

Rob Widdershoven

Eigenwijs Bestuursrecht

Rede

bij het afscheid van het ambt van
hoogleraar Europees bestuursrecht
aan de Universiteit Utrecht
op vrijdag 19 juni 2026

INHOUDSOPGAVE

HOOFDSTUK 1

Inleidende opmerkingen / 1

- 1.1 Bestuursrecht als new kid on the block / 1
- 1.2 Wettenrecht met ruimte voor 'eigenwijze' rechtsontwikkeling / 2
- 1.3 Het recht op effectieve rechtsbescherming van artikel 17 Grondwet / 5

HOOFDSTUK 2

Weg met het toetsingsverbod van formele wetten aan nationale rechtsbeginselen / 7

- 2.1 Inleiding / 7
- 2.2 Het toetsingsverbod naar geldend en toekomstig recht / 8
- 2.3 Het toegenomen constitutionele gewicht van effectieve rechtsbescherming / 12
- 2.4 Democratische controle van wetten geen alternatief voor rechterlijke controle / 13
- 2.5 Einde aan de discriminatie van niet door EU-recht en EVRM beschermde rechten / 14
- 2.6 De onterechte angst voor rechtsbeginselen zonder duidelijk normstelling / 15
- 2.7 Constitutionele dialoog tussen rechter en wetgever / 17
- 2.8 Balans / 19

HOOFDSTUK 3

Versterking van de waarborgen voor niet-bestrafende ingrijpende sancties / 21

- 3.1 Inleiding / 21
- 3.2 Bestrafende en niet-bestrafende sancties / 23
- 3.3 Onschuldpresumptie en bewijsrecht / 26
- 3.4 Verdedigingsrechten / 30
- 3.5 Legaliteit / 31
- 3.6 Evenredigheid / 33
- 3.7 Cumulatie en ingrijpende bestuurlijke sancties / 35
- 3.8 Balans / 37

HOOFDSTUK 4

Ambtshalve rechterlijke toepassing van het recht revisited / 39

- 4.1 Inleiding / 39
- 4.2 Van handhaving van het objectieve recht naar rechtsbescherming: civilisering van het bestuursproces / 40
- 4.3 Goedkeuring door het Hof van Justitie / 42

- 4.4 Uitzonderingen op de beperkte ambtshalve toepassingsplicht / 44
- 4.5 Effectieve rechtsbescherming met ambtshalve hulp van de rechter / 46
- 4.6 Verruiming ambtshalve toepassing door de bestuursrechter / 47
- 4.7 Balans / 50

HOOFDSTUK 5

Eindbalans / 51

Geraadpleegde literatuur / 55

Inleidende opmerkingen

1.1 Bestuursrecht als new kid on the block

(Europees) bestuursrecht

Voor u staat een hoogleraar (Europees) Bestuursrecht. Inmiddels ben ik ruim vier maanden met pensioen, maar ik vier mijn afscheid pas vandaag (19 juni 2026), omdat het dan hopelijk mooi weer is. Dat is wel zo prettig voor de feestelijkheden. In de geschreven tekst van deze rede¹ staat het woord Europees voorafgaand aan Bestuursrecht in mijn leeropdracht tussen haakjes. Formeel kloppen die haakjes niet, maar op deze manier maak ik duidelijk dat ik in mijn academische carrière het bestuursrecht en het recht van de Europese Unie, hierna aangeduid als Europees of Unierecht, in combinatie heb bestudeerd. Meer concreet hield ik mij al die jaren bezig met het Nederlandse bestuursrecht, het Europese recht en vooral de invloed van het Europese recht op het nationale bestuursrecht.

Het bestuursrecht is kort gezegd het 'recht voor, van en tegen het overheidsbestuur'.² Het bestudeert de organisatie en de bevoegdheden van de overheid, de rechtmatigheids- en behoorlijkheidsmaatstaven die de overheid in acht moet nemen in haar relatie met burgers, de rechten en plichten van burgers jegens die overheid en de rechtsbescherming van de burger tegen het handelen van de overheid. Die bescherming tegen de overheid kan worden beschouwd als de centrale missie van het bestuursrecht.³ Zij is in 2022 constitutioneel verankerd in artikel 17 Grondwet, een artikel waarbij in par. 1.3 verder wordt stilgestaan. Op alle hiervoor genoemde onderwerpen van bestuursrecht heeft het Europese recht invloed.⁴ Die invloed betreft het materiële recht van allerlei sectoren van bestuursrecht, zoals het omgevingsrecht, economisch recht en migratierecht, en in toenemende mate ook onderdelen van algemeen bestuursrecht, zoals de beginselen van behoorlijk bestuur, kwesties van rechtsbescherming, procesrecht en aansprakelijkheid en de handhaving van het recht. In deze afscheidsrede ligt de nadruk op het nationale bestuursrecht, maar maak ik ook de nodige uitstapjes naar het Europese recht.

