitvoering bepaalt dan mede de gehanteerde wetsuitleg. Wil een belanghebbende of rechter weten welke belangenafweging aan een bepaalde beleidsregel ten grondslag ligt (en of daarbij kan worden aangesloten, omdat het bestuursorgaan dit type belang en casus al zorgvuldig heeft onderzocht en afgewogen), dan geeft de beleidsregel daar doorgaans geen informatie over. Het beleid geeft de regel (de gewenste uitkomst), maar vaak niet de achtergrond.⁷³

De zeer bescheiden eisen die we aan het opstellen van beleidsregels stellen, hebben tot gevolg dat de rechter nauwelijks gereedschap heeft om zijn toets van wetsinterpreterend beleid te operationaliseren. Nu kan je tegenwerpen dat een meer strenge toets van (de totstandkoming) van de beleidsregel een ongewenst neveneffect heeft. Voor bestuursorganen kan het nog aantrekkelijker worden om wel uitvoeringsinstructies te hebben, maar die niet als beleidsregels te publiceren. Dat onderkennen we, maar menen tegelijk dat écht een meer kritische benadering nodig is om het bestuur verantwoording af te laten leggen over zijn eigen normstelling. Dat geldt ten aanzien van de beleidsregel, maar nóg sterker voor de verwijzingen naar gedragslijnen die niet eens naar buiten zijn bekend gemaakt. Voor bestuursorganen is het nu eenvoudigweg te gemakkelijk om te zeggen ‘dat we dat altijd zo doen’.

Door te preciseren wat het bestuursorgaan al dan niet legitimeert om aan ‘rechtsvorming’ te doen, kan de rechter beter bepalen bij wie in het proces de verantwoordelijkheid hoort te liggen: bij hem of bij het bestuur. En die partij moet dan in toelichting op beleid óf in de rechtsoverweging in de uitspraak motiveren hoe de wet wordt uitgelegd. Zo kan de rechter tegenover andere staatsmachten en de maatschappij beter verantwoorden aan de rechtsvorming te hebben bijgedragen.

5. Procesrechtelijke instrumenten

De strekking van ons betoog is dat de bestuursrechter zijn constitutionele rol binnen de trias moet herijken. Het toepassen van de wet in het individuele geval

⁷³ Uiteraard is dat voor het bestuursorgaan anders, waarbij achtergronddocumentatie, zoals in de vorm van beleidsnotities aanwezig is. Specifiek de SVB heeft daarnaast nog een handleiding met ‘Algemene beginselen voor Behoorlijk Afwegen’ opgesteld, ten einde de belangenafweging meer contextueel te kunnen doen uitvoeren.

is een veel te beperkte rolopvatting. De rechter dient reële rechtsbescherming te bieden aan burgers door niet alleen de individuele rechtstoepassing te toetsen, maar zich ook te verhouden tot de normstelling waar die toepassing een onderdeel van is. Bij zijn omgang met die normstelling dient hij na te gaan of deze tegemoet komt aan individuele rechten en belangen, of democratische waarden daarin voldoende zijn betrokken en de normstelling bijdraagt aan effectieve uitvoering (the common good). Beschikt de rechter over het procesrecht om deze taak te vervullen?

Het antwoord is: nog onvoldoende. Het procesrecht van hoofdstuk 8 Awb is primair ontworpen voor het bieden van individuele rechtsbescherming en geschilbeslechting. Het biedt een partijenprocesrecht, waarin procespartijen stellingen innemen en stukken overleggen en de rechter na een zitting tot een uitspraak komt en het geschil bij voorkeur definitief beslecht. Dat geeft procespartijen flinke zekerheid over hun rechtspositie, maar zorgt niet voor een zorgvuldige en evenwichtige informatie- en belangenbreng, aan de hand waarvan de rechter in staat is normstelling te toetsen.

