

Vergaderjaar 2020–2021

**35 300 VI**

## **Vaststelling van de begrotingsstaten van het Ministerie van Justitie en Veiligheid (VI) voor het jaar 2020**

**BD**

### **BRIEF VAN DE VICEPRESIDENT VAN DE RAAD VAN STATE**

Aan de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 17 december 2020

Bij brief van de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal van 9 juli 2020 heeft de Eerste Kamer op de voet van artikel 21a, eerste lid, van de Wet op de Raad van State aan de Afdeling advisering van de Raad van State gevraagd haar van voorlichting te dienen naar aanleiding van de motie-Backer c.s. over versterking van de kwaliteit van de rechtsbescherming voor de individuele burger.

#### **Inhoud**

1.	Inleiding	2
	<i>a. Verzoek om voorlichting</i>	2
	<i>b. Afbakening</i>	3
	<i>c. Opzet van de voorlichting</i>	3
2.	Evenwicht tussen de staatsmachten	4
	<i>a. Democratische rechtsstaat</i>	4
	<i>b. Checks and balances</i>	4
3.	Veranderend evenwicht	6
	<i>a. De rol van de wetgever</i>	6
	<i>i. «Uitbesteding» van het vaststellen van regelgeving</i>	7
	<i>ii. Internationalisering en Europeanisering</i>	8
	<i>b. De rol van de rechter</i>	8
	<i>i. Invulling geven aan open normen</i>	9
	<i>ii. Internationalisering en Europeanisering</i>	10
	<i>c. De rol van het bestuur</i>	12
4.	Aanknopingspunten voor een dialoog tussen wetgever, bestuur en rechter	13
	<i>a. Voorwaarden voor een zinvolle dialoog</i>	13
	<i>b. Handelingsperspectieven voor wetgever en bestuur</i>	14
5.	Anticipatie van wetgever en bestuur op een rechterlijke beoordeling	16

6.	Terugkoppeling aan wetgever en bestuur: de gebruikelijke route van de rechterlijke uitspraken	17
7.	Terugkoppeling van wetstechnische onvolkomenheden: signaleringen	20
8.	Maatwerk	23
9.	Samenvatting	25
	a. <i>Dialogo</i>	25
	b. <i>Anticipatie van wetgever en bestuur</i>	26
	c. <i>Terugkoppeling</i>	26
	d. <i>Ten slotte</i>	27

## 1. Inleiding

### a. Verzoek om voorlichting

Op 10 maart 2020 vond in de Eerste Kamer het beleidsdebat «De staat van de rechtsstaat» plaats.<sup>1</sup> Tijdens dit debat is door het lid Backer en anderen een motie ingediend.<sup>2</sup> In deze motie wordt in de eerste plaats overwogen dat de burger voor zijn recht afhankelijker is geworden van de bescherming die de onafhankelijke rechter biedt. Voorts wordt geconstateerd dat de verbetering van de rechtsbescherming die wetgever en bestuur aan individuele burgers dienen te bieden, gebaat kan zijn bij het terugkoppelen van de ervaringen van de rechter met de resultaten van wet- en regelgeving en met het functioneren van het bestuur. In de motie wordt uitgesproken dat het wenselijk is om voorlichting aan de Raad van State te vragen, om aan te geven hoe – tegen deze achtergrond en met inachtneming van de verschillende rollen in de trias politica – de kwaliteit van de rechtsbescherming voor de individuele burger kan worden versterkt. Op 21 april 2020 heeft de Eerste Kamer deze motie aangenomen.<sup>3</sup>

Bij brief van 9 juli 2020 heeft de voorzitter van de Eerste Kamer verzocht om voorlichting naar aanleiding van de motie-Backer c.s. Aan de Afdeling advisering van de Raad van State is daarin de volgende vraag voorgelegd:

«In het debat [van 10 maart 2020] is de zorg uitgesproken dat de burger voor zijn recht meer afhankelijk is geworden van de bescherming die de onafhankelijke rechter biedt. Deze veronderstelling alsmede de mogelijke oorzaken treft U ook aan in de overwegingen van de genoemde motie-Backer c.s. De rechtsbescherming die de wetgever en bestuur aan individuele burgers wordt geacht te bieden, zou onder meer gebaat kunnen zijn bij het terugkoppelen van de ervaringen van de rechter met de resultaten van wet- en regelgeving en met het functioneren van het bestuur. Dit zal uiteraard vormgegeven dienen te worden met inachtneming van de verschillende rollen in de trias politica. Derhalve verzoekt de Kamer de Afdeling advisering haar van voorlichting te dienen op welke wijze het lerende vermogen van wetgever en bestuur kan worden bevorderd door middel van een dialoog tussen de drie staatsmachten, met als doel de versterking van de kwaliteit van de rechtsbescherming van de burger.»

<sup>1</sup> Handelingen I 10 maart 2020, nr. 23, items 3 en 8.

<sup>2</sup> Kamerstukken I, 2019/20, 35 300-VI, T.

<sup>3</sup> Handelingen I 21 april 2020, nr. 24, item 9.

### *b. Afbakening*

Bij de beantwoording van deze open geformuleerde voorlichtingsvraag is nadere duiding en afbakening noodzakelijk. Zo is de vraag wat moet worden verstaan onder een «dialoog» tussen de drie staatsmachten. Dit begrip wordt hier niet in de letterlijke zin van een gesprek, maar in overdrachtelijke zin gehanteerd. Het gaat in deze voorlichting immers om instituties met hun eigen posities, rollen en bevoegdheden. Tegelijkertijd staan en fungeren deze instituties niet los van elkaar, maar zijn zij alle een essentieel onderdeel van de democratische rechtsstaat. Het gaat erom dat de staatsmachten – elk vanuit hun eigen hoedanigheid en verantwoordelijkheid – complementair opereren, zodat zij ieder afzonderlijk, maar ook in gezamenlijkheid bijdragen aan het optimaal functioneren van de democratische rechtsstaat. Dat vereist een *wisselwerking* tussen de staatsmachten – een «dialoog» – die plaatsvindt binnen de kaders van een systeem van machtsverdeling en machtsverspreiding. De ratio van dat systeem is erin gelegen dat de staatsmachten elkaar wederzijds beïnvloeden, aanvullen en versterken – maar ook begrenzen, opdat machtsconcentratie of een eenzijdig primaat van één van de staatsmachten wordt voorkomen.

De democratische rechtsstaat is er om de individuele burger tot zijn recht te laten komen. Het voorlichtingsverzoek benadrukt in dit verband het belang van rechtsbescherming, en onderscheidt daarbij twee niveaus. (i) Ten eerste is dat het niveau van de door de *rechter* te bieden rechtsbescherming aan de burger in aan hem voorgelegde geschillen; rechtsbescherming in de gebruikelijke betekenis, dus. (ii) Daarnaast wordt gesproken over de rechtsbescherming die *wetgever* en *bestuur* aan de individuele burger zouden moeten bieden, en die door lering uit terugkoppeling door de rechter verbeterd zou kunnen worden. Aan beide niveaus wordt hierna aandacht geschonken.

Ten slotte wijst de Afdeling op een zekere begrenzing die kan worden afgeleid uit artikel 21a van de Wet op de Raad van State. Deze bepaling geeft onder meer de Eerste Kamer de bevoegdheid om de Afdeling advisering te verzoeken om haar van voorlichting te dienen in aangelegenheden van *wetgeving* en *bestuur*. Om die reden zal de Afdeling bij haar voorstellen ten aanzien van het rechterlijk beleid terughoudendheid betrachten.

### *c. Opzet van de voorlichting*

Deze voorlichting is als volgt opgebouwd. Punt 2 handelt over de wetgever, het bestuur en de rechter in het staatsbestel. Daarbij wordt aandacht besteed aan de democratische rechtsstaat, de rol van elk van de staatsmachten daarbinnen en de *checks and balances* die noodzakelijk zijn voor het goed functioneren ervan. In punt 3 wordt het evenwicht tussen de staatsmachten nader verkend en geplaatst binnen de context van de snel veranderende samenleving. Bezien wordt in hoeverre die wijzigende context het evenwicht beïnvloedt en wat daarvan het gevolg is voor het handelen van elk van de staatsmachten op zichzelf en in hun onderlinge verhouding. In punten 2 en 3 worden, kortom, enige voor de Eerste Kamer bekende hoofdlijnen geschetst van de principes die aan de *trias politica* ten grondslag liggen en van de rol van en de verhouding tussen de actoren die daarin functioneren.

Het zwaartepunt van de beantwoording van de voorlichtingsvraag ligt in punten 4 tot en met 8. Punt 4 bevat enige aanknopingspunten voor het voeren van een zinvolle dialoog tussen de staatsmachten. In dat verband worden enkele meer algemene handelingsperspectieven geschetst en

gaat de Afdeling daarna dieper in op de anticipatie van wetgever en bestuur op rechterlijke oordelen (punt 5), het terugkoppelingsinstrument (punten 6 en 7) en bestuurlijk en rechterlijk maatwerk (punt 8). In punt 9 benadrukt de Afdeling ten slotte de noodzaak van bestendige aandacht voor en permanent onderhoud van de democratische rechtsstaat. Zij geeft daar tevens een samenvatting van de belangrijkste noties in deze voorlichting.

## 2. Evenwicht tussen de staatsmachten

### a. Democratische rechtsstaat

Nederland is een democratische rechtsstaat. Democratisch, omdat de bevolking het parlement direct (Tweede Kamer) of getrappt (Eerste Kamer) kiest, via vrije en geheime verkiezingen die regelmatig worden gehouden. Democratisch ook, omdat soortgelijke waarborgen gelden op decentrale niveaus. Nederland is voorts een rechtsstaat, omdat ook de overheid is onderworpen aan het recht: tegen machtsmisbruik door de overheid zijn waarborgen ontwikkeld, zoals grondrechten (waardoor minderheden tegen de meerderheid worden beschermd), het legaliteitsvereiste (op grond waarvan overheidsoptreden dat voor burgers bezwarend is, alleen op grond van de wet mag plaatsvinden), spreiding van machten (om machtsmisbruik en onderdrukking te voorkomen) en toegang tot de onafhankelijke rechter (die onder meer geschillen tussen burger en overheid op onpartijdige wijze kan beslechten).<sup>4</sup> Het «democratische» en het «rechtsstatelijke» aspect zijn weliswaar te onderscheiden, maar niet te scheiden, want de beide aspecten zijn in het Nederlandse stelsel onlosmakelijk met elkaar verbonden.<sup>5</sup> Daarbij geldt dat democratie en rechtsstaat niet elkaars tegenpolen zijn, maar in onderlinge samenhang functioneren.

### b. Checks and balances

In een democratische rechtsstaat liggen de drie kernbevoegdheden van de staat – wetgeving, bestuur en rechtspraak – niet in één hand. De klassieke formulering van dit vereiste is de machtenscheiding in de zin van de *trias politica* zoals verwoord door Montesquieu, waarbij de verschillende functies van de staat aan verschillende staatsmachten worden toebedeeld. Een volledige machtenscheiding komt in de praktijk niet voor. Het gaat er vooral om dat er geen concentratie van staatsmacht is, maar dat sprake is van machtenspreiding. Ook in Nederland is machtenspreiding het uitgangspunt. Door middel van geïnstitutionaliseerde samenhang is een zeker evenwicht gecreëerd. De belangrijkste instituties – parlement, regering en rechter – zijn belast met bepaalde taken en bevoegdheden die zij deels zelfstandig en deels in samenwerking met elkaar uitoefenen. Daarbij is sprake van onderlinge afhankelijkheid en wederzijdse controle (*checks and balances*).<sup>6</sup>

Het parlement en de regering stellen gezamenlijk wetten vast. Het gaat hierbij om de Grondwet (het juridische basisdocument voor ons bestel, dat onder meer grondrechten en hoofdlijnen van de staatsorganisatie bevat), organieke wetgeving (die is gericht op de organisatie van de staat en zijn onderdelen) en (overige) wetgeving in formele zin. Dit is een voorbeeld van *checks and balances*: parlement en regering zijn hierbij

<sup>4</sup> M.C. Burkens e.a. *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2017, p. 17 e.v.; A.D. Belinfante en J.L. de Reede, *Beginselen van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2020, p. 18.

<sup>5</sup> Eindrapport van de staatscommissie parlementair stelsel (*Lage drempels, hoge dijken, democratie en rechtsstaat in balans*), Kamerstuk 34 430, nr. 9, p. 28.

<sup>6</sup> Raad van State, *Jaarverslag 2019. Evenwicht in de rechtsstaat*, p. 12.

gehouden tot samenwerking. Samenwerking – tot uitdrukking komend in de wet – is vereist ten aanzien van onder meer de binding aan verdragen (waarvoor een goedkeuringswet is vereist), de uitzonderingstoestand en de belastingen en begrotingen.<sup>7</sup>

Maar er vindt – naast samenwerking – ook controle plaats: de figuur van de ministeriële verantwoordelijkheid stelt het parlement in staat te controleren of de regering haar bevoegdheden adequaat uitoefent.<sup>8</sup> Daarnaast wordt op nationaal niveau eveneens regelgeving vastgesteld door de regering en door Ministers – actoren die in de klassieke *trias*-leer deel uitmaken van de uitvoerende macht, dus van het bestuur. Bij of krachtens formele wet kan de bevoegdheid tot het vaststellen van regelgeving aan hen worden gedelegeerd.

