



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Responsieve legaliteit: een herwaardering van het legaliteitsbeginsel

Esser, J.E.

Citation

Esser, J. E. (2024). Responsieve legaliteit: een herwaardering van het legaliteitsbeginsel. *Nederlands Tijdschrift Voor Bestuursrecht*, 2024(1), 1-2. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3728888>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3728888>

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

Responsieve legaliteit: een herwaardering van het legaliteitsbeginsel

NTB 2024/1

Redactioneel

Het legaliteitsbeginsel heeft de wind momenteel tegen. Bezien vanuit de wens naar maatwerk en responsiviteit lijkt het natuurlijk ook maar een onhandig beginsel, dat de overheid dwingt zich toch vooral aan de regeltjes te houden. Toch is, zo leren we ook nog steeds onze eerstejaarsstudenten staatsrecht, het legaliteitsbeginsel een van de meest fundamentele grondslagen van de rechtsstaat. Gooien we momenteel misschien het kind niet iets te snel met het badwater weg?

Hoewel het in de Awb maar impliciet terugkomt, is het legaliteitsbeginsel tot in de haarvaten van het bestuursrecht verweven. De wettelijke bevoegdheid vormt de grondslag van het besluit en geeft de primaire richting en begrenzing aan de bevoegdheidsuitoefening van het bestuursorgaan en daarmee ook aan de toetsing van de bestuursrechter. Nu is het al een oude gewoonte van de rechter om uit rechtsbeschermingsperspectief het bestuursorgaan- of besluitbegrip af en toe wat op te rekken.² Dat was altijd bij wijze van uitzondering: eigenlijk kan het niet wat hier gebeurt, zegt de rechter dan, maar moet de individuele burger daar nu het slachtoffer van worden? In de afgelopen jaren is het bestuursrecht echter in een stroomversnelling geraakt, waarbij woorden als 'maatwerk', 'responsiviteit' of 'burgerperspectief' vooropstaan. Terecht wijzen voorstanders van deze ontwikkeling erop dat de overheid zich bij het uitoefenen van haar wettelijke bevoegdheden dienstbaar aan de burger moet opstellen en niet het eigen belang, maar dat van de maatschappij als uitgangspunt moet nemen.³ Die houding gaat ook heel goed samen met het legaliteitsbeginsel. Toch blijkt het van deze opvatting maar een kleine stap naar het hardnekkige idee dat het hele bestuursrecht, inclusief het legaliteitsbeginsel, dan maar ondergeschikt moeten zijn aan 'responsiviteit' als abstracte rechtvaardigingsnorm. Als de wettelijke grondslag aan een responsieve uitkomst in de weg staat, of ontbreekt, moet er dus een oplossing gevonden worden. Zo is de aandacht voor de contra-legem-toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur de afgelopen tijd sterk toegenomen. Als strikte toepassing van de wet in het individuele geval onrechtvaardig is, gaan de algemene beginselen voor en kan het bestuur, in ieder geval bij lagere regelgeving, afwijken.⁴ Met het wetsvoorstel Wet waarborgfunctie Awb geldt dat binnenkort wellicht ook voor wetten in formele zin.⁵ Onlangs verscheen bovendien de conclusie van advocaat-generaal De Bock over buitenwettelijk beleid, waarin zij ervoor pleit de normering en toetsing van binnen- en buitenwettelijk beleid gelijk te trekken.⁶ Dat betekent dat ook artikel 4:84 Awb van toepassing is, waardoor weer van het buitenwettelijk beleid kan worden afgeweken als dat onevenredig uitpakt.

Bij deze ontwikkelingen is een grote rol weggelegd voor het evenredigheidsbeginsel, dat immers een afweging van alle belangen vereist en daarmee meer oog voor rechtvaardigheid dan rechtmatigheid lijkt te hebben. Kan het besluit niet in een wettelijke grondslag worden gebaseerd, dan maar rechtstreeks in het evenredigheidsbeginsel. Onopgemerkt verandert deze redenering echter vrij fundamenteel de aard van het evenredigheidsbeginsel en zijn verhouding tot het legaliteits-

1 Mr. drs. J.E. (Joyce) Esser is promovenda staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en lid van de deelredactie van het NTB.