De laatste jaren zijn in de Awb procesinstrumenten geïntroduceerd die de rechter ondersteunen in zijn rechtsvormende taak en het beantwoorden van boven-individuele vraagstukken. De belangrijkste vormen de mogelijkheid om conclusie te vragen aan een Advocaat-Generaal en de mogelijkheid om ook anderen dan partijen (*amicus curiae*) in de gelegenheid te stellen schriftelijke opmerkingen te maken in een zaak.⁷⁴ Cruciaal is hoe die instrumenten worden ingezet. Opvallend is dat veel van deze instrumenten worden ingezet in het kader van de ‘zelfstandige taak tot rechtsvorming’ van de rechter, waarbij de rechter voornemens is zelf een rechtsvraag te beantwoorden. De rechter beperkt de inzet van deze instrumenten dan al snel tot zijn kernexpertise, zoals de invulling van centrale Awb-begrippen. Bij het evenwichtig beoordelen van materiële normstelling zal rechtsvorming vaak niet de vorm aannemen van het zelfstandig beantwoorden van een rechtsvraag, maar als een reactie op de normstellende taak van wetgever en bestuur. Ook dan kan de inzet van dit soort instrumenten nuttig zijn, bijvoorbeeld om vat te krijgen op de in het spel zijnde belangen of op wat De Poorter in navolging van Monahan en Walker de ‘legislative facts’ noemt.⁷⁵ Daarbij gaat het om vraagstukken op macroniveau, zoals de omvang van het probleem en de mogelijke (neven)effecten van een rechterlijke beslissing op vergelijkbare gevallen. Voor de versterking van het rechtsbeschermingsperspectief heeft de *amicus curiae* parti-

⁷⁴ Art. 8:12a en 8:12b Awb. Zie o.a. Hermans 2021; De Poorter 2015.

⁷⁵ De Poorter 2015, par. 2.2, met verwijzing naar Monahan & Walker 2006.

cipatie de sterkste kaarten.⁷⁶ Die biedt alle facties in de samenleving de mogelijkheid om informatie aan de rechter te openbaren, waardoor gemakkelijker bottom-up vanuit de maatschappij pijnpunten aan de rechter duidelijk kunnen worden gemaakt. Bijzondere aandacht verdient de rijksoverheid die ook als amicus kan participeren.⁷⁷ De Lange waarschuwt er enerzijds voor dat de standpunten die overheidsjuristen innemen namens het bestuur niet al te gemakkelijk met ‘het algemeen belang’ mogen worden gelijk gesteld. Hij wijst op het onderzoek van Van Lochem,⁷⁸ waaruit blijkt dat zij vaak het belang van de bewindspersoon voorop hebben staan, wat doet verwachten dat vooral politieke motieven het schrijven van een amicus-brief ingeven. Maar daar waar het gaat om wetsinterpretatie en de toetsing van normstelling, kan de auteur van de norm waardevolle feitelijke informatie geven. “De centrale overheid zou de bestuursrechter er in het kader van de macrogevolgen bijvoorbeeld op kunnen wijzen dat weliswaar is overwogen de norm op een bepaalde manier te concretiseren, maar dat die concretisering om redenen van bijvoorbeeld beleidsmatige, uitvoeringstechnische of financiële aard niet prudent werd geacht.”⁷⁹

Ook cruciaal is dat dergelijke instrumenten niet voor één enkele zaak worden ingezet, maar dat meerdere casus worden geselecteerd. Nu bestaat wel eens de indruk dat de rechter een interessant vraagstuk wil beantwoorden en daar de casus bij zoekt, in plaats van dat uit rechtsbeschermingsperspectief knellende zaken op een stapel komen en een A-G wordt aangezocht. Juist waar normstelling en uitvoering zo met elkaar verweven zijn, moet het spectrum aan resultaten van rechtstoepassing duidelijk zijn. Rechtsvorming zou goed geïnformeerd en gebalanceerd moeten plaatsvinden, wat eerder om stapsgewijze ontwikkeling vraagt, dan om een sweeping statement vanachter het bureau van de magistraat. Bij voorkeur worden verschillende zaken gevoegd, waarbij aandacht bestaat voor het verschil in feitencomplex dat aan de verschillende zaken ten grondslag ligt. Vervolgens zou het hoogste rechtscollege periodiek moeten herijken of het spectrum van rechtszaken in de loop van de tijd is veranderd en zijn rechtspraak moeten herijken.

6. Conclusie

In een hypercomplexe samenleving valt de rechtsvormende taak van de rechter niet meer te ontkennen, maar ook niet gemakkelijk te definiëren. Dat leidt tot een

⁷⁶ Stolk, Schuurmans & Esser 2019.

⁷⁷ De Lange 2019.

⁷⁸ Van Lochem 2013, p. 166 e.v. en p. 188 e.v.