De rol van de rechter is in een democratische rechtsstaat essentieel. Zijn primaire taak is het onafhankelijk beslechten van concrete geschillen en, in verband daarmee, het bewaken van de rechtseenheid en het realiseren van rechtsbescherming in individuele gevallen.<sup>9</sup> Rechtzoekenden hebben altijd toegang tot een rechter, waarbij de burgerlijke rechter als «restrechter» fungeert. Als beroep bij de bestuursrechter niet (langer) openstaat, dan zal de burgerlijke rechter de rechtzoekende – mits deze vraagt in een burgerlijk recht te worden beschermd<sup>10</sup> – in zijn vordering ontvankelijk achten. De rechter moet volgens de wet rechtspreken en is daarbij gebonden aan hetgeen de formele wetgever en lagere wetgevers hebben bepaald.<sup>11</sup>

Tegelijkertijd controleert hij de wetgevers als hij voor de vraag staat of lagere wetgeving in overeenstemming is met hogere wetgeving, waarbij overigens geldt dat hij wetten in formele zin niet aan de Grondwet mag toetsen: die toets wordt uitsluitend door de formele wetgever zélf verricht.<sup>12</sup> Wel dient de rechter te bezien of (formele) wetgeving in overeenstemming is met een ieder verbindende verdragsbepalingen en Unierecht.<sup>13</sup> In de eerste plaats wordt echter de handelwijze van het bestuur door de rechter desgevraagd aan controle onderworpen. Hij toetst dan of besluiten in overeenstemming met wet en recht zijn genomen. Tegen besluiten die een algemeen verbindend voorschrift inhouden, kan geen beroep bij de bestuursrechter worden ingesteld.<sup>14</sup>

De ratio van het systeem van machtsverdeling is erin gelegen dat de staatsmachten elkaar wederzijds beïnvloeden, aanvullen, versterken en begrenzen, zónder dat sprake is van een eenzijdig primaat van één van hen. In een democratische rechtsstaat heeft dus geen van de staatsmachten het laatste woord. Sterker nog, niemand móg het laatste woord hebben – zelfs de volksvertegenwoordiging niet, ook al is die in een

<sup>7</sup> Respectievelijk artikelen 91–95, 103 en 104–105 van de Grondwet.

<sup>8</sup> Artikelen 42, tweede lid, 44 en 68 van de Grondwet.

<sup>9</sup> Vgl. artikel 17 van de Grondwet, dat luidt: Niemand kan tegen zijn wil worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent. De rechter moet in voorkomende gevallen overigens ook naar aanleiding van collectieve acties tot geschilbeslechting overgaan. Vgl. artikel 3:305a van het BW en artikel 1:2, tweede en derde lid, van de Awb.

<sup>10</sup> Vaak zal een onrechtmatige-daadsactie worden ingesteld; artikel 6:162 van het BW.

<sup>11</sup> Artikel 11 van de Wet algemene bepalingen.

<sup>12</sup> Artikel 120 van de Grondwet.

<sup>13</sup> Artikel 94 van de Grondwet; HvJ EG 5 februari 1963 (*Van Gend en Loos*), zaak C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1; HvJ EG 15 juli 1964 (*Costa/ENEL*), zaak C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66.

<sup>14</sup> Artikel 8:3 van de Algemene wet bestuursrecht. Dit artikel sluit exceptieve toetsing van algemeen verbindende voorschriften door de bestuursrechter niet uit. Vgl. de conclusie van staatsraad-AG Widdershoven, 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557. Deze toetsing ziet niet alleen op verenigbaarheid met hoger geschreven recht – verdragen, (Grond)wet – maar ook aan algemene rechtsbeginselen. De exceptieve toetsing aan die beginselen is intensiever geworden, zie onder meer CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2018.

democratie de primaire bron van recht. Wetgeving, bestuurshandelen en rechtspraak staan onder invloed van elkaar en dienen er steeds toe bij te dragen dat de wisselwerking – de dialoog – tussen de staatsmachten kan worden gevoerd en voortgezet.

### 3. Veranderend evenwicht

Elk systeem van *checks and balances* is aan verandering onderhevig. Er zijn verschillende tendensen die de verhoudingen en het evenwicht tussen de verschillende staatsmachten beïnvloeden en wijzigen.<sup>15</sup> Zo is het takenpakket van de overheid met name sinds de tweede helft van de twintigste eeuw sterk gegroeid en opereren wetgever, bestuur en rechter in een steeds sneller veranderende, meer gefragmenteerde samenleving. Digitalisering en technologisering voltrekken zich in hoog tempo. Decentralisatie van bevoegdheden vindt op diverse gebieden op grote schaal plaats. De burger is enerzijds meer autonoom, en anderzijds ook afhankelijker van de overheid dan voorheen.

In het licht van de machtenspreiding spelen voorts Europeanisering en internationalisering een grote rol. De nationale rechtsorde is steeds sterker verweven geraakt met die van de Europese Unie en de internationale rechtsorde en daarmee onderdeel geworden van een complexe, meerlagige rechtsorde. Die verwevenheid leidt tot spreiding van bevoegdheden over (inter)nationale organen en tot een overlap van rechtsnormen. Dit kan complicaties opleveren voor het waarborgen van de rechtseenheid en de rechtsbescherming en voor de rechtsontwikkeling in de nationale rechtsorde. Zo is de democratische basis van geldende rechtsnormen op het (inter)nationale niveau minder duidelijk dan in het klassieke model van de nationale rechtsstaat. De aanvaardbaarheid van regelgeving en rechtspraak komt hiermee, vooral in controversiële gevallen, eerder in het geding.<sup>16</sup>

Hierna wordt beknopt aangestipt hoe de genoemde ontwikkelingen de handelingsruimte van de wetgever, de rechter en het bestuur en hun onderlinge evenwicht beïnvloeden.

#### a. De rol van de wetgever

De wetgevende macht is in een democratische rechtsstaat bevoegd zijn wil om te zetten in wetten. Wetten vormen aldus in zekere mate een uitdrukking van de maatschappelijke wil, de «wil van het volk»: omdat de door burgers gekozen volksvertegenwoordiging de wetten mede vaststelt, worden de daarin vervatte normen geacht hun opvattingen over hoe de samenleving eruit moet zien uit te drukken, en worden die normen zo tevens door hen gelegitimeerd. De wet heeft aldus een normerende en legitimerende functie. Daarbij hebben wetten een instrumentele functie (zij worden ingezet om bepaalde beleidsdoelen te bereiken) en een waarborgfunctie (bijvoorbeeld tegen willekeurig overheidshandelen).<sup>17</sup>

<sup>15</sup> Recent bijvoorbeeld door de Raad voor het Openbaar Bestuur, *Een sterkere rechtsstaat. Verbinden en beschermen in een pluriforme samenleving*, maart 2020.

<sup>16</sup> E. Mak, «Rechter en wetgever in een globaliserende context: ieder voor zich of samen sterk?», in: H.R. Schouten (red.), *De verhouding tussen rechter en wetgever. Preadviezen voor de Nederlandse Vereniging voor Wetgeving*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2013, p. 54.

<sup>17</sup> Vgl. R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Besturen in de sociale rechtsstaat deel I*, Deventer: Kluwer 2017, p. 587 e.v.; F.J. van Ommeren, «Algemeen wetgevingsbeleid», in: S.E. Zijlstra (red.), *Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Deventer: Kluwer 2012, p. 99–146.

## i. «Uitbesteding» van het vaststellen van regelgeving

Het voorgaande brengt met zich dat de formele wetgever – het parlement en de regering gezamenlijk – de beste papieren heeft om in een democratische rechtsstaat algemeen geldende regels vast te stellen. Dit «primaat van de wetgever» houdt in dat de wetgever zelf de voornaamste rechtspolitieke keuzes over de inhoud van het recht in wettelijke regelingen moet maken en kan worden beschouwd als een normatieve aanscherping of invulling van het legaliteitsvereiste.<sup>18</sup> Dat neemt niet weg dat delegatie om redenen van bijvoorbeeld doelmatigheid en flexibiliteit noodzakelijk kan zijn. De formele wetgever zal daarom moeten selecteren welke voorschriften hij in een formele wet vastlegt en waar hij andere (lagere) organen de bevoegdheid geeft om nadere regelgeving vast te stellen. Daarbij zal hij zich steeds moeten afvragen of de wens om bijvoorbeeld flexibele regels te kunnen stellen, opweegt tegen de inperking van het primaat van de wetgever.<sup>19</sup>

De wetgever past steeds vaker zeer ruime delegatie van regelgevende bevoegdheden toe. Daarnaast bedient hij zich vaker van kaderwetgeving, waarbij de wet in formele zin slechts algemene, open normen en beginselen en procedures bevat. Ook overigens bevat wetgeving in formele zin steeds vaker globale normen. Die trend hangt samen met de hiervoor genoemde groei van het takenpakket van de overheid en de snelle veranderingen in de samenleving. Deze ontwikkelingen nopen ertoe dat de wetgever en (andere) regelgevers wendbaar moeten kunnen opereren.<sup>20</sup>

Daarbij moet evenwel niet uit het oog worden verloren dat op grote schaal «uitbesteden» van het vaststellen van regelgeving van invloed is op de verhouding en het evenwicht tussen de verschillende staatsmachten. Het door de formele wetgever uitbesteden van regelgeving leidt er immers toe dat ánderen – zoals bestuursorganen, toezichthouders en ook rechters – normen zullen moeten formuleren.<sup>21</sup> Normering zal aldus meer geschieden door organen die niet (direct) democratisch zijn gelegitimeerd. Daarmee komen zowel de normerende en de legitimerende, alsook de waarborgfunctie van de wet onder druk te staan. Het is daarom van groot belang dat regering en parlement zichzelf de tijd en de ruimte geven voor het maken van afwegingen die alleen zij – gezamenlijk, als wetgever – kunnen maken, ondanks de omvang van hun takenpakket en de grote uitdagingen waarvoor zij worden gesteld door elkaar snel opvolgende veranderingen in de samenleving.<sup>22</sup>

Het werken met open normen of het overlaten van normstelling aan regering, Ministers of decentrale overheden (delegatie, decentralisatie) heeft consequenties voor de drie staatsmachten en hun onderlinge verhouding en evenwicht. In de eerste plaats betekent het een terugtrek

<sup>18</sup> Ar. 2.19 van de Aanwijzingen voor de regelgeving. S.E. Zijlstra (red.) e.a., *Wetgeven*, Deventer: Kluwer 2012, p. 258. De term «primaat van de wetgever» is geïntroduceerd door de commissie-Polak in het rapport *Orde in de regelgeving*, Den Haag 1985.

<sup>19</sup> Commissie-Polak, *Orde in de regelgeving*, Den Haag 1985, p. 44. In 2013 was ongeveer 20% van de geldende regelgeving in wetten in formele zin neergelegd; de rest betrof (gedeelde) bestuursregelgeving. Kamerstukken I 2013/14, 31 731, F.

<sup>20</sup> Zie over de gevolgen van digitalisering bijv. R. Passchier, «Digitalisering en de (dis)balans binnen de trias politica», *Ars Aequi* 2020/0916.

<sup>21</sup> In dit verband wordt wel gesproken van «terugtrek van de wetgever», bijvoorbeeld door E.M.H. Hirsch Ballin, *De rol van de wetgever: vijftig jaar verder*, Preadvies voor de jaarvergadering 2019 van de Nederlandse Vereniging voor Wetgeving, par. 1 e.v. Hij borduurt verder op onder meer T. Koopmans, «De rol van de wetgever», in: in: H.C.F. Schoordijk, W.C.L. van der Grinten, C.H.F. Polak & G.E. Langemeijer (Eds.), *Honderd jaar rechtsleven: de Nederlandse Juristen-Vereniging 1870–1970*, Zwolle: Tjeenk Willink 1970, p. 221–235.

