Stringente lijn versus wijsheid

&

Kroniek van 45 jaar bestuursrechtspraak

J.E.M. Polak

Deel 9 VJK-reeks

VJK Beroepsvereniging voor de jurist werkzaam bij de decentrale overheid

STRINGENTE LIJN VERSUS WIJSHEID
&
KRONIEK VAN 45 JAAR BESTUURSRECHTSPRAAK

JAAP POLAK*

* Prof.mr. J.E.M. Polak was van 1979 tot 2001 advocaat in Amsterdam en had een bestuursrechtelijke praktijk. Van november 2001 tot 1 januari 2025 was hij staatsraad bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, van 2010 tot 2017 was hij haar voorzitter. Ook was hij raadsheer i.b.d. in de Hoge Raad en raadsheer plaatsvervanger in de Centrale Raad van Beroep, het College van Beroep voor het Bedrijfsleven en het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Antillen. Daarnaast was hij vanaf 1 juni 1999 deeltijdhoogleraar bestuursrecht in Leiden. Nu is hij pensionado maar juridisch en bestuurlijk nog actief als emeritus-hoogleraar, adviseur van Six advocaten en voorzitter van de Pensioen- en Uitkeringsraad, een klein zbo dat samen met de Sociale Verzekeringsbank verantwoordelijk is voor de uitvoering van de Tweede wereldoorlogswetten.

Colofon

Reeks
VJK Beroepsvereniging voor de jurist werkzaam bij de decentrale overheid

Samenstelling
VJK Beroepsvereniging voor de jurist werkzaam bij de decentrale overheid

Uitgever
VJK Beroepsvereniging voor de jurist werkzaam bij de decentrale overheid

E-mail: info@vjk.nl
Website: www.vjk.nl

© mr. J.E.M. (Jaap) Polak, 2026

ISBN 9789090436210

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Hoewel de auteurs en de uitgever het boek met de uiterste zorg hebben samengesteld, kunnen zij geen enkele aansprakelijkheid aanvaarden voor een eventuele onvolledigheid of onjuistheid, dan wel voor de gevolgen daarvan. Aan de tekst van deze publicatie kunnen geen rechten worden ontleend.

Voorwoord

De auteur van beide in deze uitgave opgenomen publicaties heeft een lange staat van dienst in het bestuursrecht. Hij heeft over een tijdvak van tientallen jaren de ontwikkeling van het bestuursrecht van nabij meegemaakt en in zijn rol van advocaat, hoogleraar en staatsraad bij de Afdeling bestuursrechtspraak zijn invloed daarop gehad. Hij deed dat, intrinsiek gedreven, vanuit de gedachte dat juist de overheid zich aan het recht moet houden.

Hij schetst op vrijmoedige, reflectieve en soms kritische wijze deze ontwikkeling. De publicaties zijn voorzien van de nodige voetnoten en geven mede een beeld van de vele personen die een rol van betekenis hebben gespeeld bij deze ontwikkeling.

De eerste publicatie is een uitwerking van de voordracht “Stringente lijn versus wijsheid” die de auteur hield op donderdag 18 juni 2026 te Utrecht tijdens het VJK congres “Zoek de ruimte in het recht: vakkennis en wijsheid”.

De tweede publicatie “Kroniek van 45 jaar bestuursrechtspraak” is een uitwerking van de rede die de auteur op 11 december 2024 in de Gotische zaal van het Paleis Kneuterdijk in Den Haag hield ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar bestuursrecht en staatsraad bij de Afdeling bestuursrechtspraak bij de Raad van State. Deze werd eerder gepubliceerd in het Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht (NTB 2025/3).

Het met wijsheid vinden van het recht en het streven naar rechtvaardigheid is sinds mensenheugenis een complexe zoektocht binnen een bepaalde culturele context die gerelateerd is aan maatschappelijke problemen. Dat wordt onder meer weerspiegeld in de oudst bekende codificaties, zoals die bekend zijn uit het Nabije Oosten, en in de Twaalf Tafelen die eeuwenlang golden in het Romeinse Rijk. Maar uiteraard wordt dit ook weerspiegeld in bepaalde passages in de Hebreeuwse Bijbel en de Koran.

