

Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht, E.M.H. Hirsch Ballin, Dynamiek in de bestuursrechtspraak

[Klik hier om het document te openen in een browser venster](#)

Vindplaats:	NTB 2015/16	Bijgewerkt tot:	13-04-2015
Auteur:	S.E. Zijlstra ^[1]		

E.M.H. Hirsch Ballin, Dynamiek in de bestuursrechtspraak

Over de betekenis van veranderingen in economie, politiek en samenleving voor de bestuursrechtelijke rechtsontwikkeling

1. Het preadvies

Oogmerk van Hirsch Ballin is het onderwerp van de rechtsontwikkeling in de bestuursrechtspraak 'in een constitutionele context' te bespreken. 'Van daaruit kan de lijn worden doorgetrokken naar methoden van rechtsvinding die de maatschappelijke gevolgen van beslissingen tot onderwerp van gesprek in de rechtszaal maken.'

Hoofdstuk 1 begint met een beschrijving, in vogelvlucht, van de geschiedenis van het bestuursrecht en de verhouding overheid-burger. De huidige situatie omschrijft hij als de 'vermaatschappelijking van het bestuursrecht': het bestuur staat 'in een verscheidenheid van ordenende, waarborgende, arbitrerende en ondersteunende functies ten opzichte van andere actoren die hun eigen aandeel in de interacties en de netwerken leveren.' Dat roept de vraag op, welke rol de rechtsontwikkeling door de bestuursrechter speelt, en 'de mate [...] waarin hij kan doordringen in het domein van bestuurlijke beoordelingen en belangen.' Datzelfde hoofdstuk 1 geeft meteen al de conclusie van het preadvies: 'Het betekent echter wel dat regeltoepassing met een soort discretionair prerogatief plaats moet maken voor de slechts ten dele voorspelbare, maar wel steeds transparante en controleerbare dynamische, kundige *adjustment* ten opzichte van maatschappelijke en economische ontwikkelingen.' Bij die ontwikkelingen 'past geen doctrinaire afstandelijkheid van de bestuursrechter. Deze zou moeten plaatsmaken voor een attitude die meer gelijkenis vertoont met de gewone, feiten beoordelende, redelijkheid en evenwichtigheid eisende rechterlijke functie. In de bestuursrechtspraak is een multidimensionale benadering nodig, een 360o-methode ten opzichte van de betrokken persoonlijke en maatschappelijke belangen.'

Belangrijke pijler onder Hirsch Ballins conclusie wordt gevormd door zijn kritiek op de manier waarop de rechter omgaat met beoordelings- en beleidsvrijheid. Naar huidige opvatting dient, als de wetgever het bestuursorgaan dergelijke vrijheid laat, de rechter die vrijheid te respecteren door de uitoefening van de bevoegdheid marginaal te toetsen. Hirsch Ballin is van oordeel dat dit niet – meer – past. Het is eveneens algemeen aanvaard, dat het bestuur die vrijheid niet willekeurig mag uitoefenen. 'De rechter mag dit niet beantwoorden met willekeur zijnerzijds.' Als de wetgever legitiem^[2] vrijheid laat moet de rechter zich niet beperken tot marginale toetsing: de normen en waarderingen waaraan de rechter zijn oordeel moet relateren worden bepaald door 'de constitutionele positie van het bestuursorgaan én die van de burger.' Omdat die posities, dus van zowel het bestuur als de burger, zijn veranderd, moet de rechter zijn toetsing aanpassen.

In *hoofdstuk 2* analyseert Hirsch Ballin eerst de constitutionele positie van het bestuur in relatie tot de rechter. Marginale toetsing is gebaseerd op de gedachte dat daar 'waar de wetgever ten gunste van de administratie is teruggetreden, slechts democratische controle op zijn plaats is. Het bestuur zou onder politieke aansturing de belangen moeten afwegen en zich daarvoor politiek moeten verantwoorden ten overstaan van vertegenwoordigende lichamen. Zou de rechter daarin 'treden', dan zou hij het democratisch proces verstoren.' Hirsch Ballin heeft hierbij drie 'bedenkingen.

- 'Het kan zijn dat hier inderdaad, 'welbewust', een politiek orgaan – een minister bijvoorbeeld – door de wetgever

beslissingsmacht met politieke speelruimte krijgt toebedeeld. Maar in de meeste gevallen kan dat helemaal niet de bedoeling zijn, omdat voor de wetstoepassing een grote ambtelijke organisatie nodig is. Veel aannemelijker is dat die terugtred berust op een praktische noodzaak en op de complexiteit van de beslissituaties, in de verwachting dat de verdere uitwerking en toepassing wel politiek moet worden *verantwoord* maar niet zelf politiek van aard is.' 'In de regel wil het toekennen van een discretionaire bevoegdheid ook helemaal niet zeggen dat de parlementaire wetgever het bestuur binnen de wettelijke kaders ongebreideld de vrije hand zou willen laten.'