<sup>22</sup> Raad van State, *Jaarverslag 2018. De waarde van de wet en van het wetgevingsproces*, p. 29.

van de wetgever ten opzichte van het bestuur. In de tweede plaats bestaat bij het gebruik van open normen die in de praktijk een nadere invulling behoeven het risico dat de positie van de rechter onder vuur komt te liggen als deze aan die normen invulling moet geven.<sup>23</sup>

## ii. Internationalisering en Europeanisering

Hiervoor is opgemerkt dat de nationale rechtsorde sterk verweven is geraakt met de internationale en Europese rechtsorde. De status van het «gewone» internationale recht in de nationale rechtsorde wordt door het nationale (constitutionele) recht bepaald. De doorwerking en voorrang van het internationale recht binnen de Nederlandse rechtsorde gelden op grond van – en binnen de grenzen van – ongeschreven constitutioneel recht in combinatie met de artikelen 93 en 94 van de Grondwet.<sup>24</sup> Voor het Unierecht gelden de rechtstreekse werking en voorrang ervan onafhankelijk van het nationale constitutionele recht, omdat de Europese Unie een supranationale rechtsorde vormt: een eigen, autonome rechtsorde waaraan lidstaten bevoegdheden tot wetgeving, rechtspraak en bestuur hebben overgedragen.<sup>25</sup>

Zowel internationale als Europese wetgeving wordt primair vastgesteld in verdragen en in regelingen afkomstig van door die verdragen geconstitueerde organen. Dat maakt dat de democratische legitimatie een andere is dan bij nationale wetgeving, maar betekent niet dat de nationale parlementen daarbij geen rol spelen.<sup>26</sup> Van belang is dan wel dat ten aanzien van ten minste de belangrijkste en meest ingrijpende verdragen tijdige en adequate parlementaire betrokkenheid en – waar mogelijk of noodzakelijk – toetsing plaatsvindt.<sup>27</sup>

Net als bij voorgenomen wetgeving in formele zin dient de wetgever zich er voorts van te vergewissen dat verdragen in overeenstemming zijn met de Grondwet. Die toets is aan de wetgever voorbehouden; de Grondwet verbiedt de rechter te treden in de grondwettigheid van verdragen.<sup>28</sup> Bij de totstandkoming van nationale wetgeving moet de wetgever zich voorts rekenschap geven van internationale en Europese regelgeving door te bezien of vast te stellen regels overeenstemmen met de normen van internationaal en Europees recht die in Nederland van kracht zijn.

### *b. De rol van de rechter*

De Grondwet regelt in de artikelen 112–121 enige hoofdlijnen ten aanzien van de rechterlijke competentie en de waarborgen voor de rechterlijke onafhankelijkheid, maar zegt niets over hoe de rechter de aan hem voorgelegde geschillen moet beoordelen. Enige belangrijke uitgangspunten daarvoor zijn opgenomen in de Wet algemene bepalingen.<sup>29</sup> Daarin staat dat de rechter volgens de wet moet rechtspreken. Hij mag de innerlijke waarde of de billijkheid van de wet niet beoordelen. Verder móet

<sup>23</sup> Raad van State, *Jaarverslag 2018. De waarde van de wet en van het wetgevingsproces*, p. 20–22.

<sup>24</sup> C.A.J.M. Kortmann e.a., *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2016, p. 117; J.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2004.

<sup>25</sup> HvJ EG 15 juli 1964 (*Costa/ENEL*), zaak C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66.

<sup>26</sup> Parlementaire betrokkenheid bij de totstandkoming en goedkeuring van verdragen is geregeld in de Grondwet en in de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen. Parlementaire betrokkenheid bij de totstandkoming van Unierecht is onder meer geregeld in artikel 12, aanhef en onder a en b, van het VEU en het Protocol betreffende de rol van de nationale parlementen in de Europese Unie (Protocol 1).

<sup>27</sup> Vgl. in deze zin artikel 2, tweede lid, van de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen, dat op initiatief van (oud-) Kamerlid Taverne in de wet is opgenomen.

<sup>28</sup> Artikel 120 van de Grondwet.

<sup>29</sup> Wet van 15 mei 1829, *Stb.* 1829, 28.



hij uitspraak doen in de geschillen die hem worden voorgelegd. Die uitspraak dient te zijn toegesneden op het concrete geval en mag niet als algemene regel geformuleerd worden.<sup>30</sup>

Van belang voor de ontwikkeling van de rol van de rechter is dat niet alleen individuele personen, maar ook organisaties een geschil aan de rechter kunnen voorleggen.<sup>31</sup> Dat geldt zowel voor rechtspersonen die collectieve (gebundelde individuele) belangen behartigen als voor rechtspersonen die zijn gericht op een algemeen of ideëel belang. De mogelijkheden om zich als belangengroep tot de bestuursrechter te wenden zijn de afgelopen jaren enigszins ingekaderd.<sup>32</sup> In punt 2b is reeds benadrukt dat echter altijd is voorzien in toegang tot de rechter, waarbij de burgerlijke rechter als «restrechter» fungeert. De laatste jaren wordt daarvan door mondige burgers steeds meer gebruik gemaakt. Niet zelden gebeurt dat door organisaties die algemene of ideële belangen vertegenwoordigen en een collectieve actie initiëren.

#### i. Invulling geven aan open normen

In veel gevallen kan de rechter *grosso modo* voldoen aan de wettelijke uitgangspunten – rechtspreken volgens de wet; de innerlijke waarde van de wet niet beoordelen; geen algemene uitspraken doen – zoals hiervoor geformuleerd. Hij beziet dan een geval dat aan hem is voorgelegd vanuit de wettelijke voorschriften die erop van toepassing zijn. Vervolgens toetst hij het voorliggende feitencomplex aan die wettelijke voorschriften. Uit die toetsing volgt de beslissing. Steeds zal daarbij ook – zij het vaak impliciet – interpretatie door de rechter plaatsvinden, maar de ruimte voor rechtsvinding zal beperkt zijn. Er doen zich echter ook lastiger gevallen voor, bijvoorbeeld als de tekst van de wet minder duidelijk is, open normen bevat of aan de rechter doelbewust een zekere beoordelingsruimte laat. Ook kan het voorkomen dat er zelfs niet een onmiddellijk op het voorliggende feitencomplex toegesneden wettelijke regel voorhanden is. Het proces van rechtsvinding krijgt dan een meer autonoom karakter.<sup>33</sup> Voor de rechter is het lastig om dan «volgens de wet» recht te spreken en in sommige gevallen om een uitspraak te doen waarvan de implicaties niet verder reiken dan het concrete, voorliggende geval.

De hiervoor besproken trend om in formele wetgeving te werken met open normen of daarin normstelling aan de regering, bewindspersonen of decentrale overheden (delegatie) over te laten, werkt de toename van het aantal voor de rechter moeilijke gevallen in de hand. Als de wetgeving minder sturing geeft, zal de rechter gevraagd worden om alsnog de gewenste duidelijkheid te scheppen. Bij gebrek aan duidelijke toepasbare wettelijke normen zal de rechter dus genooddaakt zijn om meer aan rechtsvinding of rechtsvorming te doen om het recht nader te duiden. Het is onvermijdelijk dat de rechter, wanneer hij uitspraken doet met een rechtsvormend karakter, boven het belang van het geschil van partijen

<sup>30</sup> Artikelen 11 (De regter moet volgens de wet regt spreken: hij mag in geen geval de innerlijke waarde of billijkheid der wet beoordeelen); 12 (Geen regter mag bij wege van algemeene verordening, dispositie of reglement, uitspraak doen in zaken welke aan zijne beslissing onderworpen zijn) en 13 (De regter die weigert regt te spreken, onder voorwendsel van het stilzwijgen, de duisterheid of de onvolledigheid der wet, kan uit hoofde van regtsweigering vervolgd worden) van de Wet algemene bepalingen.

<sup>31</sup> Op grond van resp. artikel 3:305a BW en artikel 1:2, tweede en derde lid, van de Awb.

<sup>32</sup> Door afschaffing van de *actio popularis* in het bestuursrecht in 2005, door de (jurisprudentiële) eis dat «feitelijke werkzaamheden» in de zin van artikel 1:2, derde lid, van de Algemene wet bestuursrecht méér moet omvatten dan louter procederen (vgl. ABRVS 1 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BF3912) en door invoering van het relativiteitsvereiste in 2013 (artikel 8:69a van de Algemene wet bestuursrecht).

<sup>33</sup> G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 19–29.

uitstijgt en in zekere mate normstellend optreedt. Daarmee wordt tussen de rechter en de wetgever een vorm van «coproductie» bereikt. Dat is van invloed op het evenwicht tussen de staatsmachten.

## ii. Internationalisering en Europeanisering

Het bredere debat over de rol van de rechter is verscherpt sinds duidelijk is dat de toetsing door de nationale rechter aan doorwerkend internationaal recht aanzienlijke consequenties kan hebben. Aanvankelijk leek het internationale recht geen grote rol in de nationale rechtsorde te zullen gaan spelen.<sup>34</sup> Zo werd nauwelijks een beroep gedaan op het EVRM, laat staan aan de hand daarvan geoordeeld, maar vanaf de jaren »80 van de vorige eeuw veranderde dat.<sup>35</sup> Thans is de invloed van internationalisering en Europeanisering op de rol en positie van de rechter onmiskenbaar. Een meerlagige rechtsorde als de onze kent steeds vaker situaties waarin verschillende rechtsnormen gezamenlijk van toepassing zijn, zoals nationale wetgeving en constitutionele beginselen maar ook regels uit het Unierecht en het EVRM.

De nationale rechter is gebonden aan het Unierecht en het internationale recht, en in principe ook aan de jurisprudentie van internationale en supranationale rechters die daarop is gebaseerd. Hij beschikt echter nog immer over een zekere ruimte bij de interpretatie van deze rechtsregels in het licht van de concrete aan hem voorgelegde gevallen. Zo kan de nationale rechter vaststellen dat een regel van Unierecht een «*acte clair*» is, waarmee hij de betekenis in concreto vaststelt. Indien wel om een uitlegging van de regel wordt gevraagd, is het de nationale rechter die deze uitleg vervolgens dient toe te passen op het concrete geval. Ook kan de rechter uitspraken van het EHRM nader interpreteren in het licht van de nationale context. Het EHRM aanvaardt voorts dat aan de verdragsstaten een zekere beoordelingsruimte («*margin of appreciation*») moet worden gelaten bij de verwezenlijking van verdragsrechten binnen de eigen rechtsorde.

Niettemin is het voor de (inter)nationale rechter niet steeds eenvoudig om het internationale recht in individuele gevallen te interpreteren. Dat heeft er onder meer mee te maken dat niet alleen het volume van het internationale recht snel groeit, maar ook de aard ervan verandert. Daarbij is een «constitutionalisering» van het internationale recht waarneembaar: bij de toepassing en concretisering van het internationale recht door (inter)nationale rechters krijgen sommige bepalingen in mensenrechtenverdragen in toenemende mate de betekenis van open beginselen en idealen, die nadere duiding, uitwerking en ontwikkeling in rechterlijke uitspraken vereisen.

Daar komt bij dat het EVRM door het Straatsburgse hof als «*living instrument*» wordt gekenschetst, hetgeen met zich brengt dat het verdrag moet worden geïnterpreteerd in het licht van de huidige omstandigheden.<sup>36</sup> Het verdrag gaat als het ware «met de tijd mee». Dat betekent echter níet dat het EHRM aan de verdragsbepalingen om het even welke interpretatie kan geven. Integendeel: internationaal recht en het recht van de verdragsstaten gezamenlijk begrenzen de vrijheid die het Straats-

<sup>34</sup> Zo werd bij de behandeling van de ratificatie van het EVRM nog gedacht dat het verdrag vooral een declaratoire waarde zou hebben, aangezien de rechten die het verdrag waarborgt reeds lang in de Nederlandse samenleving als vanzelfsprekend werden erkend. Handelingen II 1953/54, p. 819.

<sup>35</sup> W. Sorgdrager, «De veranderende rol van de Nederlandse rechter», *Ars Aequi* 2020/0874.

<sup>36</sup> Een van de vroegste toepassingen: EHRM 25 april 1978 (*Tyrer t. Verenigd Koninkrijk*), appl.no. 5856/72, ECLI:CE:ECHR:1978:0425JUD000585672 (par. 31).

burgse hof bij de uitleg heeft, waarbij het Hof zich sterk laat leiden door de zorgvuldigheid waarmee in het wetgevingsproces aandacht is besteed aan noodzaak, proportionaliteit en subsidiariteit van de betreffende regeling.<sup>37</sup>

Aan de hand van beide soorten recht gaat het Hof ook na of sprake is van consensus op internationaal niveau of tussen de verdragsstaten. Als dat het geval is, kan dat voor het EHRM aanleiding vormen om een verdragsbepaling uit te leggen conform die consensus.<sup>38</sup> Is (nog) géén sprake van consensus, dan zal de rechter de verdragsstaten in beginsel een «*margin of appreciation*» laten. Ook acht het EHRM het in het belang van rechtszekerheid, voorzienbaarheid en gelijkheid vaak niet gewenst om zonder goede redenen van precedënten af te wijken.<sup>39</sup>

De Nederlandse rechter wordt steeds vaker gevraagd om bestuurlijk handelen en de onderliggende wetgeving te toetsen aan internationale mensenrechtenverdragen. De mogelijkheid om zich als belangengroep tot de rechter te wenden draagt hieraan bij. Als gezegd dient de nationale rechter daarbij de interpretatie die de internationale rechter aan verdragsbepalingen heeft gegeven in beginsel te volgen. De reikwijdte van die verdragsbepalingen is meestal ruim, zodat de (inter)nationale rechter in een voorgelegde kwestie doorgaans aan de hand van een proportionaliteitstoets beslist.<sup>40</sup> Daar komt bij dat het EHRM de bevoegdheid heeft om verdragsstaten te veroordelen wegens de schending van EVRM-rechten in individuele gevallen. Hierdoor is het werkveld van de nationale rechter ten opzichte van wetgeving en bestuur uitgebreid, en daarmee de controlerende macht van de rechter ten opzichte van de politieke machten.<sup>41</sup>

Als gevolg van het grotere werkveld heeft de rechter meer verantwoordelijkheid gekregen en is hij in een grotere spanningsverhouding komen te staan ten opzichte van de wetgevende en uitvoerende macht.<sup>42</sup> Recente maatschappelijke en politieke discussies in Nederland over de juiste rol van de rechter kunnen tegen deze achtergrond worden begrepen. Deze spanningsverhouding en discussies vergen veel van de rechter: hij staat er in zekere zin alleen voor. De democratisch gelegitimeerde wetgever kan immers wel de interpretatie van een nationale wettelijke regeling door de rechter corrigeren, maar veel minder makkelijk de uitleg van de rechter van het Europese, laat staan van het internationale recht. Niettemin is de rechter tot interpretatie gehouden; hij móet immers een uitspraak doen als hem een kwestie wordt voorgelegd en hij moet dat – wanneer het Unierecht of een ieder verbindende verdragsbepalingen betreft – aan de hand van dat hogere recht doen. In het licht van het evenwicht en de wisselwerking tussen de staatsmachten rust er dan ook een zware verantwoordelijkheid op de rechter als hij op het internationaal recht of

<sup>37</sup> Een sprekend voorbeeld is EHRM (Grote Kamer) 6 november 2017 (Garib t. Nederland), appl. n0. 43494/09, ECLI:ECHR:2017:1106JUD004349409, waarin het Hof de zorgvuldige behandeling van de «Rotterdam-wet» in de wetsprocedure zwaar liet meewegen in zijn oordeel dat deze wet niet met het EVRM in strijd was.