⁷⁹ De Lange 2019, par. 3.4.

omvangrijk debat over rechterlijke rechtsvorming en de constitutionele grenzen daaraan. Dit debat wordt doorgaans over de band van het civielrecht gevoerd, terwijl in een hypercomplexe samenleving juist ook de omvang en complexiteit van publiekrechtelijke regulering toeneemt. In dit preadvies hebben wij ons daarom op de rechtsvormende rol van de *bestuurs*rechter gericht, en daarbij bovendien het traditionele perspectief omgedraaid. Een goed begrip van de rechtsvormende rol van de rechter vraagt éerst om een herbezinning van zijn constitutionele positie. In het traditionele bestuursrecht is die positie makkelijk te duiden: de rechter dient toch vooral terughoudend te zijn. In een tijd waarin de aard van de overheidstaak is veranderd, de wetgever terugtreedt en het bestuur steeds machtiger wordt, dient de rechter zich te heroriënteren op zijn constitutionele rol. Algemene normstelling en democratische legitimatie kunnen steeds minder gelijkgesteld worden. Veel normstelling komt van het bestuur - en normstelling door de wetgever kan via gemankeerde processen met onevenwichtige belanginbreng en onvolledige informatie tot stand komen. Het bestuurlijke beslisproces kan niet langer worden gezien als een proces van rechtsontwikkeling door de wetgever in wetgeving, toepassing door bestuur in individuele besluiten en toetsing door de rechter. Besturen is zélf sterk rechtsvormend van aard. Wie in deze dynamiek vast blijft houden aan de vanzelfsprekendheid van wet en regel, geeft het bestuur in zekere zin vrij spel. Het bestuur heeft dan immers eerst de bevoegdheid zelf invulling te geven aan weten regelgeving, stelt op basis daarvan de rechten van burgers vast, om vervolgens met verwijzing naar diezelfde regels zichzelf te verantwoorden. Een rechter heeft wat van die bestuurlijke rechtsvorming in regel, beleid en besluit te vinden.

De controle op de vele rollen van het bestuur kan de rechter niet beantwoorden met een taakopvatting die sterkt hangt op machtenscheiding. Wetgever en bestuur zitten daarvoor te dicht tegen elkaar aan. Legitimiteit van overheidsop treden wordt niet bevorderd door het denken in vrijheden van de verschillende staatsmachten, maar door ieders verantwoordelijkheid voor het uiteindelijke overheidsop treden. Wetgever, bestuur en rechter kennen uiteraard hun eigen rol, maar zijn in een stelsel van machtsevenwicht gezamenlijk verantwoordelijk voor de verwezenlijking van het op democratische wijze komen tot beslissingen in het algemeen belang (van oudsher de taak van de wetgever), het effectief en competent uitvoeren van overheidsbeleid (van oudsher de taak van het bestuur) en het waarborgen van individuele rechten (van oudsher de taak van de rechter). Deze gedeelde verantwoordelijkheid leidt tot een contextuele benadering van de rechterlijke taak. Daar waar wetgever en bestuur kunnen laten zien dat wet en beleid met een evenwichtige inbreng van informatie en belangen tot stand is gekomen en leidt tot doelmatige uitvoering, zal de rechter kunnen volstaan met het bieden van geschilbeslechting in het individuele geval. Daar waar

de democratische legitimatie van de normstelling flinterdun is en het burgers nauwelijks lukt hun rechten in de bestuurlijk besluitvorming te verzilveren, dient de rechter zich echter vaker dan nu ook tot de normstelling te verhouden waar het individuele geschil een uitwerking van is. Daarmee zal zijn uitspraak zich in meer of mindere mate in het proces van rechtsvorming mengen. Die bijdrage kan hij op verschillende wijzen invullen: door meer procedurele eisen te stellen aan de totstandkoming van normstelling, door het bestuur meer verantwoording te laten afleggen of door zelf normen nader te interpreteren.