- Tweede bedenking is de 'ontoelaatbaarheid van een situatie waarin de ruimte voor het bestuur, voor de rechterlijke taak een vacuüm is:' dat geldt met name als het gaat om fundamentele rechten.
- Derde bedenking betreft de aanname dat ambtenaren, die de facto de meeste besluiten nemen dan wel voorbereiden, 'daartoe *guidance* ontvangen, hetzij via beleidsregels of interne instructies, hetzij via een algemene aanwijzing in de geest van de politiek verantwoordelijke te handelen,' waarmee de uitvoering politiek-bestuurlijk gelegitimeerd is. Hirsch Ballin acht dit 'weinig realistisch, in elk geval niet in die mate dat daarmee de gehele nadere beoordeling afdoende gelegitimeerd zou zijn. Beleidsregels zeggen niet alles, en vaak zijn er geen directe aanwijzingen of beslissingen of wordt een politieke inkleuring daarvan niet passend geoordeeld.'

Het is dan ook niet zo dat het bestuur 'ge vrijwaard moet worden van rechterlijke toetsing omdat het een exclusieve, democratische legitimatie bezit om de nadere beoordelingen en belangenafwegingen te verrichten.' Sterker: het is niet het een *of* het ander, dus *hetzij* een aan geregelde onafhankelijke toetsing onttrokken bestuurlijk machtsbereik, *hetzij* rechterlijk activisme dat het (door de wetgever beoogde) bestuurlijke primaat in de nadere beoordeling tenietdoet. Het politiek-ambtelijke primaat mag geen burgerlijke rechteloosheid veroorzaken.

Het voorgaande is volgens Hirsch Ballin aanleiding voor 'nadere overwegingen inzake de constitutionele legitimiteit van de bestuurlijke beoordeling en afweging.' In dat kader haalt hij een aan Daniel Halberstam ontleende driedeling in 'funderende constitutionele waarden' aan, te weten *voice*, *rights* en *expertise*. 'Deze waarden leveren [...] de coördinaten op om de verhouding bestuur-rechter nader te bepalen. In de vervulling van hun publieke taken wordt de *expertise* van de professionele ambtelijke diensten geoperationaliseerd. Daarbij staan ze enerzijds in een relatie tot de wetgevende organen aan wier regels ze gebonden zijn en aan de politieke ambten waaraan ze ondergeschikt zijn, indirect dus aan de *voice* van de burgers, en anderzijds in een relatie tot de *rights* van die burgers. Het politiek-ambtelijke primaat mag geen burgerlijke rechteloosheid veroorzaken. Het gaat om het bereiken en verder ontwikkelen van constitutionele complementariteit – die ook een 'dialogo' en 'co-actorship' inhoudt.'

Hoofdstuk 3 van het preadvies schetst, opnieuw in vogelvlucht, de 'transformatie van de economische, politieke en maatschappelijke betekenis van het bestuursrecht.' De titel van het hoofdstuk vat die transformatie kernachtig samen: 'Van onderdanen naar burger, van overheden naar publieke taakvervulling.' 'Burgers zijn geen onderdanen meer die het object van de besluiten van de overheid zijn, maar *burgers* die als subjecten met eigen rechten in rechtsbetrekkingen tot de overheid staan.' Sociaaleconomische en culturele ontwikkelingen in de samenleving dwingen tot geïntensiveerd, gefragmenteerd en gehorizontaliseerd bestuur ('van government naar governance'). De verhouding bestuur-burger is 'tripartiet' geworden: 'op de bestuursrechtelijke deelgebieden zoals het omgevingsrecht en het economisch orderingsrecht gaat het vrijwel steeds om besluiten met derde-belanghebbenden.' In dit verband vraagt Hirsch Ballin ook aandacht voor wat hij noemt depolitisering van het bestuur, die al lang plaatsvindt in de vorm van zelfstandige bestuursorganen, maar het scherpst zichtbaar is bij onafhankelijke markttoezichthouders. De taak van deze instanties heeft 'per definitie een tripartite impact: jegens de overheid, en jegens concurrenten'.

Ook in deze transformaties ziet Hirsch Ballin redenen om marginale toetsing door de rechter te heroverwegen. Ten eerste tasten zij – opnieuw – de traditionele grondslagen voor rechterlijke terughoudendheid aan. 'Het in de traditionele bestuursrechtelijke dogmatiek gepresenteerde beeld van een politiek aangestuurd gebruik van beoordelings- en beleidsruimte is op zulke beleidsterreinen en in zulke relaties niet alleen irreëel maar ook uit het oogpunt van stabiliteit in het sociale en economische leven evident onwenselijk.' Maar ook de 'tripartisering' heeft invloed op de rol van de rechter. 'Wie primair, en wie 'derde' belanghebbende is, hangt af van het aangrijpingspunt van besluitvorming en beroepszaak. Terughoudendheid in de rechterlijke toetsing behoort er niet toe te leiden dat de ene partij ten opzichte van de andere wordt bevoordeeld.' In dat kader wijst hij bijvoorbeeld op het *Google*-arrest van het Hof van Justitie van de EU, waar het geschil betekenis had voor véél meer partijen dan alleen Google en het

Spaanse college ter bescherming van persoonsgegevens. Gaat het om besluiten van onafhankelijke toezichthouders, tenslotte, dan valt democratische legitimatie als argument voor rechterlijke terughoudendheid sowieso weg.