<sup>38</sup> O.a. EHRM 12 november 2008 (*Demir en Baykara t. Turkije*), appl.no. 34503/97, ECLI:CE:ECHR:2008:1112JUD003450397 (par. 85).

<sup>39</sup> O.a. EHRM 17 september 2009 (*Scoppola t. Italië II*), appl.no. 10249/03, ECLI:CE:ECHR:2009:0917JUD001024903 (par. 104).

<sup>40</sup> A.E.M. Leijten, «De evolutie van mensenrechten en haar wisselwerking met de trias», *Ars Aequi* 2020/0901.

<sup>41</sup> Voorgaande opmerkingen doen tot op zekere hoogte ook opgeld voor het Unierecht en het Hof van Justitie van de EU (HvJEU). Vanwege het eigenstandige, autonome karakter van de EU-rechtsorde en de rol van de nationale rechter als Unierechter ligt dat evenwel gecompliceerder. In deze voorlichting wordt daarom hier niet uitvoerig op ingegaan.

<sup>42</sup> E. Mak, «Rechter en wetgever in een globaliserende context: ieder voor zich of samen sterk?», in: H.R. Schouten (red.), *De verhouding tussen rechter en wetgever. Preadviezen voor de Nederlandse Vereniging voor Wetgeving*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2013, p. 53.

Unierecht gebaseerde uitspraken doet die tot gevolg hebben dat nationale wetgeving of beleidsruimte opzij gezet wordt.<sup>43</sup>

### *c. De rol van het bestuur*

In een democratische rechtsstaat worden aan het bestuur hoge eisen gesteld, die vaak een tegenstrijdig karakter hebben. Enerzijds verwachten burgers dat het bestuur veel presteert en veel levert. Het bestuur dient effectief, efficiënt en snel te handelen, «klantvriendelijk» en flexibel te zijn en niet te verzanden in bureaucratische rompslomp.<sup>44</sup> Daarbij wordt het aangespoord om zoveel mogelijk maatwerk te leveren, door burgers liefst op individuele wijze zo goed mogelijk te helpen. Anderzijds moet tegelijkertijd aan de rechtsstatelijke vereisten van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid worden voldaan, die onder meer met zich brengen dat besluiten zorgvuldig worden voorbereid, in overeenstemming met het gelijkheidsbeginsel worden genomen en toereikend worden gemotiveerd. Dat levert spanning op.

De druk die bij het bestuur bestaat om alle regelgeving snel, adequaat en binnen het toegekende budget uit te voeren – waarbij het bestuur in verband daarmee niet zelden ook zélf nog regels moet vaststellen – wordt versterkt door het uitvergroten van incidenten in media en politiek. Het democratisch debat wordt dikwijls door incidenten en de daarop regelmatig volgende «regelreflex» – er moet en zal reparatiewetgeving komen – gedomineerd. Een gestructureerde gedachtewisseling met het parlement aan de hand van evaluaties van beleid en wetgeving blijft dan vaak achterwege.<sup>45</sup>

De hiervoor beschreven terugtrek van de wetgever werkt door in de handelwijze van het bestuur. Wanneer de wetgever terugtreedt, brengt dat, als gezegd, met zich dat het bestuur tot normstelling moet overgaan: de ruimte die de wetgever biedt, moet door het bestuur nader in regelgeving of beleidsregels worden ingevuld. Het primaat van de wetgever verschuift daarmee naar het bestuur, waardoor de normerende, legitimerende en waarborgfunctie van de wet onder druk komen te staan. Daarmee vergt die handelwijze van de wetgever veel van het bestuur. Ook internationalisering en Europeanisering zijn van invloed op de handelingsruimte van het bestuur, nu het in de uitvoering met méér en complexere regels te maken krijgt.

Daar komt bij dat «het» bestuur veelvormig is. Niet alleen de regering bestuurt,<sup>46</sup> maar ook vele andere organisaties. Een deel daarvan opereert niet volledig of zelfs beperkt onder de verantwoordelijkheid van een Minister. De uitvoering van veel overheidstaken is immers uitbesteed aan bijvoorbeeld zelfstandige bestuursorganen (zoals het UWV, de SVB of het CBR), of aan toezichthouders (zoals de AP, de AFM of DNB) die buiten de departementale organisatie zijn geplaatst en dus niet hiërarchisch ondergeschikt zijn aan een Minister. Hun handelen valt in principe niet onder de ministeriële verantwoordelijkheid, zodat het uitoefenen van parlementaire controle daarop maar beperkt kan plaatsvinden.<sup>47</sup> Dat

<sup>43</sup> Raad van State, *Jaarverslag 2019. Evenwicht in de rechtsstaat*, p. 10.

<sup>44</sup> Vgl. Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, oktober 2002, p. 257–258.

<sup>45</sup> Vgl. het ongevraagd advies over de ministeriële verantwoordelijkheid, 15 juni 2020, zaak nr. W04.20.0135/I (Kamerstukken II 2019/20, 35 300, nr. 78).

<sup>46</sup> Of, op decentraal niveau, gedeputeerde staten of het college van burgemeester en wethouders.

<sup>47</sup> Vgl. het ongevraagd advies over de ministeriële verantwoordelijkheid, 15 juni 2020, zaak nr. W04.20.0135/I (Kamerstukken II 2019/20, 35 300, nr. 78).

wringt met name als door deze instellingen nadere normstelling plaatsvindt.

#### **4. Aanknopingspunten voor een dialoog tussen wetgever, bestuur en rechter**

Juist in de huidige snel veranderende omstandigheden is het essentieel dat het evenwicht tussen de staatsmachten behouden blijft. Alleen dan kunnen zij de uitdagingen waarvoor zij worden gesteld gezamenlijk en adequaat het hoofd bieden. Bij het bewaren van dat evenwicht kan het voeren van een dialoog behulpzaam en zelfs noodzakelijk zijn. Hierna volgen hiertoe enige aanknopingspunten. De gestelde voorlichtingsvraag staat daarbij centraal: op welke wijze kan het lerend vermogen van wetgever en bestuur worden bevorderd door middel van een dialoog tussen de drie staatsmachten, met als doel de versterking van de kwaliteit van de rechtsbescherming van de burger?

##### *a. Voorwaarden voor een zinvolle dialoog*

Hiervoor is reeds aan de orde gekomen dat de ratio van het systeem van machtsverdeling erin is gelegen dat de staatsmachten elkaar wederzijds beïnvloeden, aanvullen, versterken en begrenzen, zónder dat sprake is van een eenzijdig primaat van één van hen. Idealiter vindt een wisselwerking tussen het handelen van de staatsmachten plaats. Zij dienen, elk in hun eigen hoedanigheid, complementair te opereren, zodat zij ieder afzonderlijk, maar ook in gezamenlijkheid zoveel mogelijk bijdragen aan het optimaal functioneren van de democratische rechtsstaat, gericht op het belang van de burger.

Wetgever, bestuur en rechter zijn dus noodzakelijkerwijs partners en dienen elkaar – teneinde een vruchtbare dialoog mogelijk te maken – ook daadwerkelijk als zodanig te beschouwen. Zij hebben een gedeelde verantwoordelijkheid als het gaat om het functioneren van de democratische rechtsstaat. Dat neemt uiteraard niet weg dat zij daarin elk een eigen rol vervullen. Om een zinvolle dialoog tussen de staatsmachten te kunnen voeren, is het van belang dat elk van de staatsmachten zich bewust is van zijn eigen rol in de democratische rechtsstaat, alsmede van die van de andere staatsmachten. In dit verband is niet alleen essentieel dat zij reflecteren op hun eigen functioneren, maar ook dat zij zich daadwerkelijk verdiepen in elkaars functie, achtergrond en werkzaamheden. Rolvastheid en kennis van en respect voor elkaars positie zijn essentieel. Voorts dient die dialoog steeds plaats te vinden binnen de grenzen van de «*checks and balances*» voorzien in het model van de machtsverdeling en -scheiding. Deze grenzen brengen met zich dat het stellen van algemene regels in principe de taak van de wetgever is, dat het bestuur handelt conform die algemene regels en dat de rechter daarover desgevraagd een onafhankelijk en onpartijdig oordeel kan geven.

In het licht van het voorgaande dienen wetgever, bestuur en rechter zich te realiseren dat zij het vraagstuk van hun onderlinge functioneren vanuit hun eigen perspectief benaderen. Vast staat dat zowel de wetgever als de rechter rechtsvragen beantwoorden, elk vanuit hun eigen rol en expertise. De rechter beantwoordt rechtsvragen aan de hand van een concreet geschil en dient in beginsel binnen de grenzen van dat geschil tot beantwoording daarvan over te gaan. Tot die beantwoording is hij voorts gehouden; hij heeft niet de vrijheid om géén uitspraak te doen. Dat geldt ook als de rechter wordt gevraagd te toetsen of het (uitblijven van) beleid van de overheid in overeenstemming is met de wet en het recht, zelfs als een dergelijke uitspraak onvermijdelijk het terrein van de politiek raakt.

Het voorgaande neemt niet weg dat de beantwoording van rechtsvragen door de rechter geschiedt vanuit een onpartijdige positie en los van (partij)politieke druk. Dit geldt niet voor de wetgever, die juist binnen het politieke krachtenveld moet komen tot de beantwoording van een rechts- of beleidsvraag die vervolgens toepasselijk is op een potentieel onbegrensd aantal gevallen. De wetgever is bij uitstek democratisch gelegitimeerd om algemene regels te stellen. Bovendien is hij in doorsnee beter in staat de gevolgen van zijn daarbij gemaakte keuzes in te schatten; hij heeft daarvoor meer ruimte, middelen en expertise tot zijn beschikking dan de rechter.<sup>48</sup> Het is voor hem En hijbovendien veel gemakkelijker om van die keuzes in het licht van de gebleken, soms onvoorziene gevolgen terug te komen.

In dit verband is van belang dat de wetgever de positie van het bestuur nadrukkelijk betreft in zijn afwegingen. En dat behoort de rechter ook te doen. Het is immers het bestuur dat in eerste instantie met de regels van de wetgever aan de slag gaat. Het is van groot belang dat de wetgever en de rechter zich hiervan rekenschap geven. Wetten moeten niet alleen voor de burger, maar ook voor het bestuur – waaronder de uitvoeringsorganen en -organisaties – «doenbaar» zijn.

Voor een zinvolle dialoog is het voorts van belang dat wetgever, bestuur en rechter daadwerkelijk de bereidheid tonen om met elkaar in dialoog te treden. Dat veronderstelt regelmatige bezinning ten aanzien van het eigen handelen, maar juist een zekere mate van terughoudendheid bij het formuleren van het eigen standpunt over het functioneren van de andere twee staatsmachten. Het is belangrijk dat er steeds draagvlak is om van elkaar te leren. Het veronderstelt tevens dat zowel de wetgever als het bestuur en de rechter bij het nemen van beslissingen aandacht besteden aan het duidelijk weergeven van de afweging van de belangen die daaraan ten grondslag heeft gelegen. Een dialoog kan immers alleen plaatsvinden als de deelnemers door elkaar voldoende in de gelegenheid worden gesteld om op elkaar te reageren. In verband met het voorgaande worden hierna enkele handelingsperspectieven voor wetgever en bestuur geschetst. In de punten die daarna volgen gaat de Afdeling dieper in op de terugkoppeling van rechterlijke uitspraken aan wetgever en bestuur en – daaraan voorafgaand – anticipatie van wetgever en bestuur op een rechterlijke beoordeling.