Bij lezing van beide publicaties blijkt dat het adagium “Lex dura, sed lex” (Een harde wet, maar het is nu eenmaal een wet) bij de rechtsbeoefening niet volstaat. Vanuit het civiele recht weten wij dat natuurlijk al eeuwenlang doch in het betrekkelijk jonge bestuursrecht was dat niet altijd vanzelfsprekend. Terecht maakt de auteur daarbij echter de kanttekening dat de aard van het bestuursrecht anders is dan de aard van het civiel recht. Dat betekent dat de wijze van rechtsbeoefening in het civiel recht niet altijd onverkort in het bestuursrecht kan worden gebezigd.

Recent kwam het lustrumnummer (oktober-jaargang 2026) uit van het juridisch tijdschrift Ars Aequi ter gelegenheid van het 75 jaar bestaan.

Daarin wordt door diverse auteurs voor de verschillende rechtsgebieden gereflecteerd op het adagium van één van de belangrijkste klassieke juristen, de Romeinse jurist Celsus uit de eerste helft van de tweede eeuw na Christus:

'Ius est ars boni et aequi' (Recht is de kunde van wat goed en billijk is).

Dit adagium kan ook naar mijn oordeel vandaag de dag wel een kompas vormen bij de rechtsbeoefening. Beide publicaties van de auteur laten dat zien.

Margreet Ahsmann, emeritus hoogleraar rechtspleging aan de Universiteit Leiden, maakt in haar bijdrage in voornoemd lustrumnummer van Ars Aequi, een zeer relevante kanttekening gelet op het actuele vraagstuk van kunstmatige intelligentie dat thans bij gemeenten speelt bij de uitvoering in verschillende gemeentelijke rechtsgebieden.

"Het zal altijd de jurist zijn die uitdrukking zal moeten geven aan de waarden van de rechtsorde. Kunstmatige intelligentie (AI) zal dat niet kunnen overnemen. Technologie is nooit volledig neutraal en weerspiegelt de cultuur en de belangen van de makers. AI kan niet zelfstandig een beslissing nemen waarin 'het goede en billijke' of het idee van 'rechtvaardigheid gericht op evenwicht van belangen' een betekenisvolle rol spelen."

Wij hopen dat deze uitgave een bijdrage zal leveren aan een verdere professionalisering van de uitoefening van de functie van gemeentejurist en andere overheidsjuristen. En bovendien een inspiratiebron bij de dagelijkse uitoefening zal zijn. Dit in het belang van het borgen in een politieke context van het rechtsstatelijk en rechtvaardig handelen van bestuursorganen.

John Olivier voorzitter VJK

November 2026

INHOUDSOPGAVE

I. STRINGENTE LIJN VERSUS WIJSHEID 9

1. Inleiding 9

2. Voorbeelden van zaken waarin dilemma stringente lijn versus wijsheid aan de orde was 9

2.1 Sinterklaasintocht Amsterdam 9

2.2 Gaswinning Groningen 12

2.3 Vestiging Five Guys in de Amsterdamse binnenstad 14

2.4 Schadevergoeding aan een Russische vluchtelinge 15

2.5 Maar waar het mis ging: de Toeslagenaffaire 16

3. Slot: Bestuursrecht na de toeslagenaffaire 17

II. KRONIEK VAN 45 JAAR BESTUURSRECHTSPRAAK 20

1. Inleiding: hoe het begon 20

2. 1979-1994: de opkomst van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming 22

3. 1994-2000: de reactie. Bestuur in geding, de juridiseringsdiscussie van eind jaren '90 23

3.1 Geen beroep tegen algemeen verbindende voorschriften 24

3.2 Ontwikkeling toetsing algemeen verbindende voorschriften vertraagd 26

4. Het eerste decennium van deze eeuw; nadruk op meer effectiviteit van de bestuursrechtspraak 27

5. Vanaf ongeveer 2010: europeanisering en vanaf 2014: intensievere toetsing aan rechtsbeginselen, vooral evenredigheid; maar bestuur leeft uitspraken vaker niet na..... 28
5.1 Europeanisering van het bestuursrecht..... 28
5.2 Intensievere toetsing aan rechtsbeginselen..... 29
5.3 Responsiviteit en maatwerk..... 32
5.4 Het bestuur komt rechterlijke uitspraken lang niet altijd meer na en zijn betrouwbaarheid is afgenomen..... 33
6. Het actuele debat over de bestuursrechtspraak; afsluitende opmerkingen..... 35
6.1 Tegenstrijdige signalen vanuit de politiek..... 36
6.2 Verzelfstandiging van de Afdeling bestuursrechtspraak..... 38
7. Dankwoorden 40