Schetste hoofdstuk 3 de transformatie van de economische, politieke en maatschappelijke betekenis van het bestuursrecht, *hoofdstuk 4* ('Patronen en dimensies van rechterlijke oordeelsvorming') verkent hoe verdere rechtsontwikkeling in de bestuursrechtspraak recht kan doen aan die transformatie.

Hirsch Ballin schetst hoe de rechter moet omgaan met beoordelings- en beleidsvrijheid. Hij constateert dat de rechter uitgaat van een correct handelend bestuur ('onschuldpresumptie'), en niet vanuit het oogpunt van volledige jurisdictie ('pleine juridiction'). Dat laatste gebeurt volgens Hirsch Ballin alleen bij sancties, omdat artikel 6 EVRM dat voorschrijft: 'maar dit wil niet zeggen dat dit een doorslaggevende reden is voor terughoudendheid ongeacht de ontwikkeling die het bestuursrecht doormaakt; andere fundamentele rechten zijn – zoals verderop zal worden toegelicht – daarbij mede van belang.'

Eerst bespreekt hij beoordelingsvrijheid. Als het bestuur wettelijk een dergelijke vrijheid heeft, 'pleegt de rechter 'afstand' te houden van de interpretatie van normen door bestuursorganen, niet alleen omdat de zeggenschap aan de politiek verantwoordelijken toekomt (gelegitimeerd door de *voice* van de burgers), maar ook wegens de kern van de waarde van de openbare dienst, namelijk zijn *expertise*. Deze wijze van feitenvaststelling biedt – ten onrechte – geen 'plein juridiction': de rechter houdt de feitenvaststelling door het bestuur of diens adviseur voor juist, behoudens tegenbewijs. Met name bij besluiten met potentieel grote maatschappelijke gevolgen (effecten van milieuschade, risico's voor vervolging van asielzoekers), is een dergelijke benadering problematisch.

Vervolgens bespreekt Hirsch Ballin de wijze waarop de rechter omgaat met beleidsvrijheid (door hem 'gelede toetsing' genoemd). De rechter is geneigd het bestuurlijk beoordelingskader tot eigen beoordelingskader te bevorderen, zelfs zodanig, dat het onderscheid algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels dreigt te vervagen: de rechter 'treedt dan terug, terwijl daaraan voorafgaand de wetgever is teruggetreden.'

De manier waarop de rechter omgaat met beoordelings- en beleidsvrijheid is volgens Hirsch Ballin niet alleen ongewenst uit een oogpunt van een goede verhouding tussen de constitutionele waarden van *voice*, *rights* en *expertise* ('Precies de tweezijdige terugtred van wetgever en rechter laat een ongetoetste kern van afweging intact die leidt tot een legitimiteitstekort'), maar staat ook op steeds meer specifieke bestuursrechtelijke terreinen onder druk: hij wijst in dit verband op het economisch recht (met name de vrijheden van de EU), het milieurecht ('substantive legality') en het asielrecht (art. 46 Asielprocedurerichtlijn, die 'een volledig en ex nunc onderzoek van zowel de feitelijke als de juridische gronden' eist).

Het slot van hoofdstuk 4 culmineert in een beschouwing over het evenredigheidsbeginsel. Bij sancties is het feit dat het evident gaat om fundamentele rechten voor de rechter reden 'zowel de vaststelling van de feiten als de afweging die in de zwaarte van de sanctie tot uitdrukking komt, 'volledig' te toetsen.' Een dergelijke toetsing moet ook bij andere besluiten waar fundamentele rechten in het geding zijn, eerder in beeld komen. De uitleg die de Afdeling bestuursrechtspraak in de bekende Maxis en Praxis-uitspraak aan artikel 3:4 Awb gaf, is niet nodig (de parlementaire geschiedenis was 'wetsgeschiedenis minder eenduidig en minder dwingend [...] dan door de Afdeling werd aangenomen') en ook niet wenselijk. Gaat het echter om tripartiete relaties, dan kan de rechter niet op dezelfde manier optreden als bij de bescherming van (fundamentele) subjectieve rechten.

In *hoofdstuk 5* trekt Hirsch Ballin conclusies. Er zijn 'minstens' drie redenen waarom 'de constitutionele verhoudingen van onze tijd [...] een verandering in rechterlijke attitudes vereisen' (ik geef ze weer in de vorm van citaten):

1. De rechter vervult zijn taak in een netwerk van rechtsontwikkeling

'De nog dominante terughoudendheid is een beperking van het blikveld volgens een allang achterhaald bipolair begrip van het bestuursrecht. [...] Het deblokken van de rechterlijke taak [...] maakt het de rechter mogelijk *in tune* te blijven met de ontwikkelingen die het bestuur en daarmee het bestuursrecht doormaakt. In samenhang met procesrechtelijke veranderingen brengt zo'n verandering ook definitieve geschilbeslechting dichterbij, doordat niet vanuit een vernauwd blikveld de bal naar het bestuursorgaan hoeft te worden teruggespeeld.'