#### *b. Handelingsperspectieven voor wetgever en bestuur*

Zoals hiervoor al is opgemerkt: de wet vormt in beginsel de basis voor het handelen van de overheid. Deze basis moet van hoge kwaliteit zijn. Is dat niet het geval, dan leidt dat tot problemen voor het bestuur, de rechter en de burger.<sup>49</sup> In dit verband is van belang dat een reeds lang voorschrijdende «terugtred van de wetgever» wordt geconstateerd, waarmee wordt bedoeld dat de formele wetgever zich vaker bedient van kaderwetgeving en open normen en dat hij bovendien zeer ruim delegeert. Dit heeft – zoals hiervoor is beschreven – consequenties voor de drie staatsmachten en hun onderlinge verhouding.

<sup>48</sup> J.C.A. de Poorter, «De rechterlijke functie in de veranderde democratische rechtsstaat», *NJB* 2014/4.

<sup>49</sup> J.H. van Kreveld, «Worstelen met de wet, wie is aan zet? Op weg naar HOPE», *RegelMaat* 2018, nr. 5, p. 274–291, die stelt dat een wet die voor de rechter goed hanteerbaar is, helder moet zijn over haar bedoeling, overtuigend moet zijn naar haar inhoud en onderbouwing en proportioneel moet zijn tegenover een ieder.

Er zijn in de loop der jaren verschillende oorzaken aangewezen voor de terugtred van de wetgever en de daarmee gepaard gaande afkalking van de normerende, legitimerende en waarborgfunctie van de wet. Naast de snel veranderende samenleving, die een grote omvang aan ordenende, soms snel te wijzigen regelgeving vereist, ligt een oorzaak in het wetgevingsproces. Het zwaartepunt van de wetgevende activiteit ligt minder – zoals in de klassieke *trias*-gedachte – bij het parlement, en meer bij regering en ministeries. Daarbij ligt de nadruk sterk op de instrumentele functie van wetgeving: wetgeving als middel om een bepaald beleidsdoel mee te bereiken. Fractiediscipline, een sterke binding aan het regeerakkoord en de grote tijds- en mediadruk waaronder doorgaans wordt gehandeld versterken het risico van totstandkoming van uit rechtsstatelijk oogpunt zwakkere regelgeving.<sup>50</sup>

Wetten zijn het gereedschap waarmee het bestuur en de rechter moeten werken. Hoe beter de wetsbepalingen zijn toegesneden op de gevallen die zij onderhanden krijgen, hoe geschikter de wet is voor het doel dat zij dient, en des te beter ook het bestuur en de rechter ermee uit de voeten kunnen als zij in een concreet geval moeten beslissen. Daarom is het van groot belang dat de wetgever zich steeds zoveel als mogelijk bewust is van de gevolgen van de reikwijdte van de normen die hij in het leven roept. Daarbij dient hij in voorkomende gevallen uitdrukkelijk een afweging te maken, waarin zowel de normerende en legitimerende functie van de wet als de ratio en omvang van de gewenste flexibiliteit van het regelcomplex worden betrokken. Tegen deze achtergrond moeten toe te kennen bevoegdheden zo duidelijk mogelijk worden afgebakend, zodat een zo helder mogelijk afwegingskader voor concrete gevallen wordt gecreëerd. De Afdeling benadrukt dat alle bij het wetgevingsproces betrokken actoren hierop bedacht moeten zijn: de ministeries, het parlement te samen met de regering en – als het gedelegeerde regelgevende bevoegdheden betreft – de regering en de individuele Ministers.

Voorts is het van belang dat de wetgever zijn belangrijkste wetgevende producten op regelmatige basis zorgvuldig evalueert. Het is van belang dat ervaringen van het bestuur en de rechtspraak in deze evaluaties structureel worden betrokken.<sup>51</sup> Eventuele onvolkomenheden kunnen op grond van dergelijke evaluaties en het daarop volgende debat worden hersteld. Op die manier kan de hiervoor genoemde «regelreflex» naar aanleiding van toevallige incidenten zoveel mogelijk worden voorkomen.

Voor het bestuur geldt dat het wetten moet toepassen en uitvoeren in een complexe maatschappelijk-juridische context. Eventuele knelpunten in de regelgeving komen veelal eerst dan aan het licht. De handelwijze van het bestuur moet zoveel mogelijk zijn gericht op het algemeen belang en zijn democratische legitimatie. Het bestuur moet zich bewust zijn van de wettelijke normen die het moet implementeren en het constitutionele kader waarbinnen het opereert, en met het oog daarop tot een zo volledig mogelijke belangenafweging komen. Goede motivering van beslissingen is voorts essentieel: op die manier wordt niet slechts voor degene tot wie een besluit zich richt duidelijk op welke wijze de belangenafweging van het bestuur heeft plaatsgevonden, maar in voorkomende gevallen ook voor de rechter.

<sup>50</sup> M.C. Burkens e.a., *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2017, p. 195.

<sup>51</sup> R.M. van Male, »Is terugkoppeling naar de wetgever een taak van de bestuursrechter?«, *RegelMaat* 2018, p. 376–377.

## 5. Anticipatie van wetgever en bestuur op een rechterlijke beoordeling

De vraag die de Afdeling in het kader van dit voorlichtingsverzoek is gesteld betreft de mogelijkheden van *terugkoppeling* – dus *achteraf, ex post* – door de rechter (aan wetgever en bestuur) van zijn ervaringen met de resultaten van wet- en regelgeving en bestuurlijk handelen; dat alles met het oog op verbetering van de kwaliteit van die resultaten ten behoeve van de burger.

Voordat mogelijkheden van terugkoppeling worden afgetast, dient te worden benadrukt dat wetgeving en daarop gebaseerde regels en beleid ten aanzien van de uitvoering door het bestuur idealiter tot stand komen op basis van een gedegen analyse *vooraf, ex ante*, van de mogelijke effecten van die wetgeving en dat handelen. Ten behoeve van het opstellen van wetgeving is er uitgebreid wetgevingsbeleid geformuleerd, dat voorziet in toetsing en normen waarmee is beoogd de kwaliteit van wetgeving te waarborgen, met het oog op de te verwachten effecten en te bereiken resultaten. Daarbij wordt ook rekening gehouden met de uitvoerbaarheid van wetgeving voor het bestuur en de burgers, alsmede met de mogelijke beoordeling daarvan door de nationale en eventueel internationale of supranationale rechters.

Zo dienen bewindslieden en de onder hen ressorterende wetgevingsjuristen en beleidsmakers de Aanwijzingen voor de regelgeving in acht te nemen bij het opstellen van wetgeving.<sup>52</sup> Deze aanwijzingen bevatten eisen aan de vormgeving van wet- en regelgeving en het proces waarin deze tot stand komen.

Ontwerpwetgeving moet voorts worden getoetst aan het Integraal afwegingskader voor beleid en regelgeving (IAK<sup>53</sup>), waarbij vragen moeten worden beantwoord die onder meer betrekking hebben op het doel van de wet, de rechtvaardiging voor overheidsinterventie en de gevolgen van wetgeving voor burgers, bedrijven en overheid.

In 2018 is het IAK aangevuld met een «doenvermogenstoets», die systematisch aandacht vraagt voor de gevolgen van wetgeving voor de (mentale) belasting van de burger. Daarnaast zijn er diverse meer specifieke vormen van toetsing van ontwerpwetgeving, zoals een uitvoerings- en handhaafbaarheidstoets, een regeldruktoets (door het Adviescollege Toetsing Regeldruk) en een wetgevingstoets (door het Ministerie van Justitie en Veiligheid). Ontwerpregelgeving wordt voorts beoordeeld aan de hand van op sectoren en typen effecten gerichte toetsen (zoals bedrijfs- en milieu-effecten, gevolgen voor decentralisatie en effecten voor persoonsgegevensbescherming). Ten slotte worden concept-wetsvoorstellen aan het publiek voorgelegd in de vorm van openbare internetconsultaties, om de betrokkenheid (in de vorm van informatie, kritiek etc.) van burgers, bedrijven en instellingen te verzekeren.

Van belang is ten slotte dat de Afdeling advisering als laatste adviseur in haar adviezen uiteraard ook en vooral ingaat op de kwaliteit van de voorgelegde ontwerpregelgeving. Ten eerste legt zij een juridische toets aan, waarbij het met name gaat om de coherentie van het rechtssysteem en het rechtsstatelijke gehalte van de voorgestelde regelgeving (de verenigbaarheid met hoger recht). In dat kader toetst zij aan maatstaven voortvloeiend uit hogere recht, zoals de Grondwet, het Statuut, verdragen

<sup>52</sup> Meest recente versie: Staatscourant 2017, 69426.

<sup>53</sup> Integraal afwegingskader voor beleid en regelgeving | Kenniscentrum Wetgeving en Juridische zaken (kcvj.nl)



en Unierecht). Daarbij wordt uit de aard der zaak beoordeeld in hoeverre de voorgestelde regeling de toets der kritiek zal kunnen doorstaan in het licht van de rechtspraak die op basis van dit hoger recht is ontwikkeld en redelijkerwijs te verwachten valt.

Daarnaast richt de Afdeling zich op een wetstechnische toets, waarbij het gaat om de logica, consistentie, terminologie en opbouw van de ontwerp-regeling. Ten slotte is er de beleidsanalytische toets, waarin bezien wordt in hoeverre de ontwerp-regeling een effectieve oplossing voor een probleem of opdracht vormt, en of de beoogde uitvoering daartoe adequaat is. In het kader van deze toets beoogt de Afdeling in toeneemende mate ook te bezien of de regeling niet alleen bestuurlijk uitvoerbaar is, maar ook of deze voor de burger «doenbaar» is. Ook deze laatste twee toetsen zijn voor een deel verweven met verwachtingen omtrent de rechterlijke toetsing.

Het spreekt voor zich dat de actoren die betrokken zijn bij de uiteindelijke totstandkoming van wetgeving – de wetgevingsjuristen, beleidsafdelingen, adviesorganen en uiteraard de regering en het parlement – zich van de genoemde mogelijke feitelijke effecten rekenschap zullen geven, waaronder ook de bestaande en te verwachten jurisprudentie. Daarbij zullen de hiervoor genoemde effecttoetsen en normatieve beoordelingen uiteraard een rol spelen, in het bijzonder in termen van proportionaliteit, subsidiariteit en effectiviteit. Dat geldt des te meer als bestaande jurisprudentie de aanleiding voor het voornemen tot wetswijziging is geweest.

De relevante jurisprudentie en de daarop betrekking hebbende analyses vanuit de rechtswetenschap zijn zeer goed beschikbaar en toegankelijk op het internet, waaronder in de (digitale) juridische tijdschriften. Op belangrijke uitspraken zal bovendien door de rechtsprekende instanties veelal zelf al de aandacht gevestigd zijn, door middel van een persbericht, een mededeling op de website of het jaarverslag.

## **6. Terugkoppeling aan wetgever en bestuur: de gebruikelijke route van de rechterlijke uitspraken**

Hoe goed ook de voorbereiding van regelgeving en beleid heeft plaatsgevonden, het valt toch niet uit te sluiten dat deze niet in alle gevallen de toets van de rechterlijke kritiek kunnen doorstaan. Wetgevers en bestuursorganen kunnen niet alles vooraf voorzien; de werkelijkheid blijkt achteraf nogal eens anders, complexer te zijn dan was ingeschat; soms moest regelgeving onder hoge druk tot stand komen. Voor zover zij de mogelijke juridische kwetsbaarheid van hun regelgeving en beleid hebben voorzien, is het voor hen zinvol en bevredigend om te vernemen dat hun product de rechterlijke toetsing heeft doorstaan. Dat zal vaak het geval zijn, maar niet altijd.

Als hun product de rechterlijke kritiek niet heeft doorstaan, dan zal dat in de eerste plaats duidelijk worden op basis van een rechterlijke uitspraak in een individueel geval. De meest voor de hand liggende, structurele wijze van terugkoppeling door de rechter aan wetgever en bestuur is immers via zijn uitspraken. In de praktijk zal die terugkoppeling in eerste instantie niet aan de wet- of regelgever maar aan het bestuur gericht zijn, primair doordat het bestuur wordt geconfronteerd met een vernietiging van zijn concrete besluit. Dergelijke uitspraken zien – formeel – enkel op de individuele casus die aan de rechter is voorgelegd. Maar heel vaak hebben zulke uitspraken ook een relevantie die boven de specifieke zaak uitstijgt. Dat doet zich met name voor als de rechter een uitspraak doet waarin een abstracte norm, een algemeen beginsel of een open begrip

nadere invulling krijgt, of als het een zaak betreft die representatief is voor veel vergelijkbare gevallen. De uitspraak heeft dan niet slechts de functie om zo goed mogelijk uiteen te zetten waarom en hoe de rechter tot die uitspraak in dat individuele geval is gekomen, maar zij heeft óók een werking die boven het concrete geschil uitgaat, onder meer omdat mag worden verondersteld dat de rechter in volgende gevallen eenzelfde lijn zal volgen.