De groei en bloei van het bestuursrecht en van de leerstoelhouder

Het bestuursrecht heeft een lange historie, maar de grote bloei ervan begint in de tweede helft van de jaren zeventig. In die tijd ging ik rechten studeren in Utrecht en schreven mijn

1 Ik bedank Rolf Ortlep en Melanie van Zanten voor hun commentaar op een eerdere versie van deze lezing.
2 Schlössels & Zijlstra (red.) 2024, p. 3. Zie voor vergelijkbare omschrijvingen van het bestuursrecht Van der Hoeven 1989; Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 1-4; Bröring & De Graaf (red.) 2022, p. 25.
3 Zo ook Ten Berge 2007, p. 1 en Ortlep 2020, p. 1.
4 Vgl. voor die invloed van het Unierecht op het algemene deel van het bestuursrecht Prechal & Widdershoven (red.) 2025. Zie voor de invloed op het procesrecht ook Verhoeven & Widdershoven 2024a, p. 225-290.

latere promotoren, Gio ten Berge en Frits Stroink,⁵ hun proefschrift. In die periode werd ook de algemene bestuursrechtspraak ingevoerd en ondergebracht bij de Raad van State. Verder was 1977 het laatste jaar van het roemruchte kabinet-Den Uyl, een kabinet dat nog geloofde in de overheid als oplosser van problemen en dat voor veel bestuursrecht zorgde, bijvoorbeeld voor het ruimtelijk en milieurecht. Het toenemende belang van het bestuursrecht werd vervolgens erkend bij de grondwetswijziging van 1983, toen de Grondwet werd verrijkt met artikel 107 lid 2. In dat artikel is bepaald dat de formele wetgever de algemene regels van bestuursrecht vaststelt. Die wet kwam er in 1994, de Algemene wet bestuursrecht.

Intussen was ik in 1989 in Utrecht gepromoveerd,⁶ waarna ik in 1997 werd benoemd tot hoogleraar, ook weer in Utrecht. De eerste jaren als Jean Monnet-hoogleraar met financiering uit Brussel, daarna als gewone hoogleraar. Die functie heb ik tot februari 2026 gedurende bijna dertig jaar vervuld. Halverwege die periode werd ik in 2013 benoemd tot advocaat-generaal voor het bestuursrecht en schrijf ik sindsdien met enige regelmaat conclusies op verzoek van de hoogste bestuursrechters, in kwesties die zij aan mij voorleggen. Tot zover mijn curriculum vitae. Spannender kan ik het niet maken. Terug naar het bestuursrecht.

Bestuursrecht in the picture

Door de gang van zaken die ik zo-even heel kort heb geschetst, was een rechtsgebied dat in het begin van de jaren zeventig een tamelijk marginale betekenis had en erbij kon worden gedaan door een hoogleraar privaatrecht, uitgedoofd tot een volwassen rechtsgebied, naast de klassieke rechtsgebieden privaatrecht, strafrecht en constitutioneel recht. *A new kid on the legal block*. Een rechtsgebied dat inmiddels ook steeds vaker de aandacht trekt in de media. De vestiging van een asielzoekerscentrum, de bouw van woningen voor starters of pensionado's, de maatregelen om stikstofuitstoot te beperken, de toekenning en intrekking van uitkeringen en toeslagen, de uitsluiting van studenten van een examen wegens fraude, de toekenning van de asielstatus aan een vluchteling, de boete van techbedrijven wegens schending van de Algemene Verordening Gegevensbescherming, de oplegging van een belastingaanslag, de boete voor een verkeersovertreding. Dat is allemaal bestuursrecht. Het gaat de ene keer om besluiten waarmee de overheid iets moois wil bereiken voor de burger, de andere keer ook om 'lelijke' besluiten. Het toeslagenschandaal spreekt op dit punt boekdelen. Hierna zal ik daaraan nog aandacht moeten besteden.

1.2 Wettenrecht met ruimte voor 'eigenwijze' rechtsontwikkeling

Ruimte voor rechtsontwikkeling

Het bestuursrecht is voor een belangrijk deel wettenrecht. Dat heeft alles te maken met het legaliteitsbeginsel, een van de kernbeginselen van de Nederlandse rechtsstaat, op grond waarvan een bestuursorgaan in beginsel alleen bindend gezag kan uitoefenen ten aanzien van burgers als dat orgaan daartoe een wettelijke bevoegdheid heeft.⁷ Ook het specifieke kader waarbinnen de bevoegdheid wordt uitgeoefend, wordt in beginsel door de wet bepaald.

Tegelijkertijd laat het bestuursrecht vaak de nodige ruimte voor nadere invulling van wettelijke begrippen en normen door bestuursorganen en bestuursrechters. Dat geldt bijvoorbeeld voor de drie b's: bestuursorgaan, belanghebbende en besluit, die de basis vormen voor de

5 Ten Berge 1978; Stroink 1978.

6 Widdershoven 1989.

7 Burkens e.a. 2022, p. 16-17 en p. 51-110.

bestuursrechtelijke rechtsbetrekking tussen de overheid en burger en bepalend zijn voor de toegang van de burger tot de bestuursrechter. Hoewel deze kernbegrippen al zo'n vijftig jaar door de rechter worden geïnterpreteerd, levert de inhoud ervan nog steeds discussie op en vormen ze een belangrijke bron voor conclusievragen van de hoogste bestuursrechters aan een advocaat-generaal.⁸ Die ruimte voor verdere ontwikkelingen betreft ook de beginselen van behoorlijk bestuur, de gedragsnormen voor bestuursorganen en rechten voor burgers. Deze worden al een kleine honderd jaar toegepast,⁹ maar nog steeds biedt de precieze inhoud ervan *food for thought*. *Harderwijk, Dakopbouw Amsterdam, Speelautomatenhal Vlaardingen*,¹⁰ voor bestuursrechtbeoefenaren verwijzen deze namen naar de recente rechtspraak van de hoogste bestuursrechters met betrekking tot de beginselen van evenredigheid, gerechtvaardigd vertrouwen, gelijke kansen en transparantie. Kortom, bestuursrecht is volop in ontwikkeling en biedt nog steeds een *mer à boire* voor rechtsontwikkeling door creatieve juristen.