In feite zeggen wij dat de Nederlandse (bestuursrecht)jurist minder lineair en dichotoom moet denken, maar contextueel, waarbij hij zich bewust is van de constitutionele waarde die achter een toetsingspraktijk schuilgaat. Zo kan de rechter per zaak wegen of normstelling en uitvoering voldoen aan waardes als democratie (belanginbreng, mogelijk via participatie), effectief en competent bestuur (expertise, rationaliteit), met waarborging van individuele rechten. Wij hebben dat uitgewerkt voor de wijze waarop de ‘rechtsvormende’ rechter om dient te gaan met de uitleg en interpretatie van wetten en met de toetsing van wetsinterpreterend beleid. Door zijn wijze van wetsinterpretatie te expliciteren en in te bedden in constitutionele theorie, kan de rechter zijn bijdrage aan rechtsvorming beter verantwoorden tegenover andere staatsmachten en de maatschappij. Hij stopt zijn eigen verantwoordelijkheid niet weg in een korte uitspraak, waarin het lijkt of alles al door de wetgever is besloten, maar legt zijn keuzes uit. Bij wetsinterpreterend beleid preciseert de rechter wat het bestuursorgaan al dan niet legitimeert om aan ‘rechtsvorming’ te doen, zodat hij kan bepalen bij wie in het proces de verantwoordelijkheid hoort te liggen: bij hem of bij het bestuur. Iedere staatsmacht moet zijn eigen verantwoordelijkheid nemen en de rechter moet wetgever en bestuur daarop aanspreken. De rechter moet niet op de stoel van de wetgever of het bestuur plaatsnemen, maar hij moet wel vaker zelf een eigen stoel bijschuiven aan de tafel waar door publiekrecht de samenleving wordt geordend en bestuurd. Om enigszins comfortabel op die stoel te kunnen zitten, dient hij over passende procesinstrumenten te beschikken.

Literatuurlijst

Besselink 2021

L.F.M. Besselink, 'De Afdeling bestuursrechtspraak en de rechtsstatelijke crisis van de Toeslagenaffaire', *NJB* 2021/201, afl. 3, p. 194-198.

Boogaard & Uzman 2015

G. Boogaard & J. Uzman, 'Tussen Montesquieu en Judge Dredd. Over rechter, poli-tiek en rechtsvorming', *AA* 2015/64, afl. 1, p. 61-67.

Bovend'Eert 2009

P.P.T. Bovend'Eert, 'Wetgever, rechter en rechtsvorming. 'Partners in the business of law?''', *RMThemis* 2009, afl. 4, p. 145-153.

Cichowski 2007

R.A. Cichowski, *The European Court and Civil Society*, Cambridge: Cambridge University Press 2007.

De Lange 2019

C.J. de Lange, 'De centrale overheid als amicus curiae', *JBplus* 2019, afl. 2, p. 21-34.

De Poorter & Van Roosmalen 2009

J.C.A. de Poorter & H.J.Th.M. van Roosmalen, *Motivering bij rechtsvorming - Over de motivering van uitspraken met een rechtsvormend element door de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State*, Den Haag: Raad van State 2009.

De Poorter 2011

J.C.A. de Poorter, 'Rechtsvorming door de bestuursrechter', in: A. Kristic e.a. (red.), *Functie en betekenis van de Grondwet: Een dialogisch perspectief (Staatsrechtconferenties no. 15)*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011.

De Poorter 2013

J.C.A. De Poorter, *Het overbruggen van de kloof tussen recht en samenleving. Over rechts-vorming door de bestuursrechter en hoe de samenleving daarbij te betrekken (oratie Univer-siteit Tilburg)*, Tilburg: Tilburg University 2013.

De Poorter 2018

J.C.A. de Poorter, 'Rechtsvorming door de bestuursrechter en hoe het bovenindividuele perspectief in de rechterlijke procedure te verankeren', *AA* 2018/11, p. 870-872.

De Poorter 2021

J.C.A. de Poorter, 'Ongekend onrecht in de kinderopvangtoeslag en de rol van de

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State', *JBplus* 2021/2, afl. 1, p. 12-23.

De Poorter 2015

J.C.A. de Poorter, 'Het belang van de amicus curiae voor de rechtsvormende taak voor de hoogste bestuursrechters. Naar een regeling van de amicus curiae in de Algemene wet bestuursrecht', *NTB* 2015/7, afl. 2, p. 40-49.

De Poorter 2020

J.C.A. de Poorter, 'Is Nederland verworven tot een Dikastocratie?', *NTB* 2020/49, afl. 3, p. 105-113.

Eskridge, Frickey & Garret 2006

W.N. Eskridge, P. P. Frickey & E. Garrett, *Legislation and Statutory Interpretation*, New York: Foundation Press 2006.

Esser & Becker 2021

J.E. Esser & R.G. Becker, 'Maak van maatwerk de regel. Maatwerk in rechterlijke toetsing van regels en uitvoering', *NTB* 2021/106, afl. 4, p. 249-257.

Frederik 2021

J. Frederik, *Zo hadden we het niet bedoeld*, Amsterdam: De Correspondent 2021.

Halberstam 2010

D. Halberstam, 'The Promise of Comparative Administrative Law: Constitutional Perspective on Independent Agencies', in: *Public Law and Legal Theory Working Paper Series no. 195*, Michigan: University of Michigan Law School 2010.