2. Het democratisch constitutioneel bestel heeft deze taak van de rechter nodig

‘Een doctrinaire *judicial restraint* leidt ertoe dat bestuursorganen, terwijl van hen vooral onvooringenomen expertise binnen wettelijke kaders wordt gevraagd, een democratisch onvoldoende gelegitimeerde quasi-legislatieve rol gaan vervullen. [...] Wanneer de wetgeving, zelfs gedelegeerde wetgeving, geen uitdrukking geeft aan de belangenafweging die het bestuursorgaan bezigt (al dan niet in beleidsregels) is het legitimiteitsdeficit van het bestuurlijk handelen navenant groter. De rechter moet hier, juist omwille van de democratische legitimiteit, op discursieve wijze completeren wat begonnen is met de terugtrekking van de wetgever.’

3. De rechter moet wetgever en bestuur scherp houden

‘Rechtsontwikkeling in de bestuursrechtspraak zal er een van kleine stappen blijven, die van het bestuursrecht van een meeslepende beweging. De rechtspraak kan en moet de participanten in die grote beweging scherp houden, het bestuur in het bijzonder. Dit geldt zeker daar waar het niet de *voice* van de burgers zelf is die daarin doorklinkt, maar die van de ambtelijke *expertise*, gelegitimeerd maar ook begrensd door haar professionaliteit. Daarom blijft het van belang dat de dragers van *rights* in ons constitutioneel bestel hun weg kunnen vinden naar effectieve rechtsbescherming.’

2. Bespreking

Het lijkt bij wetenschappelijke verenigingen een ongeschreven regel dat men slechts éénmaal als preadviseur mag optreden. Dat in dit geval op die regel een uitzondering is gemaakt, kan ik billijken. De discussie over rol en taakopvatting van de bestuursrechter begint veel trekken te krijgen van een in cirkeltjes ronddraaien, en Hirsch Ballin is bij uitstek in staat die vlot te trekken. Er is grote behoefte aan een meer principiële beschouwing vanuit het constitutionele recht, evenwel zonder de bestuursrechtelijke praktijk uit het oog te verliezen. Het is dan ook één van de interessantste preadviezen van de laatste jaren, met een belangrijke boodschap.

Intussen is het niet een erg toegankelijk preadvies, en de gemiddelde lezer zal alle intellectuele zeilen moeten bijzetten om het te doorgronden. Dat ligt niet aan de boodschap, want die is helder, en ook niet aan de systematiek van behandeling, want die is logisch. Het ligt wél aan de manier waarop het is opgeschreven. Hirsch Ballin schrijft helder maar zéér compact proza, waarbij achter iedere zin een wereld aan beschouwingen schuil gaat. Een voorbeeld: ‘Vereisten van consensusvorming, van flexibiliteit in veranderlijke omstandigheden en van complexiteit in de techniek van de uitwerking brengen mee dat de wetgever ruimte *moet* laten voor nadere beoordeling en afweging zonder dat die tot willekeur vervalft.’ In die ene zin is fraai samengevat aan welke eisen een goede verhouding tussen wetgeving en uitvoering moet voldoen; ideaal als men eens een goede verwijzing nodig heeft, maar minder geschikt om als lezer te consumeren in de spreekwoordelijke trein naar de VAR-vergadering.

Het voorgaande doet niet af aan mijn waardering voor het preadvies. Kern van zijn boodschap is: de intensiteit van de rechterlijke toetsing moet worden bepaald door de aard van de rechtsverhouding en de daarbij betrokken belangen, en beoordelings- en beleidsvrijheid van het bestuur zijn geen vrijbrief voor marginale toetsing door de bestuursrechter. Ik ben het daarmee grotendeels eens. Wel kijk ik anders aan tegen – onderdelen van – de onderbouwing.

Politiek, bestuur en rechter

Allereerst wat Hirsch Ballin noemt ‘de achterhaalde constitutionele schematiseringen’ waarop de rechter diens marginale toetsing baseert: de wil van de democratisch gelegitimeerde wetgever en de politieke verantwoordelijkheid (en daarmee afgeleide democratische legitimatie) van het bestuur dat de wet uitvoert of de ambtelijke uitvoering aanstuurt. Hoewel er een boel op valt af te dingen (zoals dat altijd het geval is geweest), staat voor mij de waarde van dat systeem, bij gebrek aan beter, nog altijd overeind. Overigens komt het wel degelijk voor dat de wetgever in zijn ogen te vergaande rechterlijke toetsing expliciet verbiedt,^[3] en hij zal ook niet aarzelen – als hoger recht dat toestaat – de rechter te corrigeren als hem dat geraden voorkomt. Maar regelmatig gaat het wel degelijk om een bewuste keuze van de wetgever, zoals Hirsch Ballin ook onderkent. De rechter moet van goeden huize komen om die bewuste keuze te negeren: eigenlijk kan hij dat alleen met een beroep op dwingend hoger recht, maar dan is er weer niets nieuws onder de zon. En zeker ook kan men, met Hirsch Ballin, vraagtekens plaatsen bij het functioneren van politieke verantwoordelijkheid, al gaat hij in dit kader wel erg ver (‘verantwoording afleggen door bestuurders geschiedt over hun totale beleid en slechts

incidenteel over concrete beslissingen;’ dat laatste moge de staatsrechtgeleerde wensen, maar moet de oud-Minister van Justitie toch uit eigen ervaring weerspreken). Wat daar ook van zij, het gaat er niet om of politieke verantwoording optimaal werkt of niet; het probleem is dat zij bij de rechter goeddeels^[4] ontbréékt. Zelfs een onafhankelijke toezichthouder is democratisch nog altijd beter gelegitimeerd dan een rechter.