De bestuursrechtjurist als juridische omnivoor

Voor die rechtsontwikkeling kan het bestuursrecht als *new kid on the block* inspiratie ontlenen aan het recht van de oudere rechtsgebieden.¹¹ Bij constitutioneel of staatsrecht ligt dat voor de hand, want dat vormt de grondslag voor het bestuursrecht en bepaalt de mogelijkheden en grenzen van het bestuursrecht. Daarbij houdt het staatsrecht zich bezig met de *overheid in rust* (het toekennen en legitimeren van bevoegdheden), het bestuursrecht met de *overheid in beweging* (het gebruikmaken van die bevoegdheden).¹² Dat geldt voor het strafrecht dat een bron van inspiratie is voor de rechtsontwikkeling bij de bestuurlijke handhaving, zowel door middel van bestraffende sancties als door andere sancties en maatregelen. Dat geldt voor het privaatrecht, dat het juridisch kader biedt voor het privaatrechtelijk en feitelijk overheidshandelen,¹³ alsmede voor de toetsing van algemeen verbindende voorschriften. Dat geldt ten slotte ook voor het Europese recht, dat nog jonger is dan het bestuursrecht, maar het bestuursrecht wel dwingend beïnvloedt als de overheid handelt binnen de werkingsfeer van het Unierecht en dat bovendien *bottom up* doorwerkt door middel van vrijwillige adoptie van het Unierecht in louter nationale zaken.¹⁴ Het meest sprekend op dit punt is *Harderwijk*,

8 Vgl. Concl. A-G Widdershoven 23 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2260 (bestuursorgaan); Concl. A-G Widdershoven 12 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4116 (besluit; reactie melding); Concl. A-G Widdershoven 24 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:249 (besluit; waarschuwing); Concl. A-G Widdershoven 16 januari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:86 (besluit, gedoogtoestemming); Concl. A-G's Snijders & Widdershoven 26 februari 2025, ECLI:NL:RVS:2025:764 (besluit, concretiserend besluit van algemene strekking); Concl. A-G Widdershoven 7 november 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:3474 (afgeleid belang); Concl. A-G Widdershoven 10 december 2025, ECLI:NL:RVS:2025:5985 (belanghebbende bij boete).

9 De erkenning van het eerste beginsel van behoorlijk bestuur vond ongeveer negentig jaar geleden plaats in CRvB 31 oktober 1935, AB 1936, p. 168, waarin het beginsel van rechtszekerheid die eer te beurt viel. Zie over die uitspraak Ortlep 2022a.

10 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (Harderwijk, evenredigheid – na Concl. A-G's Wattel & Widdershoven van 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468; ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1694 (Dakopbouw Amsterdam, gewekt vertrouwen – na Concl. A-G Wattel 20 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:896); ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927 (Speelautomatenhal Vlaardingen, gelijkheid en transparantie – na Concl. A-G Widdershoven van 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421).

11 Vgl. Schueler 2019, die erop wijst dat het bestuursrecht in de loop der jaren onderdelen van zowel het straf- als privaatrecht heeft overgenomen.

12 Aldus Van Vollenhoven 1919, p. 2-3.

13 Vgl. Van Ommeren & Huisman 2019. Zie voor de bestudering van de wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht, de activiteiten van Recht-in-dialoog.eu – Stichting Platform Publiek- en Privaatrecht in Dialoog.

14 Zie voor beide vormen van doorwerking Verhoeven & Widdershoven 2024a, p. 229-235.

waarin de Afdeling de door het Unierecht geïnspireerde drietrappstoets van evenredigheid op geschiktheid, noodzakelijkheid en evenwichtigheid adopteerde bij de toepassing van het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4 lid 2 Awb.¹⁵ Door deze invloed zijn bestuursrechtjuristen vaak van veel markten thuis. Mijn leerstoel, die Europees en Bestuursrecht combineert, is daarvan een illustratie. Andere bestuursrechtbeoefenaren combineren bijvoorbeeld de beoefening van bestuursrecht met het privaot- en/of het strafrecht. Kortom, bestuursrechtbeoefenaren zijn vaak juridische omnivoren.

Dat is mooi, maar heeft ook risico's. In de eerste plaats kan dat leiden tot een zekere oppervlakkigheid. We denken alle *ins and outs* van die andere terreinen te begrijpen, maar missen soms de nuances en achtergronden om dat echt te kunnen waarmaken. Bovendien gaat de breedte van de juridische omnivoor soms ten koste van de diepte van de bestuursrechtelijke studie naar de grondslagen en principes van bestuursrecht. Als gevolg hiervan zijn we niet altijd kritisch genoeg en lopen we te gemakkelijk achter bepaalde overheidstrends aan. Dat gold en geldt ook voor mijzelf. Ook ik was in de jaren negentig bezig met het juridische technische Awb-debat en omarmde het Awb-mensbeeld van de zelfredzame burger,¹⁶ maakte mij in de jaren nul druk om het zand in de machine door te veel juridische procedures die zouden leiden tot ineffectief bestuur,¹⁷ had in de jaren tien niet door dat een aanzienlijke groep burgers in het kinderopvangtoeslagschandaal werd gemengeld door rechtsstatelijk systeemfalen, waaraan het bestuursrecht het nodige bijdroeg,¹⁸ en probeer in de jaren twintig op dat punt mijn leven te beteren. Daarbij moet ik dan weer oppassen dat ik niet doorsla naar een alle-burgers-zijn-zielig-houding.