Hermans 2021

M.J. Hermans, 'Amicus curiae en kruisbenoemingen bij de hoogste bestuursrechters', *NJB* 2021/844, afl. 12, p. 894-901.

Hirsch Ballin 2015

E.M.H. Hirsch Ballin, 'Dynamiek in de bestuursrechtspraak. Over de betekenis van verandering in economie, politiek en samenleving voor de bestuursrechtelijke rechtsontwikkeling', in: *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter* (VAR-reeks 154), Den Haag: Boom juridisch 2015 p. 7-58.

Jordao & Rose-Ackerman 2014

E. Jordao & S. Rose-Ackerman, 'Judicial review of Executive Policymaking in Advanced Democracies: Beyond Rights Review', *Administrative Law Review* (66) 2014, afl. 1, p. 1-72.

Juffer 2021

R.T. Juffer, *Who gets a seat at the table? Understanding the lobbying landscape by analyzing the agendas of Dutch ministers* (masterscriptie Amsterdam), 2021.

Klap 2007

A.P. Klap, 'Rechter en bestuur: communicerende vaten of concurrerende machten', *NTB* 2007/27, p. 183-194.

Klare 1998

K.E. Klare, 'Legal Culture and Transformative Constitutionalism', *South African Journal on Human Rights* (14) 1998, afl. 1, p. 146-188.

Klass 2007

A.B. Klass, 'Common Law and Federalism in the Age of the Regulatory State', *Iowa Law Review* (92) 2007, p. 545-600.

Konijnenbelt 2011

W. Konijnenbelt, 'Brutale Bestuursrechters?', in: A. Nieuwenhuis e.a. (red.), *Rechterlijk activisme. Opstellen aangeboden aan prof.mr.J.A. Peters*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011.

Majone 1994

G. Majone, 'The Rise of the Regulatory State in Europe', *West European Politics* (17) 1994, afl. 3, p. 77-101.

Marseille 2010

A.T. Marseille, 'Belemmeringen voor (zichtbare) bestuursrechtelijke rechtsvorming', *AA* 2010, p. 90-94.

Marseille 2020

A.T. Marseille, 'Annotatie. Kinderopvangtoeslagen: wel of geen beleidsvrijheid voor de Belastingdienst/Toeslagen?', *AA* 2020, p. 393-399.

Merrill 1992

T.W. Merrill, 'Judicial Deference to Executive Precedent', *The Yale Law Journal* (101) 1992, p. 969-1041.

Monahan & Walker 2006

J. Monahan & L. Walker, *Social Science in Law. Cases and Materials*, New York: Foundation Press 2006.

Orde in de regelgeving 1985

Orde in de regelgeving (Eindrapport van de Commissie Wetgevingsvraagstukken), Den Haag: Staatsuitgeverij 1985.

Ortlep & Widdershoven 2021

R. Ortlep & R.J.G.M. Widdershoven, 'Wie wenst en hoopt leeft in de toekomst. Europa en het algemeen bestuursrecht. Burger en bestuur in de gemeenschappelijke rechtsorde', *NTB* 2021/138, afl. 5, p. 318-324.

Polak 2014

J.E.M. Polak, 'Rechtsvorming bij en de dialoog met de bestuursrechter', *NJB* 2014/4, afl. 1, p. 15-19.

Raad van State 2018

Raad van State, *Jaarverslag 2018*, Den Haag 2018.

Ramlal 2011

M.R. Ramlal, *Naar een glazen wetgevingshuis? Belangeninbreng, transparantie en de wetgevingsjurist in ambtelijk Den Haag* (diss. Erasmus Universiteit Rotterdam), Den Haag: Boom juridisch 2011.

Rose-Ackerman 2015

S. Rose-Ackerman, *Due Process of Lawmaking*, Cambridge: Cambridge University Press 2015.

Rose-Ackerman, Lindseth & Emerson 2017

S. Rose-Ackerman, P.L. Lindseth & B. Emerson, 'Introduction', in: S. Rose-Ackerman, P.L. Ackerman & B. Emerson (red.), *Comparative Administrative Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2017.