In dat kader is ook interessant hoe Hirsch Ballin aankijkt tegen de verhouding tussen politiek en bestuur. Bestuursorganen ‘zijn verplicht zonder politieke vooringenomenheid te werken.’ Het gebod van onvooringenomen bestuurlijk handelen in de Awb (artikel 2:4 Awb) ‘verzet zich tegen het politiseren van het bestuur’.^[5] Volgens mij is dit niet waar artikel 2:4 Awb op ziet, en maakt Hirsch Ballin hier een te scherp onderscheid tussen wetgeving en uitvoering. Als de wetgever het bestuur een zekere vrijheid laat om afhankelijk van tijd, plaats en omstandigheden keuzes te maken, dan kan het bestuur, voor zover wet en rechtsbeginselen niet een andere kant op wijzen, die keuzes ook door politieke motieven laten kleuren. Of een wethouder prioriteit geeft aan toezicht op de naleving van milieuvoorschriften of van de Wet werk en bijstand zal toch echt mede door politieke kleur worden ingegeven, net als de vraag of ruim of terughoudend gebruik zal worden gemaakt van de buitenplanse ontheffing van het bestemmingsplan. In deze voorbeelden is van vooringenomenheid in de zin van art. 2:4 Awb geen sprake. De mogelijkheid van het in de uitvoering laten meewegen van politieke overwegingen is ook de achtergrond van de proliferatie van markttoezichthouders, wie een dergelijke politieke afweging nu juist wél verboden is. Interessant is, dat Hirsch Ballin in die onafhankelijkheid (het ontbreken van de ‘mogelijkheid van bijsturing in een democratische setting’) dan weer reden ziet voor indringender rechterlijke toetsing.

Vanuit het politieke staatsrecht bezien is kern van het probleem dat het bestuur door de marginale toetsing, zoals Hirsch Ballin betoogt, feitelijk ‘een rechtsvrije ruimte’ krijgt zonder dat de rechter daar corrigerend optreedt. Dit probleem wordt verstrekt door de status die beleidsregels en vaste gedragslijnen in de ogen van de rechter hebben en die tot gevolg heeft dat bestuursorganen ‘een democratisch onvoldoende gelegitimeerde quasi-legislatieve^[6] rol gaan vervullen.’ Hier slaat de preadviseur de spijker met kracht op de kop.

Toegenomen urgentie

Maar er zijn meer argumenten voor een kritische blik op marginale toetsing door de rechter. Hirsch Ballin noemt er verschillende; ik heb ze hierboven samengevat. Bij zijn aandacht voor ontwikkelingen in economie, politiek en maatschappij ontbreekt een belangrijke, misschien wel dé belangrijkste reden voor een onvermijdelijk grotere en indringender rol van de rechter: de instabiele politieke verhoudingen. Over de politiek lijkt een ongekende maakbaarheidsgedachte, met dito haast, vaardig te zijn geworden. De klacht over een te langzaam en stroperig wetgevingsproces slaat om in zorg over majeure veranderingen die over elkaar heen rollen. De politieke meerderheid van vandaag weet dat zij de minderheid van morgen is. In dat besef wil men in zo kort mogelijke tijd zijn politieke agenda verwezenlijken. Die voortdurende grote en snelle wijzigingen in wetgeving en beleid^[7] leiden tot grote onzekerheid bij burgers, bedrijven en de overheid zelf. Naast het verminderd vertrouwen in de politiek dat daar het gevolg van is (op zijn beurt resulterend in grote verschuivingen bij verkiezingen, met als gevolg grotere paniek bij de regeringspartijen, etc.) is hier het materiële rechtszekerheidsbeginsel in het geding.^[8] Dat brengt de rechter^[9] onvermijdelijk vaker en indringender in het vaarwater van de politiek.

De vrijheden van het bestuur in de toetsingspraktijk

Terecht wijst Hirsch Ballin erop dat het schema van Duk nooit is bedoeld als, en ook niet geschikt is voor, een een-op-een toepassing.^[10] Dat ziet de rechter ook vaak wel in. Hirsch Ballin noemt zelf al het terrein van de punitieve sancties, waar die toetsing uit artikel 6 EVRM voortvloeit.^[11] Omgekeerd toetst de Afdeling de (in het schema van Duk objectieve) beoordelingsruimte in asielzaken marginaal, terwijl zij bij toepassing van het begrip ‘normaal maatschappelijk risico’ in het nadeelcompensatierecht zoekende is naar een optimale wijze van toetsing.^[12] Interessant in dit verband is de jurisprudentie over herstelsancties.