De noodzaak voor eigenwijs bestuursrecht

Deze afscheidsrede bevat diverse boodschappen voor het bestuursrecht van de jaren dertig, waarna u straks mag bepalen of ik ben doorgeschoten of juist niet ver genoeg ben gegaan. Achtergrond van die boodschappen is dat het mooi is dat bestuursrechtjuristen op de hoogte zijn van andere rechtsgebieden, maar dat ze zich wel wat minder afhankelijk moeten opstellen van die andere rechtsgebieden en eigenwijzer moeten zijn bij de toepassing van concepten en dogma's uit die gebieden in de bestuursrechtelijke context. Anders gezegd, wijs is het bestuursrecht wel, maar het kan wel een dosis eigenwijsheid gebruiken. Die eigenwijsheid moet voorkomen dat het bestuursrecht op onderdelen te slaafs achter de invulling van concepten uit andere disciplines aanloopt, dat het de ontwikkeling van bepaalde concepten verwaarloost als het niet kan terugvallen op een andere discipline of dat het bestuursrecht concepten uit een andere discipline overneemt die minder goed passen binnen het bestuursrecht en zijn dragende beginselen. Deze wens heeft veel te maken met het kinderopvangtoeslagschandaal, waaraan het bestuursrecht een negatieve bijdrage leverde die deels te maken heeft met dogma's die het bestuursrecht had ontleend aan andere rechtsgebieden. Daar moeten we vanaf, omdat het bestuursrecht uiteindelijk wel – grotendeels terecht – de schuld kreeg van dat schandaal.¹⁹ Naar mijn opvatting moet het bestuursrecht zich daarom eigenwijzer ontwikkelen, zodat het bij een volgende dreigende rechtsstaatcrisis de burger wel het recht kan bieden waarop deze aanspraak kan maken, en het zijn centrale missie om de burger te beschermen tegen de

15 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285.

16 Al kritisch op dit punt in 1993, Damen 1993.

17 Vrij naar Schueler 2003.

18 Van den Berge 2021.

19 Zie voor een verdere uitwerking, par. 2.1.

overheid waarmaakt. Kortom, eigenwijs bestuursrecht om ons te wapenen tegen een volgende rechtsstaatcrisis.

Daarbij passeren drie thema's de revue, waarin een eigenwijze rechtsontwikkeling door het bestuursrecht wordt bepleit ten opzichte van respectievelijk het constitutionele recht, het strafrecht en het civiele recht. Het eerste thema betreft het toetsingsverbod van formele wetten aan nationale fundamentele rechtsbeginselen (par. 2). Het tweede thema is de versterking van de waarborgen voor niet-bestrafende bestuurlijke sancties en maatregelen (par. 3). Het derde thema is de terugkeer van bestuursrechter als ambtshalve rechtstoepasser (par. 4). Ten slotte bevat paragraaf 5 een korte weergave van en reflectie op de bevindingen.

1.3 Het recht op effectieve rechtsbescherming van artikel 17 Grondwet

De bespreking van de hiervoor genoemde thema's vindt plaats tegen de achtergrond van het recht op effectieve rechtsbescherming,²⁰ dat sinds 2022 constitutioneel is verankerd in artikel 17 lid 1 Grondwet (hierna: Gw).²¹ Artikel 17 lid 1 Gw luidt als volgt:

'Ieder heeft bij het vaststellen van zijn rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging recht op een eerlijk proces binnen een redelijke termijn voor een onafhankelijke en onpartijdige rechter.'

Dat artikel lijkt wat betreft de garanties op toegang tot de rechter en een eerlijk proces in veel opzichten op artikel 47 Handvest van de grondrechten van de EU (hierna Handvest of Hv) en de artikelen 6 en 13 EVRM. Deze Europese artikelen hebben als meerwaarde boven artikel 17 Gw dat zij voorrang hebben op Nederlandse formele wetten, terwijl die wetten vanwege het toetsingsverbod van artikel 120 Gw niet mogen worden getoetst aan artikel 17 Gw. Toch neem ik in de analyse artikel 17 Grondwet als vertrekpunt, omdat het op twee manieren wel degelijk meerwaarde heeft boven de genoemde Europese artikelen.