Scheltema 1996

M. Scheltema, 'Hoe groot is de rechterlijke vrijheid? Enige opmerkingen vanuit het bestuur', in: E.S.G.N.A.I. van de Griend & B.W.N. de Waard (red.), *Rechtsvinding. Gedachtenwisseling over het nieuwe Algemeen Deel** van de Asser-serie (Asser-Vranken)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

Scheltema 2020

M. Scheltema, 'Een wet van Meeden en Perzen. Geen onwrikbare wet in het hedendaagse bestuursrecht', Preadvies Nederlandse Vereniging voor Wetgeving: 2020, te raadplegen op nederlandseverenigingvoorwetgeving.nl.

Schreuder-Vlasblom 2017

M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Schuurmans, Leijten & Esser 2020

Y.E. Schuurmans, A.E.M. Leijten & J.E. Esser, *Bestuursrecht op Maat* (in opdracht van BZK), Leiden: Universiteit Leiden 2020.

Stewart 2015

R. B. Stewart, 'The normative dimensions and performance of Global administrative law', *International Journal of Constitutional Law* (13) 2015, afl. 2, p. 499-506.

Stolk, Schuurmans & Esser 2019

R. Stolk, Y.E. Schuurmans & J.E. Esser, 'De amicus curiae: een instrument voor rechtsvorming of ook voor rechtsbescherming?', *AA* 2019/0009, afl. 1, p. 9-19.

Struycken 1910

A.A.H. Struycken, *Administratie of rechter. Beschouwingen over de moderne rechtsstaatsgedachte naar aanleiding van de aanhangige ontwerpen tot regeling der administratieve rechtspraak*, Arnhem: Gouda Quint 1910.

Sunstein 1989

C. R. Sunstein, 'Interpreting Statutes in the regulatory State', *Harvard Law Review* (103) 1989, afl. 2, p. 405-508.

Sunstein 2006

C.R. Sunstein, 'Chevron Step Zero', *Virginia Law Review* (92) 2006, afl. 2, p. 187-249.

Tanja 2018

E. Tanja, 'Responsiviteit: betekenis, waarde en gevolge voor de bestuur-(srechtelijke) praktijk', *NTB* 2018/29, afl. 5, p. 185-187.

Uzman 2013

J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten: over effectieve rechtsbescherming, rechterlijk abstenen en de dialoog tussen rechter en wetgever* (diss. Universiteit Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2013.

Van den Brink & Ortlep 2021

J.E. van den Brink & R. Ortlep, 'Kinderopvangtoeslagaffaire. De democratische rechtsstaat wordt als staal in de wind gehard', *NJB* 2021/353, afl. 5, p. 363-370.

Van Ettekoven 2021

B.J. van Ettekoven, "Tussen wet en recht". Reactie van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State op het rapport Ongekeend onrecht van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag', *NJB* 2021/101, afl. 2, p. 98-107.

Van Heusden 2020

L. van Heusden, 'Rechterlijke toetsing van de evidence base van AVV: over het waarom, wanneer en hoe', *NTB* 2020/207, afl. 8, p. 497-503.

Van Lochem 2013

P.J.P.M. van Lochem, *Rechtsrelativering* (diss. Universiteit Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2013.

Van Male 2018

R. van Male, 'Klassiek bestuursrecht: lening bestuursrecht voor een lenig bestuur', *NTB* 2018/38, afl. 5, p. 214-216.

Van Wijk 1968

H.D. van Wijk, *Hoofdstukken van administratief recht*, Den Haag: Wolters- Noordhoff & Vuga-Boekerij 1968.

Voermans 2017

W.J.M. Voermans, 'Besturen met regels, volgens de regels', in: *Algemene regels in het bestuursrecht* (VAR-reeks 158), Den Haag: Boom juridisch 2017.

Vranken 2005

J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel****, Deventer: Wolters Kluwer 2005.

Walker 2018

C.J. Walker, 'Attacking Auer and Chevron Deference: A Literature Review', *The Georgetown Journal of Law & Public Policy* (16) 2018, afl. 1, p. 103-122.

Zemans 1983

F.K. Zemans, 'Legal Mobilization: The Neglected Role of the Law in the Political System', *The American Political Science Review* (77) 1983, afl. 3, p. 690-703.

Kamerstukken

Kamerstukken II, 1991/92, 22 495, nr. 3.

Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3.

Jurisprudentielijst

Nederlandse rechtspraak

ABRvS 30 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:860, AB 2017/59 m.nt.

L.J.A. Damen.

CRvB 19 december 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2963.

J.E. ESSER & Y.E. SCHUURMANS

Concl. A-G Widdershoven 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557.

Amerikaanse Rechtspraak

Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803).

Chevron U.S., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U.S. 837 (1984)