Beoordelingsvrijheid is het bestuursorgaan nooit toegedicht (of sprake is van een overtreding is altijd vol getoetst), terwijl de wettelijke beleidsvrijheid door de rechter eigenmachtig in een gebonden bevoegdheid is geconverteerd (beginselplicht tot sanctionering^[13]). De inhoud van de sanctiebeschikking (herstelmaatregelen, begunstigingstermijn, hoogte dwangsom) toetst de rechter marginaal.^[14] Maar de jurisprudentie biedt soms krasse voorbeelden van min of meer blind volgen van het Dukkiaanse schema. Wat te denken van de volgende overweging:

“Naar het oordeel van de Afdeling heeft de raad zich in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat een crematorium en woningen functies zijn die naar hun aard van elkaar gescheiden dienen te worden. Het criterium, dat een crematorium niet in een woonwijk gevestigd wordt, is dan ook niet een onredelijk criterium, gelet op de aan de raad toekomende beleidsvrijheid.”^[15]

Dat de rechter er soms voor kiest zich te verschuilen achter de vrijheden van het bestuur heeft net zo veel te maken met een – soms misplaatst – besef van zijn constitutionele plaats, als met zijn beperkte capaciteiten en capaciteit. Terecht legt Hirsch Ballin de nadruk op de expertise die in het openbaar bestuur aanwezig is, waarbij die van de rechter, in ieder geval in kwantitatieve zin, schril afsteekt. De expertise van het bestuur kan de rechter nooit ‘matchen’, en dat moet hij ook niet proberen. Gelukkig heeft hij een rijk arsenaal aan instrumenten tot zijn beschikking om deze ongelijkheid tussen hemzelf en het bestuur te compenseren. In dat verband verdient het verbod van onevenredigheid van artikel 3:4 lid 2 Awb inderdaad aandacht. Ontdaan van zijn Maxis & Praxis-beperkingen biedt dat verbod, dat naar zijn aard al een zeker marge van rechterlijke beoordeling voorschrijft (*‘niet ...onevenredig’*), grote mogelijkheden voor een toetsing die past bij de aard van de rechtsverhouding en de daarbij betrokken algemene en particuliere belangen.

In dit verband mis ik aandacht voor het formele-zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel. Het eerste beginsel biedt voor de bestuursrechter een aanknopingspunt om te toetsen of de feiten juist zijn vastgesteld, waarbij de betrokken belangen een indringender toets kunnen rechtvaardigen (waaronder zo nodig zelf een deskundige benoemen als gerede twijfel bestaat aan het werk van de deskundige van het bestuur). Scharnierpunt in de verhouding tussen toetsing en beleidsvrijheid is de eis van een draagkrachtige motivering (waarmee, op de achtergrond tevens het gelijkheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel in beeld komen): laat zien welke alternatieve maatregelen u hebt onderzocht; laat zien dat die het beoogde resultaat niet kunnen bereiken,^[16] laat zien dat u heeft nagedacht over compensatie van schade. Processueel kan dit alles worden geoperationaliseerd met de bestuurlijke lus. Aldus ontstaat een échte dialoog tussen rechter en bestuur.

Naar een optimale rechtsbedeling

Het preadvies richt zich op de manier waarop de rechter besluiten moet toetsen in het licht van gewijzigde politieke, economische en maatschappelijke ontwikkelingen. Intussen bevat het hier en daar doorkijkjes naar andere aspecten van de verhouding tussen bestuur en rechter. Zo merkt Hirsch Ballin tussen neus en lippen door op dat de pleidooien uit de VAR-preadviezen 2013 om de rechtsingang te verruimen^[17] ‘kunnen worden onderschreven’, terwijl zijn conclusie ‘de rechter moet wetgever en bestuur scherp houden’ op zijn minst de suggestie in zich draagt dat bestuursprocesrecht méér doelen dient dan rechtsbescherming van de individuele rechtzoekende, hoezeer dat ook misschien vloeken in de Awb-kerk is (ik kom hier nog op terug). Ik denk dat het goed is, ja zelfs hoognodig, juist in constitutioneelrechtelijk perspectief, dat we de discussie breder trekken, namelijk: hoe bewerkstelligen we een *bestuursprocesrecht* dat recht doet aan de aard van de rechtsverhouding en de daarbij betrokken algemene en particuliere belangen?

Het antwoord ligt besloten in de genuanceerde aanpak die Hirsch Ballin bepleit. Niet alleen moet de bestuursrechter^[18] zijn toetsing nuanceren, maar hij moet ook de uitleg en toepassing van andere procesrechtelijke regels waar hij zeggenschap over heeft, aanpassen aan de aard van de rechtsverhouding en de daarbij betrokken algemene en particuliere belangen. Te wijzen valt op toepassing van artikel 4:6 Awb (ne bis in idem),^[19] 6:22 Awb (passeren voorschriften),^[20] 8:69 Awb (aanvullen rechtsgronden en feitelijke

gronden) en 8:69a Awb (relativiteit), alsmede de uitspraakbevoegdheden van artikel 8:72 Awb. Maar ook regels omtrent bevoegdheid en ontvankelijkheid kunnen op de hier bedoelde genuanceerde manier worden uitgelegd, en dat doet de rechter zo nu en dan ook. Zo oordeelde de Afdeling dat, hoewel de werking van een bepaald besluit (huisverbod of tijdelijk rijverbod) al was geëindigd, appellant toch nog een procesbelang had omdat hij was aangetast in zijn 'eer en goede naam'.^[21] Ook het passeren, in de Zwarte Piet-uitspraak,^[22] van de vraag of appellanten belanghebbend zijn, omwille van de rechtsontwikkeling en het maatschappelijk belang van de uitspraak is van een dergelijke benadering een – tamelijk spectaculair^[23] – voorbeeld.