Een dergelijke uitspraak zal dan dus ook van meer generiek belang zijn, niet alleen voor het bestuur dat door die uitspraak inzake zijn individuele besluit getroffen wordt, maar ook voor de wetgever en andere regelgevers, en voor burgers, bedrijven en maatschappelijke instellingen. Op basis van dergelijke uitspraken zal het bestuur soms zijn beleid moeten wijzigen of zullen de wetgever of lagere regelgever moeten reflecteren op de vraag of de betreffende regeling aanpassing behoeft. Het ligt primair op de weg van het met zulke uitspraken geconfronteerde bestuur om daaraan door wijziging van beleid(sregels) te voldoen of waar nodig de betekenis van die uitspraken aan de regelgever te communiceren. Geconstateerd moet worden dat die terugkoppeling door het bestuur van jurisprudentie naar wetgevers en beleidsmakers lang niet altijd soepel verloopt: de gang van zaken omtrent (het onverbindend verklaren van) het alcoholslotprogramma en het stikstofbeleid wijst daar op.<sup>54</sup>

De rechter zal zich bij zijn uitspraken zo goed mogelijk rekenschap geven van het stelsel van machtspreiding, in die zin dat hij wil voorkomen dat hij op de stoel van het bestuur of de wetgever gaat zitten. Hij zal zich daarom terughoudend opstellen en zoveel mogelijk proberen te voorkomen dat hij een regeling of een vaste bestuurspraktijk opzij zet: daarmee komt hij immers dicht bij de functies van de wetgever en het bestuur. Als opzij zetten noodzakelijk is, zal hij de gevolgen van zijn uitspraak zoveel mogelijk trachten te begrenzen. Zo heeft hij, wanneer hij de concrete voorliggende toepassing van een lagere regeling of een bestuurspraktijk strijdig acht met hoger recht – met een bepaling van internationaal of Unierecht, een formele wet, een algemeen rechtsbeginsel – in het algemeen een voorkeur om die strijdigheid tot het concrete geval te beperken.

Voor zover een verdragsconforme interpretatie van de regeling of dat beleid niet mogelijk is,<sup>55</sup> volstaat de rechter dan met het buiten toepassing laten van de regeling of dat beleid voor dat ene specifieke geval. Dat impliceert dat hij openlaat dat die regeling in andere gevallen nog toepassing kan vinden. In het algemeen zal hij alleen wanneer blijkt dat de regeling structureel – als zodanig – niet deugt ertoe overgaan die regeling onverbindend of die beleidsregel als ontoelaatbaar te verklaren.<sup>56</sup>

Deze terughoudendheid geldt des te meer wanneer de rechter geroepen is om al dan niet uit te spreken dat een formeel-wettelijke bepaling of een bestuurlijke praktijk generiek in strijd is met een bepaling van internationaal of Unierecht. Correctie door wetgever en bestuur is bij zo een uitspraak immers moeilijk, en soms zelfs uitgesloten. De Nederlandse rechter zal daarom waar mogelijk een harmoniserende uitleg geven,

---

<sup>54</sup> Noemenswaardig in dit verband is daarentegen het Ministerie van Financiën, dat na een uitspraak van de Belastingkamer van de Hoge Raad (vermoedelijk veelal anticiperend aan de hand van een conclusie van de A-G) in staat is om binnen een week een reparatiewetsvoorstel te concipiëren.

<sup>55</sup> Zie bijvoorbeeld HvJEU 24 januari 2012 (*Dominguez*), C-282/10, ECLI:EU:C:2012:33.

<sup>56</sup> Zie ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622 (*Alcoholslotprogramma*), waarbij de Afdeling eerst na een reeks van eerdere uitspraken de betreffende ministeriële regeling onverbindend oordeelde.

waarbij hoger recht en nationaal recht met elkaar in overeenstemming worden gebracht.

Bovendien is de rechter voorzichtig waar het er om gaat bepalingen van internationaal recht als een ieder verbindende (rechtstreeks werkende, als zodanig door de nationale rechter toe te passen) toetsingsmaatstaven in de zin van artikelen 93 en 94 Grondwet aan te merken. In het algemeen zal hij bepalingen van internationaal recht met een instructie karakter – zoals bepaalde sociale mensenrechten – niet als rechtstreeks werkend aanmerken als deze tot nadere uitwerking door wetgeving en bestuur noodzakelijk zijn.<sup>57</sup> Daarbij zal ook het standpunt dat de wetgever bij de goedkeuring van het verdrag heeft ingenomen een belangrijke rol spelen.<sup>58</sup>

Wat betreft het Unierecht is hij overigens gebonden aan de uitleg die het Hof van Justitie geeft: als het Hof van oordeel is dat een bepaling van Unierecht rechtstreekse werking heeft, is de Nederlandse rechter verplicht die kwalificatie te volgen. Bij het toetsen door de Nederlandse rechter van nationale regelgeving en bestuurspraktijk aan de rechtstreeks werkende EVRM-bepalingen is relevant dat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens aan de nationale autoriteiten (waaronder de rechter) een beoordelingsruimte – «*margin of appreciation*» – laat. In het algemeen transposeert de Nederlandse rechter deze beoordelingsruimte naar wetgever en bestuur bij zijn eigen toetsing aan die bepalingen.<sup>59</sup>

Hoewel de rechter er de voorkeur aan geeft om te volstaan met verdragsconforme uitleg of het buiten toepassing laten van de wettelijke bepaling of bestuurspraktijk in het concrete geval (tenzij een wettelijke bepaling of bestuurspraktijk als zodanig met rechtstreeks werkend hoger recht strijdig is), zal hiermee niet altijd kunnen worden volstaan. Zeker wanneer een wettelijke bepaling *de iure* of *de facto* generiek onverbindend wordt verklaard zal veelal wetgevende arbeid nodig zijn om de strijdigheid met het hogere recht te kunnen opheffen. Omdat de rechter daarvoor niet is toegerust, zal een dergelijke uitspraak er dus toe moeten leiden dat de wetgever aan de slag moet gaan. In het algemeen zal de rechter de wetgever daarbij respijt laten en hem ruimte en tijd gunnen om de strijdigheid met het internationaal recht op te heffen.

Wanneer het gaat om gevallen waarin er voor de wetgever meerdere mogelijkheden open staan om de strijdigheid op te lossen, zal de rechter oordelen dat hij zelf geen keuze kan maken, nu het kiezen tussen een van de toelaatbare oplossingen gepaard gaat met politieke afwegingen en dus zijn rechtsvormende taak te buiten gaat.<sup>60</sup> Een dergelijke handelwijze – waarbij de wetgever eventueel een termijn wordt geboden of gesteld – wordt door het EHRM gerechtvaardigd geacht.<sup>61</sup>

<sup>57</sup> HR 30 mei 1986 (*Spoorwegstaking*), ECLI:NL:HR:1986:AC9402; met een nuancering van de lijn in HR 10 oktober 2014 (*Rookverbod I*), ECLI:NL:HR:2014:2928; HR 27 september 2019 (*Rookverbod II*), ECLI:NL:HR:2019:1449.

<sup>58</sup> HR 14 april 1989 (*Harmonisatiewet*), ECLI:NL:HR:1989:AD5725; HR 30 mei 1986 (*Spoorwegstaking*), ECLI:NL:HR:1986:AC9402; artikel 2, tweede lid, van de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen.

<sup>59</sup> N. Jak en J. Vermont, «De Nederlandse rechter en de margin of appreciation», *NJCM-bulletin* 2007, nr. 2, p. 125–140.

<sup>60</sup> Bijv. HR 23 september 1988 (*Naamrecht*), ECLI:NL:PHR:1988:AD0437; HR 12 mei 1999 (*Arbeidskostenforfait*), ECLI:NL:PHR:1999:AA2756. Zie ook J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten. Over effectieve rechtsbescherming, rechterlijk abstineren en de dialoog tussen rechter en wetgever* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer, 2013.

<sup>61</sup> EHRM 29 januari 2002 (*Auerbach*), appl.no. 45600/99, ECLI:CE:ECHR:2002:0129DEC004560099.

## 7. Terugkoppeling van wetstechnische onvolkomenheden: signaleringen

Naast de gebruikelijke terugkoppeling middels concrete rechterlijke uitspraken vindt sinds een aantal jaren een – op basis van uitspraken geïnspireerde – terugkoppeling van meer generieke ervaringen en observaties van de rechter aan de wetgever plaats. De Hoge Raad en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State beogen sinds enkele jaren om naar aanleiding van hun jurisprudentie geconstateerde onvolkomenheden in wetgeving meer generiek te *signaleren*, zodat de wetgever kan corrigeren, preciseren of aanvullen.<sup>62</sup> Het gaat hierbij onder meer om leemten in de wet, onduidelijke regelingen, regelingen die niet goed op elkaar zijn afgestemd en overgangsrecht.

De Hoge Raad maakt sinds 2017 van deze onvolkomenheden melding in zijn jaarverslagen.<sup>63</sup> De Afdeling bestuursrechtspraak koppelt terug via de Afdeling advisering. In 2006 is door de Afdeling advisering een eerste terugkoppeling neergelegd in een verzameladvies.<sup>64</sup> In 2016 is een interne signaleringscommissie ingesteld, waaraan onvolkomenheden worden voorgelegd die in de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak worden geconstateerd. Deze signaleringscommissie beslist over de doorgeleiding van de geconstateerde onvolkomenheden aan de Afdeling advisering. Daarin wordt vervolgens besloten of terugkoppeling naar de wetgever plaatsvindt. Die terugkoppeling geschiedt tot nu toe op directieniveau, waarbij de relevante uitspraken en de geconstateerde onvolkomenheden naar voren worden gebracht in het periodiek overleg met de departementen.<sup>65</sup>

Tot op heden ziet deze procedure op een afgebakende, juridisch-technische terugkoppeling, die grotendeels aan het zicht van de openbaarheid is onttrokken. De vraag rijst derhalve of, en zo ja, op welke manier het leervermogen van wetgever en bestuur – door middel van attendering op en signalering van relevante jurisprudentie – verder kan worden vergroot op een wijze die past binnen het systeem van machten-spreiding.

Om te kunnen bezien in hoeverre een nadere uitwerking van terugkoppeling-instrumenten behulpzaam kan zijn, is het van belang verschillende situaties te onderscheiden die samenhangen met de variatie in typen zaken die aan de bestuursrechter worden voorgelegd. De hierna volgende driedeling is daartoe een eerste, tentatieve opmaat, zonder pretentie van volledigheid.

---

<sup>62</sup> Zie over «terugkoppeling» reeds H. Drion, «Stellingen voor de jaarvergadering van de NJV op 19 oktober 1973», *NJB* 1975, p. 1036; C.H.F. Polak, «Hulp voor de wetgever. Jaarrede van de voorzitter», in: *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging. Deel 2*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1976, p. 11–12. Zie recent J.J. van Eck en R.K. Visser, «Wetgever en rechter: een vruchtbare wisselwerking», en M.W.C. Feteris, «Signalen van de Hoge Raad naar de wetgever», *RegelMaat* 2018, nr. 6, respectievelijk p. 380–385 en 349–362.

<sup>63</sup> Zie daarover A.G. van Dijk, «Terugkoppeling door de rechter, wat moet de wetgever daarvan vinden?», *RegelMaat* 2018, p. 363–369. Uit jaarverslag van de Hoge Raad over 2019 blijkt dat in dat jaar in vier keer een signaal aan de wetgever is afgegeven. De Tweede Kamer wordt geïnformeerd over het gevolg dat aan deze signalen wordt gegeven; vgl. Kamerstukken II 2019/20, 29 279, nr. 608.

<sup>64</sup> Kamerstukken II 2005/06, 30 300 VI, nr. 169.

<sup>65</sup> Op Europees niveau heeft in 2019 voor het eerst een terugkoppeling plaatsgevonden van de ACA, de Europese Vereniging van Raden van State en Hoogste Bestuursrechters, aan de Europese Commissie over knelpunten in Europese regelgeving. Zie (hierop anticiperend) J.J. van Eck en R.K. Visser, «Wetgever en rechter: een vruchtbare wisselwerking», *RegelMaat* 2018, nr. 6, p. 383.

(i) In de eerste plaats zijn er zaken waarin vooral wetstechnische onvolkomenheden aan het licht komen; zij kwamen hiervoor reeds aan de orde. Het gaat dan om onduidelijkheden of inconsistenties die door de rechter in het concrete, voorliggende geval kunnen worden opgelost, maar waarbij interventie van de wetgever aangewezen is in verband met de rechtszekerheid en systematische inpassing voor andere gevallen. Naar het oordeel van de Afdeling advisering kunnen deze kwesties zeer wel door de rechter aan de wetgever – al dan niet via een interface als de Afdeling advisering – worden teruggekoppeld, zonder dat daarmee het onderscheid in rollen en functies vervaagt. Weliswaar vindt die terugkoppeling dan in wezen twee keer plaats (namelijk via specifieke uitspraken en via het signaleringssysteem), maar de aandacht die een generieke terugkoppeling met zich brengt kan toch van toegevoegde waarde zijn. Er wordt dan immers nadrukkelijk gesignaleerd dat het gaat om een kwestie die de concrete uitspraak overstijgt en die mogelijk een generieke, door de wet- of regelgever te realiseren wetstechnische aanpassing vereist.