In de eerste plaats is het toepassingsgebied van artikel 17 Gw ruimer dan dat van de beide Europese grondslagen voor effectieve rechtsbescherming. Het recht op een eerlijk proces van artikel 6 EVRM is beperkt tot de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen en van de gegrondheid van de strafvervolging en geldt daarom niet voor delen van het bestuursrecht die niet vallen onder deze twee categorieën, in het bijzonder het 'echte' ambtenarenrecht,²² de toelating en uitzetting van vreemdelingen,²³ niet-bestrafende belastingbesluiten,²⁴ en besluiten inzake andere politieke rechten.²⁵ Het recht op een eerlijk proces van artikel 47 Hv kent geen principiële beperking tot burgerlijke rechten of strafvervolging, maar geldt alleen als de lidstaat het Unierecht ten uitvoer brengt (artikel 51 lid 1 Hv), *casu quo* handelt binnen

20 Het recht op effectieve rechtsbescherming ligt besloten in het vereiste van een eerlijk proces. Zie Van Zanten 2024, p. 70-71, onder verwijzing naar de opvatting van minister Plasterk (*Kamerstukken II*, 2015/16, 34517, nr. 3, p. 16) en naar de stelling van minister Ollongren dat met een eerlijk proces wordt bedoeld op een 'effectieve en doeltreffende rechtsgang' (*Handelingen I* 2017/18, nr. 19, 10, p. 14).

21 Deze paragraaf is ontleend aan *Widdershoven 2023a*. Zie ook Van Zanten 2024, p. 70-71.

22 EHRM 19 april 2007 (*Eskelinen/Finland*), ECLI:CE:ECHR:2007:0419JUD006323500.

23 EHRM 5 oktober 2000 (*Maaouia/Frankrijk*), ECLI:CE:ECHR:2000:1005JUD003695298.

24 EHRM 12 juli 2000 (*Ferrazzini/Italië*), ECLI:CE:ECHR:2000:0712JUD004475998. Zie EHRM 23 november 2006 (*Jussila/Finland*), ECLI:CE:ECHR:2006:1123JUD007305301, waaruit blijkt dat bestraffende fiscale boetes wel onder de bescherming van artikel 6 EVRM vallen, omdat daarbij sprake is van vaststelling van de gegrondheid van de strafvervolging.

25 *Julicher 2020*, p. 58-59, die als politieke rechten noemt het recht van politici om zich verkiesbaar te stellen en het recht van politieke partijen om politieke activiteiten te kunnen uitoefenen.

de werkingssfeer van het Unierecht. Artikel 17 lid 1 Gw heeft een ruimer toepassingsgebied dan beide Europese grondslagen voor een eerlijk proces, want het geldt voor alle geschillen waarin de vaststelling van rechten en verplichtingen van burgers of de gegrondheid van een vervolging aan de orde is. Aldus bevat dat artikel een constitutionele garantie op effectieve rechtsbescherming in alle bestuursrechtelijke zaken tegen al het overheidshandelen.

In de tweede plaats heeft artikel 17 Gw meerwaarde omdat het volgens de grondwetgever de legitimatie biedt voor een actievere rechtsontwikkeling door de rechter.²⁶ Deze legitimatie moet ertoe leiden dat de Nederlandse burger op basis van artikel 17 meer rechtsbescherming krijgt dan hij thans kan ontlenen aan het EVRM en Unierecht. In de memorie van toelichting van artikel 17 Gw wordt de aandacht van de rechter en wetgever uitdrukkelijk gevestigd op deze taak om meer rechtsbescherming te verlenen.²⁷ Het recht op een eerlijk proces van artikel 17 Gw moet – aldus de minister in tweede lezing – ervoor zorgen dat het bestuursrecht ‘mensgerichter’ wordt en dat een nieuw toeslagenschandaal, waarin de grondbeginselen van de rechtsstaat werden aangetast, in de toekomst wordt voorkomen.²⁸ De grondwetgever heeft dus hoge verwachtingen van artikel 17 Gw; verwachtingen die voor de rechter en wetgever richtinggevend zouden moeten zijn.

In dit verband merkt de regering ook op dat het toetsingsverbod voor de beoordeling van het Awb-procesrecht in het licht van artikel 17 Gw geen grote beperking hoeft te zijn, omdat belemmeringen voor een eerlijk proces lang niet altijd direct voortvloeien uit een formeel-wettelijke bepaling, maar uit lagere regelgeving, uit beleid of uit ‘een bepaalde ontwikkeling in jurisprudentie’.²⁹ In al die gevallen kan de rechter de beperking wel toetsen aan de Grondwet en dus ook aan artikel 17 Gw. Daarbij laten veel procesrechtelijke Awb-bepalingen ruimte voor meer invullingen, doordat daarin vage normen worden gebruikt of discretionaire bevoegdheden worden toegekend.³⁰ Deze normen en bevoegdheden kunnen door de Nederlandse rechter, als hij dat noodzakelijk acht ter waarborging van een hoog niveau van effectieve rechtsbescherming, anders worden ingevuld dan tot nu toe is gedaan, zonder dat het toetsingsverbod enige belemmering heeft. Aldus biedt artikel 17 Gw de grondslag en legitimatie om wetten zoveel mogelijk conform het recht op effectieve rechtsbescherming uit te leggen.

26 Julicher 2020, p. 70-72.

27 MvT, *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3, p. 4, 9 en 31.

28 Zie voor de diverse citaten, *Handelingen II* 2021/22, 35784, nr. 66, item 6, p. 8.

29 NEV II (tweede lezing), *Kamerstukken II* 2021/22, 35784, nr. 6, p. 3.

30 Zo ook uitdrukkelijk de Raad voor de Rechtspraak, *Advies grondwetswijziging recht op een eerlijk proces*, 19 december 2014, p. 6-7.