De rechter heeft dit alles niet in eigen hand; ook de wetgever moet het 'one size fits all' bestuursrecht regelmatig bijstellen. Op tal van plaatsen is met het oog op in geding zijnde fundamentele belangen de bevoegdheid van de bestuursrechter uitgebreid (bijvoorbeeld de handeling jegens de 'vreemdeling als zodanig'), de ontvankelijkheid van de rechtzoekende ruimer getrokken dan alleen een belanghebbende ('iedere kiezer'; vroeger de *actio popularis* in het milieurecht) of iets gedaan aan toetsing of uitspraakbevoegdheden (bijvoorbeeld: verplicht zelf voorzien in boetezaken van art. 8:72a Awb; verplichte *ex nunc* toetsing bij bestuurlijke ophouding van art. 154a lid 11 Gemeentewet). Maar het ligt op de weg van de wetgever om hier veel verder te gaan, met name door een langere beroepstermijn toe te staan, of indringender toetsing voor te schrijven. Dat moge dan afbreuk doen aan de harmonisatie van het bestuursrecht, maar die kan nooit opwegen tegen een optimale rechtsbedeling.

Het voorgaande roept bij de lezer misschien associaties op het pleidooi voor een 'bestuursrecht van twee gestrengheden'.^[24] Inderdaad is de achterliggende gedachte dezelfde, namelijk: het procesrecht moet niet méér beperkingen van *pleine jurisdiction* bevatten dan noodzakelijk zijn in verband met de aard van de rechtsverhouding en de daarbij betrokken algemene en particuliere belangen. Maar de manier waarop de benadering van de 'twee gestrengheden' de wereld verdeelt (twee- en meerpartijenrelaties; financiële/niet financiële relaties) doet geen recht aan de genuanceerde benadering die hierboven is beschreven. Anders gezegd: er is behoefte aan een bestuursrecht van talloze gestrengheden.^[25] Sommige stappen kunnen alleen door de wetgever worden gezet, maar ons bestuursprocesrecht is dermate open, dat ook de rechter hieraan een flinke steen kan bijdragen, zoals het preadvies van Hirsch Ballin laat zien. Binnen de bestuursrechtspraak zijn het vanzelfsprekend de hoogste bestuursrechters die deze rechtsontwikkeling moeten uitzetten en bewaken. Omdat dat vooral gaat om de rechtsontwikkeling in de eigen 'kolom,' waarbij Awb-regels, zelfs de meest centrale en algemene, contextgebonden worden uitgelegd,^[26] wordt rechtseenheid tussen de hoogste bestuursrechters minder prangend.^[27]

Het scherp houden van wetgeving en bestuur

De rechtspraak kan en moet wetgever en bestuur, 'het bestuur in het bijzonder', 'scherp houden', zo merkt Hirsch Ballin aan het slot van zijn preadvies op. Het is een opmerking die tot verder doordenken stemt. Het bestuur scherp houden is immers geen (zelfstandige) doelstelling van bestuursprocesrecht meer: het gaat 'naar huidige opvatting' om rechtsbescherming, en als die meebrengt dat het bestuur zo nu en dan een tik op de vingers krijgt en daarvan leert, is dat mooi meegenomen. Juist vanuit constitutioneelrechtelijk oogpunt, de invalshoek van het preadvies, had het voor de hand gelegen hier dieper op in te gaan. Immers, als een goed functionerend systeem van checks & balances ontbreekt, blijft rechtsbescherming dweilen met de kraan open.^[28]

Ten slotte

Als gezegd, een belangrijk preadvies, met een overtuigende boodschap: een simplistisch schema van de vorm bestuurlijke vrijheid = marginale toetsing moet worden vervangen door een genuanceerde benadering, waarbij de vorm en intensiteit van de toetsing wordt bepaald door de aard van de rechtsverhouding en de betrokken belangen. In veel situaties doet de rechter dat al, maar er is zeker ruimte voor verbetering.