Primair wetstechnische terugkoppeling vergt structureel inzet, tijd en aandacht binnen de rechterlijke organisaties. Een dergelijke inzet kan mogelijk eveneens van de hoogste bestuursrechters worden gevraagd. Zij zullen het ook nuttig vinden terug te horen in hoeverre de terugkoppelingssignalen daadwerkelijk door de wetgever ter harte worden genomen: terugkoppeling door de bestuursrechter aan de wetgever zal mogelijk gestimuleerd worden en gerichter kunnen plaatsvinden als aan de bestuursrechter inzicht wordt verschaft over wat er daadwerkelijk met zijn signalen is gebeurd. Voor wat betreft de vorm waarin dit plaatsvindt, kan worden gedacht aan de wijze waarop de terugkoppeling door de Hoge Raad is vormgegeven, namelijk door middel van een weergave daarvan in het Jaarverslag, waarna het parlement middels een Kamerbrief op de hoogte wordt gesteld van de wijze waarop de signaleringen op de verschillende ministeries worden opgepakt.

(ii) In de tweede plaats zijn er vragen op systeemniveau die betrekking hebben op het functioneren van de bestuursrechter. Daarbij gaat het met name om de uitleg van essentiële begrippen uit de Algemene wet bestuursrecht, maar ook om andere kernvragen die betrekking hebben op het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming, waaronder de betekenis van verdragsbepalingen zoals artikel 6 EVRM, die specifiek op de rechter zien. Om ervoor te zorgen dat de interpretatie binnen de bestuursrechtspraak door de verschillende gerechten zoveel mogelijk eensluidend is, is het van belang dat de hoogste bestuursrechters hierover afstemmen. Daarbij zijn belangrijke stappen gezet, zoals het overleg van de hoogste bestuursrechters via hun Commissie rechts-eenheid bestuursrecht, dat weliswaar de betrokken gerechten niet bindt, maar niettemin uitdrukking is van de gezamenlijke verantwoordelijkheid voor een uniforme uitleg.<sup>66</sup> Dit streven naar rechtseenheid is succesvol, en komt tot uitdrukking in uitspraken waarin de hoogste bestuursrechters een uniforme interpretatie ontwikkelen, zoals bijvoorbeeld in de jurisprudentie over de redelijke termijn onder artikel 6 EVRM.<sup>67</sup>

De wetgever heeft dit rechtseenheidsstreven de afgelopen jaren ondersteund, onder meer door zittingen van een Grote Kamer mogelijk te maken, waarin ook leden van andere hoogste bestuursrechtelijke colleges

<sup>66</sup> Zie hierover J.E.M. Polak, *Samenwerking van hoogste bestuursrechters aan rechtseenheid*, Maaskantlezing 2015; M.W.C. Feteris, «Rechtseenheid en rechtsvorming als gezamenlijke verantwoordelijkheid van hoogste rechters», *NJB* 2020, p. 2996–2998.

<sup>67</sup> ABRvS (Grote Kamer), 29 januari 2014 (*Redelijke termijn van 6 EVRM in niet-punitieve zaken*) ECLI:NL:RVS:2014:188, waarbij de zustercolleges zich hebben aangesloten.

zitting hebben, en een Advocaat-Generaal een conclusie kan nemen.<sup>68</sup> Op korte termijn zullen daarnaast kruisbenoemingen mogelijk zijn tussen de Afdeling bestuursrechtspraak en de Hoge Raad, en zal het instituut van de *amicus curiae* in het bestuursrecht generiek zijn plaats krijgen.<sup>69</sup>

Het ligt niet zo voor de hand om op dit terrein aan wetgever en bestuur terug te koppelen. Het gaat hier om rechtsvragen die behoren tot de kern van het werk van de rechter. Uiteraard kan wel van de rechter – veelal bij monde van de voorzitter of de president – verwacht worden dat hij nu en dan naar buiten treedt om een uiteenzetting te geven over het rechterlijk beleid van zijn college. Ook door middel van overzichtsuitspraken kan in dit verband terugkoppeling plaatsvinden. Dit gebeurt in de praktijk dan ook.<sup>70</sup>

(iii) Ten slotte zijn er gevallen en situaties waarvan niet evident is dat die (i) primair op het juridisch-technische bord van wetgever en bestuur liggen en dus zonder probleem voor terugkoppeling in aanmerking komen, dan wel (ii) in de kern van het rechterlijk handelen gesitueerd zijn en dus niet voor terugkoppeling in aanmerking komen. Het kan voorkomen dat een complexe regeling structureel tot problemen blijkt te leiden voor burgers (doenbaarheid) of het bestuur (uitvoerbaarheid), of dat de gevolgen van een bepaalde wetstoepassing zó verstrekkend zijn dat het de vraag is of de wetgever die gevolgen wel heeft voorzien of beoogd. Voorbeelden van dergelijke gevolgen vanuit burgerperspectief bezien zijn de problemen inzake het alcoholslotprogramma,<sup>71</sup> de kinderopvangtoeslag,<sup>72</sup> het resultaatgericht beschikken in het sociaal domein<sup>73</sup> en het opleggen van maatwerk bij boetes voor illegale woningverhuur.<sup>74</sup>

Dergelijke zaken zouden naar het oordeel van de Afdeling voor terugkoppeling in aanmerking kunnen komen, als zich een structureel probleem voordoet dat niet door individuele uitspraken van de bestuursrechter kan worden opgelost. Tegelijkertijd beseft de Afdeling dat dit mede een kwestie van rechterlijk beleid betreft, waar haar terughoudendheid past (zie hiervoor, punt 1b). De navolgende opmerkingen zijn dan ook slechts suggesties.

Ziet de Afdeling het goed, dan heeft de voorlichtingsvraag vooral betrekking op dit type structuurproblemen, in het bijzonder waarbij het gaat om burgers voor wie het administratieve systeem waaraan zij zijn onderworpen niet hanteerbaar («doenbaar») is. Waar zulke knelpunten met name uit voortvloeien, zijn situaties waarin een ict-gestuurd systeem van algemene regels inzake aanspraken op essentiële voorzieningen, te veel zelfredzaamheid van sommige burgers vraagt en bij het niet voldoen aan die regels harde sancties oplegt.<sup>75</sup> Op zichzelf is het zeer wel denkbaar dat zich in de loop der tijd een jurisprudentie ontwikkelt die uitwijst dat sprake is van onevenredige gevolgen voor deze groep burgers.

<sup>68</sup> Artikelen 8:10a, vierde lid en 8:12a van de Algemene wet bestuursrecht.

<sup>69</sup> Wet van 14 oktober 2020, Staatsblad 2020, 416.

<sup>70</sup> Zie recent bijvoorbeeld ABRvS 11 november 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2706, waarin de Afdeling bestuursrechtspraak een overzichtsuitspraak geeft over de betekenis van het relativiteitsbeginsel in het omgevingsrecht in brede zin.

<sup>71</sup> ABRvS 4 maart 2015 (*Alcoholslotprogramma*), ECLI:NL:RVS:2015:622.

<sup>72</sup> ABRvS 23 oktober 2019 (*Kinderopvangtoeslag*), ECLI:NL:RVS:2019:3536.

<sup>73</sup> CRvB 8 oktober 2018 (*Resultaatgericht indiceren*), ECLI:NL:CRVB:2018:3241

<sup>74</sup> ABRvS 2 december 2020 (*Boete bij woonfraude*), ECLI:NL:RVS:2020:2850.

<sup>75</sup> Zie de WRR, *Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op redzaamheid*, Den Haag 2017.

Terugkoppeling naar het bestuur in de vorm van gegrondverklaring van (hoger) beroepen, en in de vorm van een melding door de hoogste bestuursrechter aan de wetgever over het na verloop van tijd zichtbare patroon van een al te strikte besluitvorming, zou kunnen leiden tot aanpassing van regelgeving en bestuurspraktijk. Bredere terugkoppeling zou ook in gevallen als deze via de jaarverslagen kunnen plaatsvinden. Zo besteedt de Raad van State in zijn jaarverslag aandacht aan ontwikkelingen in de rechtspraak, waarbij tevens kwesties aan de orde komen die samenhangen met de kwaliteit van wetgeving of anderszins betrekking hebben op de hier bedoelde structuurproblemen.

Tegelijkertijd speelt hier de vraag van de grenzen van het optreden van de rechter binnen het stelsel van machtspreiding en -scheiding in volle omvang. De hoogste rechter ziet toch slechts een selectieve doorsnede van de gevallen, waarin de moeilijke zaken domineren. Het kan goed zijn dat zijn beeld van de juridisch-bestuurlijke werkelijkheid van de betreffende problematiek zeer onvolledig is (de ongelukkige uitzondering op de generiek aanvaardbare regel). Dat betekent nog meer dan bij zijn concrete rechtsprekende taak dat hij bij terugkoppeling van dergelijke zaken de grenzen van zijn functie en rol in acht neemt. Hij zal zich primair moeten beperken tot signaleren, en zich in principe niet mogen inlaten met politieke en beleidsmatige keuzes. Het formuleren van oplossingen zal hij *a fortiori* moeten nalaten.<sup>76</sup>

Het is bovendien de vraag of dergelijke problemen altijd optimaal en adequaat kunnen worden opgelost op basis van een signalering die pas na een aanzienlijke tijdsspanne kan plaatsvinden, en of niet binnen het betreffende besluitvormingssysteem en in het stelsel van rechterlijke toetsing zélf oplossingen zouden moeten worden gezocht. Daarover gaat punt 8.

## 8. Maatwerk

Er zijn verschillende varianten denkbaar bij het vormgeven van besluitvorming en rechtsbescherming waarin rekening kan worden gehouden met patronen die soms te weinig de menselijke maat of de noodzakelijke bestuurlijke ruimte in het oog houden.

Veelal heeft het bestuur binnen het kader van de toe te passen regelgeving beleids- en beoordelingsruimte, waardoor het mogelijk is om maatwerk aan de hand van maatstaven van evenredigheid en subsidiariteit te leveren. Het kabinet – en in het voetspoor daarvan ook de uitvoeringsorganisaties – is zich, mede in het fameuze WRR-rapport «*Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op redzaamheid*», meer dan ooit bewust van de noodzaak dat bestuursorganen deze ruimte benutten.<sup>77</sup>

Als de wettelijke regeling op zichzelf geen discretionaire ruimte bevat zijn er varianten om niettemin maatwerk te realiseren. In essentie komen die alle neer op vormen van hardheidsclausules of evenredigheidsmaatstaven, uiteenlopend van een schaal van zeer beperkt en specifiek naar veelomvattend en generiek.

(i) In de jurisprudentie wordt in uitzonderlijke gevallen ruimte geboden voor het *contra legem* buiten toepassing laten van stringente wettelijke regels, hetzij op grond van beginselen van behoorlijk bestuur – in het

<sup>76</sup> M.W.C. Feteris, «Signalen van de Hoge Raad naar de wetgever», *RegelMaat* 2018, p. 355 e.v.

<sup>77</sup> Zie onder meer Kamerstukken II 2019/20, 29 362, nr. 282, de kabinetsreactie op het onderzoek «Regels en ruimte – Verkenning maatwerk in dienstverlening en discretionaire ruimte».

bijzonder het beginsel dat legitiem opgewekt vertrouwen gehonoreerd moet worden – of op grond van algemene rechtsbeginselen. Dergelijke ongeschreven hardheidsclausules worden bijna nooit door de rechter aanvaard, en zien alleen op uitzonderlijke, niet door de wetgever verdisconteerde omstandigheden.<sup>78</sup> Zij zijn ook problematisch, omdat aldus door de rechter een buitenwettelijke uitzondering op de gelding van een op zichzelf rechtmatige regeling wordt gemaakt.

(ii) Meer voor de hand ligt het dat de wetgever zelf *hardheidsclausules* ten behoeve van de bestuurspraktijk formuleert, op de naleving en toepassing waarvan rechterlijke controle wordt uitgeoefend. Daarbij zijn verschillende varianten mogelijk, afhankelijk van de mate van specificiteit. Te denken valt aan een specifiek type bestuurshandeling op basis van een toegepaste clause in een specifieke bepaling.