Weg met het toetsingsverbod van formele wetten aan nationale rechtsbeginselen

2.1 Inleiding

Na deze aanloop wordt het tijd voor de concrete thema's. Het eerste thema waarop het bestuursrecht eigenwijzer mag zijn, is het toetsingsverbod van formele wetten aan nationale rechtsbeginselen. Daarbij zou het zich minder moeten laten leiden door uitvergroete principiële bezwaren die in constitutionele kringen tegen deze toetsing bestaan en meer door het belang van effectieve rechtsbescherming van burgers. Mijn standpunt op dit punt is niet heel verrassend, want al eerder hield ik met Peter Wattel een pleidooi om het toetsingsverbod niet langer van toepassing te laten zijn op nationale fundamentele rechtsbeginselen,³¹ een wens die tot nu toe door de rechter niet is verhoord. In deze afscheidsrede hoop ik met wat extra munitie twijfel te zaaien over de wenselijkheid van het toetsingsverbod in algemene zin en in het bijzonder voor zover dat nationale algemene rechtsbeginselen betreft.

Alles-of-niets-aanpak en het toetsingsverbod

Heroverweging van het toetsingsverbod is vooral ook van belang voor het bestuursrecht, omdat de negatieve gevolgen ervan vaak naar voren komen in bestuursrechtzaken en de kritiek op de toepassing ervan zich ook sterk op het bestuursrecht richt. Dat bleek bijvoorbeeld uit de rapporten van de Parlementaire ondervragingscommissie, de Staatscommissie Rechtsstaat en uit de literatuur, waarin in wisselende bewoordingen werd gesteld dat het bestuursrecht en de bestuursrechter in het kinderopvangtoeslagschandaal hun rechtsbeschermingsfunctie hadden verwaarloosd doordat algemene beginselen van behoorlijk bestuur werden weggeredeneerd en evenredigheid niet volledig werd getoetst.³² Die kritiek is terecht voor wat betreft de alles-of-niets-aanpak van de belastingdienst, die erop neerkwam dat een burger die een klein deel van de in een bepaald jaar ontvangen kinderopvangtoeslag niet kon verantwoorden, de volledige toeslag voor het gehele jaar moest terugbetalen.³³ Deze aanpak kon 'ongekend' onevenredig uitpakken, maar was volgens de Afdeling bestuursrechtspraak niet in strijd met het recht,

31 Concl. A-G's Wattel & Widdershoven van 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, punt 9.6. Zie voor een andere opvatting over deze kwestie Concl. A-G Snijders 18 mei 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1441.

32 Respectievelijk Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag 2020; Rapport Ongekend onrecht, *Kamerstukken II 2020/21*, 35510, nr. 2; Staatscommissie Rechtsstaat, *De gebroken belofte van de rechtsstaat*, Den Haag 2023, vooral verbetervoorstel 10; Van den Berge 2021.

33 Zie voor een mooi overzicht van de problematiek, Zijlstra 2021.

omdat die uitkomst dwingend zou zijn voorgeschreven door het formeel-wettelijk kader, de Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen (Awir).³⁴ Deze opvatting was onjuist, maar pas in oktober 2019 nam de Afdeling daarvan afstand.³⁵

Tegelijkertijd had de Afdeling, als de alles-of-niets-aanpak wel dwingend zou zijn voorgeschreven door de formele wet, deze wet inderdaad niet opzij mogen zetten wegens strijd met het evenredigheidsbeginsel. Dit vloeit voort uit het in artikel 120 Grondwet opgenomen verbod om wetten in formele zin te toetsen aan de grondwet, dat volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad sinds 1989 ook in de weg staat aan de toetsing door de rechter van formele wetten aan ongeschreven rechtsbeginselen.³⁶ Deze beperking geldt voor alle andere bij formele wet gebonden bestuurlijke bevoegdheden, waarvan er in de toeslagenwetgeving en daarbuiten vele zijn. Kort en goed, de kritiek op het bestuursrecht in het kinderopvangtoeslagschandaal is zeker terecht, maar schiet tekort als het toetsingsverbod van formele wetten aan de algemene rechtsbeginselen buiten de discussie blijft.³⁷ In dit verband is het geen toeval dat de agendering van het ruime toetsingsverbod dat ook betrekking heeft op nationale rechtsbeginselen, vooral kwam uit de kringen van het bestuursrecht en niet zozeer uit de hoek van het constitutionele recht.³⁸ Wiarda heeft al in 1948 gesteld dat het bestuursrecht het midden inneemt tussen het staatsrecht, waarvoor het gezagsbeginsel richtinggevend is, en het burgerlijk recht, waarin het gerechtigheidsbeginsel richtinggevend is.³⁹ De agendering van het toetsingsverbod kan ertoe leiden dat de positie van gerechtigheidsbeginsel in het bestuursrecht wordt versterkt.

2.2 Het toetsingsverbod naar geldend en toekomstig recht

Het toetsingsverbod in de rechtspraak

Het constitutionele toetsingsverbod van formele wetten heeft een lange geschiedenis,⁴⁰ maar is voor de toetsing van formele wetten aan nationale rechtsbeginselen onder het regime van het huidige artikel 120 Grondwet in 1989 geïntroduceerd in het al genoemde *Harmonisatiewet-arrest*. Daarin oordeelde de Hoge Raad dat het verbod van artikel 120 Grondwet om formele wetten te toetsen aan de Grondwet ook geldt voor de toetsing van die wetten aan nationale rechtsbeginselen. In dat arrest verricht de Hoge Raad een weging van de argumenten voor en tegen een ruim toetsingsverbod, die in veel opzichten nog steeds actueel is.