Voetnoten

Voetnoten

- [1] Prof. mr. S.E. Zijlstra is hoogleraar Staats- en bestuursrecht aan de Vrije Universiteit.
- [2] Het kan natuurlijk ook zijn dat de wetgever zijn plicht tot het vormgeven van een juiste balans tussen regelgeving en uitvoering ‘abandonneert.’ dan laat hij ten onrechte beleidsvrijheid.
- [3] Vaak in de parlementaire geschiedenis, maar soms ook in de wettekst, bijvoorbeeld artikel 50 Gemeentewet (ontslag wethouder).
- [4] De benoeming van rechters geschiedt wél onder politieke verantwoordelijkheid.
- [5] In dat kader verwijst hij evenals ook naar het in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie verankerde ‘recht op behoorlijk bestuur’ (artikel 41, eerste lid Handvest van de grondrechten van de Europese Unie): ‘Eenieder heeft er recht op dat zijn zaken onpartijdig, billijk en binnen een redelijke termijn door de instellingen, organen en instanties van de Unie worden behandeld.’
- [6] Dit is niet wat Van der Hoeven voor ogen had toen hij wat wij nu beleidsregels noemen, aanduidde als ‘pseudo-wetgeving’.
- [7] Berucht voorbeeld: de rauwelijkse intrekking van de Wet werk en bijstand kunstenaars, leidend tot Hof Den Haag 5 juni 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BW7457. Maar ook valt te wijzen op de Wet investeren in jongeren, waarover CRvB 20 januari 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:78, AB 2015/85, m.nt. Bruggeman.
- [8] Dat dat dan vaak, vanwege artikel 120 Grondwet, vorm krijgt als toetsing aan artikel 1, eerste protocol, EVRM (zoals in de zaak van de Wet werk en bijstand kunstenaars), doet er in dit verband even niet toe.
- [9] En de Eerste Kamer, met als Pavlov-reactie pleidooien voor afschaffing daarvan.
- [10] In zijn overzichtsnoet bij ABRvS 1 februari 2012, AB 2012/246 verwijt Damen de ABRvS juist dat zij het schema van Duk niet consequent volgt.
- [11] Op verschillende plaatsen lijkt Hirsch Ballin het over sancties in het algemeen te hebben (‘Uit artikel 6 EVRM wordt alleen inzake sancties een verplichting afgeleid om in *pleine jurisdiction* te voorzien’; ‘Zoals ten aanzien van sancties de toetsing van de evenredigheid gemeengoed is geworden’), maar ik neem aan dat hij *punitieve* sancties bedoelt.
- [12] ABRvS 5 december 2012, AB 2013/221, ECLI:NL:RVS:2012:BY5105 en ABRvS 5 juni 2013, AB 2013/222, ECLI:NL:RVS:2013:CA2052.
- [13] R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, 6^e druk, Deventer: Kluwer 2010 p. 974-975.
- [14] R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, 6^e druk, Deventer: Kluwer 2010 p. 993.
- [15] ABRvS 7 augustus 2013, AB 2013/353, ECLI:NL:RVS:2013:689.
- [16] Zie bijvoorbeeld CRvB 16 juli 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:785, AB 2013/372, m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik, waar de Centrale Raad oordeelt dat het veelvuldig inzetten van waarnemingen als controlemiddel niet voldoet aan het vereiste van subsidiariteit, nu niet is onderzocht of andere, minder ingrijpende middelen tot hetzelfde resultaat kunnen leiden.
- [17] F.J. van Ommeren, P.J. Huisman, G.A. van der Veen en K.J. de Graaf, *Het besluit voorbij* (VAR-reeks 150), Den Haag: Boom 2013.
- [18] Vgl. de conclusie van A-G Langemeijer bij een Bopz-zaak (HR ECLI:NL:HR:2003:AN7550), die overweegt dat ‘dat de discretionaire vrijheid van het bestuursorgaan in zaken van vrijheidsbeneming uiterst gering is.’
- [19] Zie CRvB 14 januari 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:1, JB 2015, 46.
- [20] Niet zozeer in verband met fundamentele rechten van de rechtzoekende, maar vanwege het ‘scherp houden van het bestuur.’
- [21] Zie ABRvS 19 mei 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM4973 en ABRvS 21 juli 2010, JB 2010, 202. Ook valt te wijzen op de nuancering, in verband met in geding zijnde fundamentele rechten, van de jurisprudentie op het punt van het ‘afgeleid belang’, waarover Schlössels en Zijlstra 2010, p. 192.
- [22] ABRvS 12 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4117, AB 2015/55, m.nt. Brouwer en Schilder, JB 2014, 245, m.nt. Schutgens.

- [23] Zie – kritisch – daarover Sillens recensie van het preadvies van Ortlep, elders in dit blad.
- [24] 77. Zie daarover L.J.A. Damen, ‘Helpt de Centrale Raad van Beroep Jan Splinter door de bestuursrechtelijke winter?’, in: R.M. van Male e.a. (red.), *Centrale Raad van Beroep 1903-2003*, Den Haag: Sdu 2003, p. 243-260.
- [25] Vgl. L.J.A. Damen, ‘Juridische kwaliteit: de burger centraal’, in: H. Herweijer e.a. (red.), *Alles in één keer goed*, p. 26-27, Deventer: Kluwer 2005, spreekt van ‘polychromie, met niet alleen een bestuursprocesrecht-van-meerdere-gestrengheden, maar ook een bestuursbesluitvormingsrecht-van-meerdere-gestrengheden’, maar in zijn noot bij *AB* 2013/366 (idem: 2014/264) heeft hij het weer over twee: ‘streng in meerpartijenverhoudingen, soepel in tweepartijenverhoudingen.’
- [26] Laten we niet vergeten dat de ambtenarenrechter al sinds jaar en dag een eigen, contextgebonden bestuusorgaanbegrip hanteert.
- [27] En zo blijkt er toch nog verband te bestaan tussen dit en de andere preadviezen.
- [28] ‘Oh ja,’ zal de lezer wellicht denken, ‘die Zijlstra, dat is die man die pleit voor een ruimer beroepsrecht voor inspecties’ (zie mijn ‘Rechtsbescherming en de kwaliteit van het overheidsbestuur’, in: F.J. van Ommeren en S.E. Zijlstra (red.), *De rechtsstaat als toetsingskader*, Den Haag: Boom 2003 p. 269-282). Ik daag iedereen uit een betere oplossing te bedenken. Voor ‘meer toezicht’ worden helaas geen punten toegekend (zie *ibid.*, p. 280-281).