(iii) Een volgende, verdergaande variant is die welke voor een bepaalde wet een algemene hardheidsclausule formuleert. Te denken valt aan de bepaling die recent, in reactie op de kinderopvangtoeslagaffaire, in de Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen (Awir) opgenomen is, artikel 13b, luidend:

«1. Bij het vaststellen van een beschikking op grond van deze wet, de daarop berustende bepalingen of een inkomensafhankelijke regeling weegt de Belastingdienst/Toeslagen de rechtstreeks betrokken belangen af, voor zover niet uit een wettelijk voorschrift of uit de aard van de uit te oefenen bevoegdheid een beperking voortvloeit.  
2. De voor een belanghebbende nadelige gevolgen van een beschikking als bedoeld in het eerste lid mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met die beschikking te dienen doelen.»<sup>79</sup>

(iv) De meest omvattende variant zou voor het bestuursrecht kunnen worden geformuleerd in een generiek voorbehoud in de vorm van voorrang van artikel 3:4, tweede lid, van de Awb ten opzichte van alle andere wettelijke regels. Deze regels zouden geen toepassing moeten vinden wanneer de nadelige gevolgen van die toepassing onevenredig zouden zijn in verhouding tot de met de regels te dienen doelen.<sup>80</sup>

Het evenredigheidsbeginsel speelt in het bestuursrecht reeds op omvangrijke terreinen een dominante rol – zoals al veel langer het geval is in het strafrecht en het burgerlijk recht. Allereerst valt te wijzen op artikel 3:4, tweede lid, van de Awb, dat daarnaast een nadere door artikel 6 EVRM ingegeven toespitsing heeft gekregen ten aanzien van de bestuurlijke boete (artikel 5:46 van de Awb). Daarnaast is de afgelopen jaren in de jurisprudentie ruimer invulling gegeven aan de norm van artikel 4:84 Awb, dat afgeweken moet worden van een beleidsregel als toepassing daarvan voor belanghebbenden gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de doelen van de beleidsregel.<sup>81</sup>

Deze bepalingen kunnen fungeren als maatstaven bij het toetsen van besluiten op basis van gebaseerd op discretionaire ruimte. Daarnaast kunnen lagere regelingen op grond van artikel 3:4, tweede lid, opzij gezet worden als deze te weinig ruimte bieden om evenredigheid in acht te nemen. Het evenredigheidsbeginsel ligt ook besloten in gelijkheids-

<sup>78</sup> J.H. van Kreveld, «Worstelen met de wet, wie is aan zet? Op weg naar HOPE», *RegelMaat* 2018, p. 285–286; CRvB 22 oktober 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:2607.

<sup>79</sup> Wet van 1 juli 2020, Staatsblad 2020, 227.

<sup>80</sup> Zie in deze zin M. Scheltema, «Wetgeving in de responsieve rechtsstaat», *RegelMaat* 2018, p. 127–128 en dezelfde, «De responsieve rechtsstaat: het burgersperspectief», *NTB* 2019/24.

<sup>81</sup> ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840.



normen en in de proportionaliteitsmaatstaven die in de beperkingsclausules van de fundamentele grondwettelijke, internationale en Europese vrijheidsrechten zijn opgenomen. Een uitbreiding van de werkingsfeer van dit beginsel naar andere terreinen past hierin, mede als reactie op repressieve elementen in het bestuursrecht.

In ieder geval moet worden geconstateerd dat in het bestuursrecht in toenemende mate de vraag speelt in hoeverre de sturingsystemen, bestuursorganen, uitvoerings- en handhavingsinstanties responsiever zouden moeten zijn, meer maatwerk zouden moeten leveren en bij hun handhaving en sanctionering grotere mildheid moeten betrachten. Daarvoor zijn verschillende mogelijkheden, zoals het hiertoe gebruik maken van discretionaire ruimte, en de hiervoor beschreven hardheidsclausules en generieke toepassing van het evenredigheidsbeginsel.

Tegelijkertijd moet benadrukt worden dat toepassing van het evenredigheidsbeginsel in op individuele gevallen toegespitste besluitvorming voor bestuursorganen, die vaak op efficiënte wijze enorme aantallen beschikkingen moeten produceren, buitengewoon lastig kan zijn. Daar komt bij dat veel souplesse met het oog op individuele omstandigheden lastig te verenigen is met het gelijkheidsbeginsel en de rechtszekerheid. Het wezen van wetgeven is immers het geven van *algemeen* verbindende regels. Het gaat het kader van deze voorlichting echter te buiten om hierin nadere overwegingen te formuleren: in essentie gaat het om de inherente spanning tussen de algemene regeling zonder aanzien des persoons, en de behoefte tot aan individuele oplossing met aanzien des persoons.

## 9. Samenvatting

Een goed functionerende democratische rechtsstaat is essentieel voor de stabiliteit van het politieke systeem en het vertrouwen van burgers in dat systeem en de overheid als geheel. De abstracte notie van de democratische rechtsstaat is hiervoor niet voldoende: burgers moeten concreet ervaren dat zij in een democratische rechtsstaat leven, zich gehoord voelen en zich daadwerkelijk beschermd weten tegen machtsmisbruik en willekeur. Reflectie op en onderhoud van de democratische rechtsstaat is daarom onontbeerlijk. Onderhoud van de rechtsstaat vergt dat daarin daadwerkelijk voldoende (ook in letterlijke, financiële zin) geïnvesteerd wordt, het begrip van de rechtsstaat bevorderd wordt en democratische betrokkenheid gestimuleerd wordt. Dit onderhoud vergt ook een echte dialoog tussen de staatsmachten.

### *a. Dialoog*

In het voorgaande zijn voor die dialoog – de wisselwerking tussen de staatsmachten – aanknopingspunten geformuleerd. Voor een zinvolle dialoog is het van belang dat elk van de staatsmachten zich bewust is van zijn rol binnen de democratische rechtsstaat en in dat verband regelmatig reflecteert op het eigen functioneren. Tegelijkertijd moet terughoudendheid worden betracht bij het formuleren van het eigen standpunt over het functioneren van de andere twee staatsmachten. Dat neemt niet weg dat de staatsmachten zich steeds bewust moeten zijn van de andere staatsmachten en zich met dat doel dienen te verdiepen in elkaars functie, achtergrond en werkzaamheden. Rolvastheid, begrip van en respect voor elkaars positie en de bereidheid om van elkaar te leren zijn essentieel voor een goede dialoog. Voorts dient die dialoog steeds plaats te vinden binnen de grenzen van de «*checks and balances*» voorzien in het model van de machtenspreiding en -scheiding.

Deze grenzen brengen met zich dat het stellen van algemene regels primair de taak van de wetgever is, dat het bestuur handelt conform die algemene regels en dat de rechter daarover desgevraagd een onafhankelijk en onpartijdig oordeel kan geven. Om de democratische rechtsstaat goed te laten functioneren, is het van belang dat de staatsmachten primair zijn gericht op een goede uitvoering van deze – enigszins versimpeld weergegeven – kerntaken. Daarbij moeten zij op elkaar gericht zijn, maar er tegelijkertijd voor waken niet in elkaars vaarwater te komen.

#### *b. Anticipatie van wetgever en bestuur*

Het lerend vermogen van wetgever en bestuur kan en moet in de eerste plaats binnen de bestaande context vorm krijgen. Bijzondere aandacht dient daarbij uit te gaan naar de voorbereiding van wetgeving en beleid. Hoe beter wetsbepalingen en beleid zijn toegesneden op de gevallen waarop zij betrekking hebben, hoe geschikter zij zijn voor het te dienen doel, en des te beter ook het bestuur en de rechter ermee uit de voeten kunnen als zij in een concreet geval moeten beslissen.

Daarom is het van groot belang dat de wetgever zich zoveel als mogelijk vergewist van de gevolgen van de reikwijdte van de normen die hij in het leven roept. Alle bij het wetgevingsproces betrokken actoren moeten daarom zoveel mogelijk anticiperen op de te verwachten werking van wetgeving en de mogelijkheid van – soms onvoorziene – neveneffecten. Uiteraard kan de wetgever niet alles voorzien en zal hij zich daar ook zeer wel bewust van zijn. Hij zal er in dat verband voor kunnen kiezen om wetgeving *achteraf* aan te passen als door rechterlijke uitspraken aan het licht komt dat die wetgeving op onderdelen niet of anders uitpakt dan hij had bedoeld. Maar ook kan hij besluiten om *vooraf* te voorzien in mogelijkheden voor maatwerk, bijvoorbeeld door het bestuur een beleids- en beoordelingsruimte te laten of – specifieke of meer generieke – hardheidsclausules voor de bestuurspraktijk te formuleren, indien hij van oordeel is dat daarmee geen afbreuk aan het gelijkheidsbeginsel of andere essentiële belangen wordt gedaan.

Ook het bestuur kan niet alles van tevoren voorzien. Daarom is het van belang dat het zich rekenschap geeft van de marges waarbinnen het opereert. Als blijkt dat zijn besluitvorming de rechterlijke toets der kritiek niet kan doorstaan, dient het bestuur zijn verantwoordelijkheid te nemen door zijn handelwijze aan te passen. Wanneer dat wijziging van de regelgeving vereist, dient het bestuur dat uitdrukkelijk naar de regelgever te communiceren. Wetgever en bestuur kunnen op die manier een substantiële bijdrage leveren aan de rechtsbescherming van burgers in concrete gevallen.

#### *c. Terugkoppeling*

De gebruikelijke wijze van terugkoppeling door de rechter inzake de werking van wet- en regelgeving en bestuurspraktijk is via zijn jurisprudentie: «de rechter spreekt door zijn uitspraken». Waar nodig zal hij daarbij afstemmen met andere rechterlijke colleges, en waar zinvol meer algemene lijnen trekken in de vorm van overzichtsuitspraken. De rechter zal gezien zijn rol waar mogelijk vermijden regelgeving of bestuurlijke praktijk generiek te doorkruisen. Soms zal het echter niet anders kunnen. De rechter zal, zeker wanneer het gaat om onverenigbaarheid van formele wetgeving met internationaal of Europees recht, waar mogelijk aan de wetgever ruimte laten om die onverenigbaarheid – binnen een bepaalde termijn – op te lossen.

De mogelijkheid van terugkoppeling door de rechter van ervaringen met wetgeving en bestuurspraktijk – *anders* dan via zijn concrete uitspraken – is naar het oordeel van de Afdeling aan beperkingen onderworpen. Het expliciet terugkoppelen door de rechter aan de wetgever van wetstechnische onvolkomenheden kan zinvol zijn. Weliswaar vindt die terugkoppeling ook in rechterlijke uitspraken plaats, maar de nadrukkelijke signalering dat het gaat om een kwestie die de concrete uitspraak overstijgt en die mogelijk generieke, door de wet- of regelgever te realiseren aanpassing vergt, heeft een zekere toegevoegde waarde. Daarbij geldt dat het oplossen van sommige van zulke wetstechnische onvolkomenheden – bijvoorbeeld in de sfeer van het overgangsrecht – van groot belang kunnen zijn voor de rechtsbescherming van de burgers in individuele gevallen.

Gevallen die in de kern van het rechterlijk oordelen en daarmee samenhangend rechterlijk beleid zijn gesitueerd, lenen zich naar het oordeel van de Afdeling niet goed voor terugkoppeling. Het onderscheid in rollen zou daarmee te zeer worden vervaagd, hetgeen het evenwicht tussen de verschillende staatsmachten zou verstoren.

Ten slotte zijn er gevallen en situaties waarvan niet evident is dat die primair op het juridisch-technische bord van wetgever en bestuur liggen en dus zonder probleem voor terugkoppeling in aanmerking komen, dan wel in de kern van het rechterlijk oordelen en beleid gesitueerd zijn. Daarbij zal het veelal gaan om complexe regelingen die structureel tot problemen blijkt leiden voor burgers (doenbaarheid) of het bestuur (uitvoerbaarheid), of dat de gevolgen van een bepaalde wetstoepassing zo verstrekkend zijn dat het de vraag is of de wetgever die gevolgen wel heeft voorzien of beoogd. Dergelijke zaken zouden naar het oordeel van de Afdeling mogelijk voor terugkoppeling in aanmerking kunnen komen, als deze niet door individuele uitspraken van de bestuursrechter structureel kan worden opgelost.

Tegelijkertijd beseft de Afdeling advisering dat dit mede een kwestie van rechterlijk beleid betreft, ten aanzien waarvan haar terughoudendheid past. Ook speelt hier de vraag van de grenzen van het optreden van de rechter binnen het stelsel van machtenspreiding en -scheiding in volle omvang. Dat betekent dat de rechter bij terugkoppeling van dergelijke zaken – nog meer dan bij zijn concrete rechtsprekende taak – de grenzen van zijn functie en rol moet bewaken. Hij zal zich primair moeten beperken tot signaleren, en zich in principe niet mogen inlaten met politieke en beleidsmatige keuzes en oplossingen. Waar mogelijk zouden de nevengevolgen van een bestuurlijke praktijk, die onevenredig kan uitwerken, geredresseerd moeten binnen het besluitvormingssysteem en de daaraan gekoppelde rechtsbescherming. In het bijzonder zou dat kunnen door het evenredigheidsbeginsel een sterkere positie toe te kennen.

#### *d. Ten slotte*

In de aanvang van deze voorlichting (punt 1b) constateerde de Afdeling advisering dat de term «dialogo» tussen de staatsmachten niet letterlijk opgevat diende te worden als een gesprek, maar als een binnen de trias plaatsvindende wisselwerking. Tegelijkertijd realiseert zij zich dat die wisselwerking op systeemniveau toch ook gebaat kan zijn bij daadwerkelijke gesprekken op persoonsniveau, tussen individuele vertegenwoordigers van de staatsmachten, waar mogelijk ook met andere stakeholders in het belang van de rechtsstaat, zoals de pers en de wetenschap, en uiteraard met inachtneming van de eigen rollen en posities. Een voorbeeld daarvan zijn de drie rechtsstaatsgesprekken die de Raad van

State de komende tijd voert. Het zou nuttig kunnen zijn als dergelijke gesprekken, die het begrip voor elkaars rol en positie kunnen bevorderen, op een meer structurele basis gevoerd zouden worden.

De vicepresident van de Raad van State,  
Th.C. de Graaf