Eerst vermeldt de Hoge Raad een aantal overwegingen die wijzen in de richting van een restrictieve reikwijdte van het toetsingsverbod, zodat het niet zou gelden voor toetsing van wetten aan nationale rechtsbeginselen.⁴¹ In de eerste plaats ziet de Nederlandse rechter – aldus de Hoge Raad – zich steeds vaker voor de taak gesteld om de wet aan verdragen te toetsen, waarbij het vaak gaat om toetsing aan fundamentele rechten. Bij deze ontwikkeling zou toetsing aan fundamentele Nederlandse rechtsbeginselen die nog geen uitdrukking hebben gevonden in een eenieder verbindende verdragsbepaling, goed aansluiten. In de tweede plaats

34 Van Ettekovén 2021, p. 98-107.

35 ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535.

36 HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725 (*Harmonisatiewet*).

37 In termen van Van Vollenhoven 1919, p. 2-3, genoemd in par. 1.2, richtte de kritiek zich aldus tegen de 'overheid in beweging' (het onderwerp van het bestuursrecht), maar betreft de kritiek indirect ook 'overheid in rust' (het onderwerp van het staatsrecht).

38 De agendering geschiedde door de A-G's Wattel en Widdershoven, A-G's met een fiscale en bestuursrechtelijke achtergrond. Zie eerder Esser & Becker 2021.

39 Wiarda 1948, p. 16 e.v. en p. 28-29.

40 Het gaat terug tot de Grondwet van 1848, waarin al was bepaald dat de wetten onschendbaar zijn.

41 HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, punt 3.4.

wijst de Hoge Raad op de ontwikkeling van ons parlementaire stelsel in monistische richting en het daarmee gepaard gaande groeiende overwicht van het bestuur bij de totstandkoming van wetten. Daardoor gaat de veronderstelling waarop het toetsingsverbod berust – dat in de parlementaire wetgevingsprocedure een afdoende waarborg is gelegen voor het rechtsgehalte van wetten – niet altijd meer op. Ook daarom neemt de behoefte aan de mogelijkheid van rechterlijke toetsing vooral ook aan fundamentele rechtsbeginselen toe.

Daartegenover plaatst de Hoge Raad argumenten voor een ruime uitleg van artikel 120 Grondwet en tegen de toetsing van de wet aan rechtsbeginselen.⁴² Kort en goed, komen deze argumenten erop neer dat bij het tot stand komen van de Grondwet van 1983 de argumenten voor afschaffing of beperking van het toetsingsverbod onder ogen zijn gezien en de aan toetsing door de rechter verbonden bezwaren te licht zijn bevonden. Het belangrijkste argument voor het (ruime) toetsingsverbod is het primaat van de democratisch gelegitimeerde wetgever,⁴³ dat ook zichtbaar is in de beperkingssystematiek van de grondrechten van de Grondwet van 1983. De uit dit primaat voortvloeiende ruime uitleg van het toetsingsverbod is – benadrukt de Hoge Raad – wezenlijk ‘voor de traditionele plaats van de rechterlijke macht in ons staatsbestel’.

Uiteindelijk acht de Hoge Raad de argumenten voor een ruime uitleg van het toetsingsverbod doorslaggevend, ook al voegt hij daaraan wel toe dat ‘de rechtsontwikkeling sedert het tot stand komen van de Grondwet van 1983 het gewicht van de voor restrictieve interpretatie van dat verbod pleitende argumenten heeft doen toenemen’. Aldus laat de Hoge Raad ruimte voor een dynamisch-evaluatieve uitleg van artikel 120 Grondwet, waarbij hij op enig moment in het licht van de rechtsontwikkelingen wel zou kunnen kiezen voor een beperkte uitleg van het toetsingsverbod, zodat het niet langer betrekking heeft op de toetsing van formele wetten aan nationale rechtsbeginselen. In de praktijk hielden de Hoge Raad en de hoogste bestuursrechters in de daaropvolgende jaren echter ferm vast aan de ruime uitleg van het toetsingsverbod.⁴⁴ Uiteindelijk was het toeslagenschandaal nodig om die ruime uitleg weer te agenderen.

Begin 2023 wordt de ruime uitleg van het toetsingsverbod principieel aan de rechter voorgelegd in een toeslagenzaak, ditmaal aan de grote kamer van de Afdeling. Anders dan sommigen, waaronder ikzelf, hadden gehoopt, laat deze in een uitspraak van 1 maart 2023 het ruime verbod overeind.⁴⁵ Daarbij is van doorslaggevend belang dat de (grond)wetgever zich op dat moment boog over de vraag of het toetsingsverbod in zijn huidige vorm gehandhaafd zou moeten blijven en het onduidelijk was tot welk resultaat dit zou leiden.⁴⁶ Daarom achtte de Afdeling het ‘niet aangewezen de gedachtevorming door de (grond)wetgever te doorkruisen door het toetsingsverbod nu anders uit te leggen dan voorheen’ en was er ‘bij de huidige stand van de rechtsontwikkeling onvoldoende aanleiding is om het toetsingsverbod anders uit te leggen dan tot nu toe in de jurisprudentie is gedaan’. Aldus wordt de discussie naar voren geschoven en wordt de bal eerst en vooral gelegd op het bord van de (grond)wetgever.