2 Zie daarover bijvoorbeeld J.A.F. Peters, 'De publieke-taakjurisprudentie geijkt', NTB 2015/23.

3 M. Scheltema, 'Bureaucratische rechtsstaat of responsieve rechtsstaat', NTB 2015/37.

4 Zie bijvoorbeeld Rb. Gelderland 9 november 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:5972, AB 2022/69, m.nt. R.G. Becker & J.E. Esser.

5 Zie daarover R.N. van der Velde, 'De grondwettigheid van de nieuw voorgestelde evenredigheidstoetsing nader bestudeerd', NTB 2023/347.

6 CRvB 10 november 2023, ECLI:NL:CRVB:2023:2086.

specialiteitsbeginsel. Artikel 3:4 Awb gaat ervan uit dat de wetgever het bestuur een wettelijke bevoegdheid geeft en bepaalt of én welke belangen daarbij moeten worden afgewogen. De huidige 'responsiviteitswind' lijkt het evenredigheidsbeginsel daarentegen meer als een abstracte rechtvaardigheidsnorm te hanteren. Volgens De Bock hangt het onderscheid tussen binnen- of buitenwettelijk beleid bijvoorbeeld af van "toevallige omstandigheden", zoals de aanwezigheid van een hardheidsclausule of de vraag of de wettelijke grondslag voor of ná het bestuurlijke handelen in het leven werd geroepen.⁷ Voor wie dat doortrekt, vallen alle wettelijke geboden samen in één gebod voor het bestuur: stelt u zich evenredig op. Onze vrienden uit het civiel recht wijzen ons er natuurlijk graag op dat dit 'bij hen' eigenlijk al geldt sinds *Lindenbaum/Cohen*.⁸ Het publiekrecht is echter (nog steeds) wezenlijk anders dan het privaatrecht. Van onze medeburgers, die toch al alles mochten wat niet verboden was, stellen we het uiteraard op prijs als ze zich een beetje billijk gedragen. Van de overheid mogen we echter meer verwachten. Het legaliteitsbeginsel beschermt niet slechts onze negatieve vrijheden tegen willekeurig overheidsoptreden, maar borgt ook bij begunstigend overheidsoptreden belangrijke publieke waarden, zoals democratische inspraak en verantwoording. Volgens Nonet en Selznick, grondleggers van het idee van *responsive law*, is juist dat responsiviteit: op transparante en democratische wijze afwegen welke belangen wél of geen publieke aangelegenheid zijn, hoe deze op politiek-ideologisch niveau moeten worden afgewogen en hoe schaarse middelen moeten worden verdeeld.⁹

Responsiviteit en legaliteit gaan dus goed samen. Dat vereist wellicht wel een iets andere benadering. Responsieve legaliteit vereist niet alleen politieke inspraak en verantwoordelijkheid in de vorm van algemene regels, maar ook dat de uitvoering daarvan aansluit bij de bedoeling daarvan. Dan is vaak meer mogelijk dan de formalist denkt: 'afwijken' is mogelijk als doel en zin van de wet daarmee juist tot leven komen.¹⁰ Die invulling stelt tegelijkertijd ook grenzen, bijvoorbeeld wanneer de wetgever iets expliciet heeft willen uitsluiten of elke vorm van wettelijk aanknopingspunt ontbreekt. De politieke discussie en eventuele rechterlijke toetsing kan dan beter plaatsvinden op het niveau van de wettelijke regeling.¹¹ Duurzame responsiviteit vereist dus niet alleen een andere, maar ook wel echt wat meer waardering van het legaliteitsbeginsel. Hoog tijd dus voor een herwaardering in de dubbele zin van het woord!

7 CRvB 10 november 2023, ECLI:NL:CRVB:2023:2086, r.o. 5.52.

8 A.G. Castermans, 'Barmhartig bestuursrecht. Lessen uit het burgerlijk recht,' *NTB* 2021/210; R. Ortlep, 'Referentiekader van waaruit wij het bestuursrecht bezien en waarderen,' *JBplus* 2020, afl. 4.

9 P. Nonet & P. Selznick, *Law & Society in Transition. Toward Responsive Law*, New Brunswick: Transaction Publishers (2. Ed.) 2005, p. 108-109. Bij Nonet en Selznick gaat responsiviteit dus helemaal niet over individuele regeltoepassing, maar veel meer over beleidsvorming.

10 M. Scheltema, 'Een wet van Meeden en Perzen?', *Preadvies Vereniging voor Wetgeving en wetgevingsbeleid* 2019.

11 J.E. Esser & R.G. Becker, 'Maak van maatwerk de regel', *NTB* 2021/106.