Het toetsingsverbod in de (grond)wet

De (grond)wetgever heeft tot nu gemengde signalen doen uitgaan. In het conceptvoorstel van de Wet versterking waarborgfunctie Algemene wet bestuursrecht wordt voorgesteld om

42 HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, punt 3.5.

43 Vermeulen 2024, par. 2.2.2.

44 Vgl. HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3679 (*Bosentan*); HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:729; CRvB 19 juli 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2622; CbB 29 maart 2022, ECLI:NL:CBB:2022:134.

45 ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772, in lijn met de conclusie van A-G Sijnders van 18 mei 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1441.

46 Zie *Kamerstukken II*, 2021/22, 35925-VII, nr. 169.

artikel 3:4 lid 2 aldus aan te vullen, dat de nadelige gevolgen van een besluit evenredig moeten zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen, *ook als de af te wegen belangen zijn beperkt door een wettelijke voorschrift*.⁴⁷ Dat wettelijk voorschrift kan ook een formele wet zijn. Kort en goed impliceert deze aanvulling daarmee dat bestuursorganen en ook de rechters de formele wet in het concrete geval buiten toepassing moeten laten als toepassing ervan tot een resultaat leidt dat in strijd is met het nationale evenredigheidsbeginsel. Als deze wijziging wet wordt, wordt het toetsingsverbod, voor zover dat het nationale evenredigheidsbeginsel betreft, in het concrete geval *gebypast* door de formele wetgever.⁴⁸

Dat is opmerkelijk en staat haaks op de plannen van de regering-Schoof tot wijziging van het toetsingsverbod in de contourennota constitutionele toetsing,⁴⁹ alsmede in het ontwerp-wetsvoorstel tot wijziging van de Grondwet ter invoering van de rechterlijke bevoegdheid om wetten aan de Grondwet te toetsen,⁵⁰ dat medio 2025 in consultatie ging. De nota en het ontwerp-wetsvoorstel kiezen ervoor om wetten toetsbaar te maken aan een limitatieve lijst van klassieke grondrechten. Deze grondrechten beogen een staatsvrije sfeer voor de burger te creëren waarop de overheid alleen met gerechtvaardigde beperkingen mag ingrijpen. De beperking van die grondrechten moet, zoals dat thans al het geval is, terug te voeren zijn tot de formele wet en zou bovendien moeten voldoen aan aspecten van evenredigheid. In het ontwerp-wetsvoorstel wordt daartoe voorgesteld om na artikel 23 Grondwet een slotbepaling op te nemen, waarin wordt bepaald dat 'een beperking van een grondrecht in redelijke verhouding staat tot het daarmee beoogde doel en niet verder gaat dan het doel van die beperking vereist'.

Voor deze rede van meer belang is dat de regering in zowel de contourennota als in het ontwerp-wetsvoorstel de toetsing van formele wetten aan algemene rechtsbeginselen principieel afwijst. In de contourennota overweegt zij daartoe als volgt:

'Het kabinet is geen voorstander van [...] rechterlijke toetsing van wetten aan ongeschreven algemene rechtsbeginselen. In de kern gaat het er bij toetsing aan deze beginselen om dat de rechter de inhoud hiervan vaststelt. Bij de formulering van deze beginselen, de beperkingen daarop en de onderlinge rangorde ervan ontbreekt de dialoog tussen de rechter en de wetgever. De rechter bepaalt eigenstandig aan welke ongeschreven rechtsbeginselen wordt getoetst en welke normen daaruit kunnen worden afgeleid. De (grond)wetgever komt daar niet aan te pas: als zijn opvatting afwijkt van de door de rechter gegeven uitleg is het lastig om bij te sturen, aangezien het ongeschreven recht betreft. Bij toetsing van door de democratisch gelegitimeerde wetgever aangenomen wetten is het ontbreken van de dialoog met de (grond)wetgever naar het oordeel van het kabinet moeilijk te rechtvaardigen.'⁵¹

In het ontwerp-wetsvoorstel wordt de afwijzing van de toetsing van wetten aan rechtsbeginselen op vergelijkbare wijze gemotiveerd. De regering stelt voorop:

'[d]at het toetsingsverbod een normerende werking uitoefent op de verhouding tussen wetgever en rechter, die verder reikt dan de letterlijke tekst van de bepaling. Aan het verbod ligt ten grondslag dat de democratisch gelegitimeerde Staten-Generaal zoveel mogelijk het laatste woord behoort te hebben over de rechtmatigheid van wetgeving. Overeenkomstig deze lijn legt de Hoge Raad de term

47 Vgl. over het conceptwetsvoorstel Van der Loop 2024.

48 Poelmann & Baron 2023.

49 Contourennota constitutionele toetsing, brief van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties aan de Voorzitter van de Tweede Kamer 21 februari 2025, *Kamerstukken II*, 2024/25, 36344, nr. 129.

50 Wijziging van de Grondwet ter invoering van de rechterlijke bevoegdheid om wetten aan een aantal bepalingen van de Grondwet te toetsen en de toevoeging van een bepaling inzake beperkingen van grondrechten, voorstel van wet en memorie van toelichting [KetenID WGR026600].

51 Contourennota 2025, p. 8-9.