I Stringente lijn versus wijsheid[1]

1. Inleiding

Mijn benadering van dit onderwerp is een praktische: ik kijk terug op mijn periode als staatsraad bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en bespreek achterom kijkend een paar zaken waarin het thema stringente lijn versus wijsheid aan de orde was; het zijn, behalve misschien een enkele, juist geen "gewone" zaken waarvan de Afdeling bestuursrechtspraak er veel behandelt, maar zaken die mij zijn bijgebleven omdat daarbij het thema wijsheid versus het stringent volgen van de regels aan de orde was en dat dilemma soms om een bijzondere benadering vroeg. Want ik zeg maar meteen: in tamelijk veel zaken moet de bestuursrechter toch vooral de regels volgen en vaste lijnen vasthouden; de rechtspraak is er immers om voor de samenleving een vast anker te zijn, zekerheid te bieden en willekeur tegen te gaan. Maar de rechter moet wel open blijven staan voor afwijkingen, voor veranderingen die nodig zijn en voor wijsheid die zich kan opdringen: recht doen zit vaak in het recht doen aan de werkelijkheid die bijzonder kan zijn, meer dan in het mechanisch toepassen van regels.
Mijn bijdrage heeft daarbij ook iets van een kleine zelf-evaluatie. Hoe kwam de Afdeling bij zaken waarin een dergelijk dilemma speelde tot haar uitspraken? Maar ook ga ik kort in op de tragedie van de toeslagenaffaire waarin dat niet goed is gegaan. Ik probeer uit die ervaringen wat lessen te trekken en iedere kwestie steeds af te ronden met een stelling om wat houvast te geven.

2. Voorbeelden van zaken waarin dilemma stringente lijn versus wijsheid aan de orde was

2.1 Sinterklaasintocht Amsterdam

De eerste zaak die mij, terugblikkend op 23 jaar werkzaamheid als bestuursrechter bij de Raad van State, voor de geest kwam als een zaak waarbij het dilemma van wijsheid en vasthouden aan vaste lijnen speelde, was de fameuze zaak over de APV-vergunning voor de Sinterklaasintocht in 2013 in Amsterdam die de Afdeling bestuursrechtspraak in 2014 in hoger beroep te beoordelen kreeg[2]. Daarbij speelde een kwestie die Nederland toen geheel in haar greep had: waren de klassieke Zwarte Pieten die bij die intocht traditiegetrouw optraden, niet stigmatiserend en

---

[1] *Dit is de tekst van de lezing die prof. mr. J.E.M. (Jaap) Polak op 18 juni 2026 in verkorte vorm hield op het congres van de Vereniging voor Juridische Kwaliteitszorg te Utrecht.*

[2] *Afdeling bestuursrechtspraak 12 november 2014, zie ABklassiek 2022, nr. 39, Intocht Sinterklaas Amsterdam, m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder; zie voor verdere besprekingen en vindplaatsen onder meer hierna noten 4 en 5.*

discriminerend? Tegen de door de burgemeester van Amsterdam voor de intocht verleende vergunning op grond van de APV was door een aantal Amsterdammers die zich gediscrimineerd voelden, bezwaar en beroep ingesteld. Maar ook de na de verlening van de vergunning opgerichte Stichting Pietengilde, voor behoud van de klassieke Zwarte Piet, roerde zich. De voor de vergunningverlening verantwoordelijke burgemeester, Van der Laan, bemoeide zich zelf sterk met de zaak en huldigde de principiële staatsrechtelijke opvatting dat hij als burgemeester bij de uitoefening van zijn openbare orde-bevoegdheid tot vergunningverlening geen inhoudelijk oordeel over de Zwarte pietenkwestie mocht hebben, maar uitsluitend te beoordelen had of de intocht met de klassieke zwarte pieten de openbare orde zou verstoren; wel een inhoudelijk oordeel geven zou hem in een verkeerde positie brengen van een soort censor, hoezeer hij ook liet doorschemeren inhoudelijk begrip te hebben voor de tegenstanders van de klassieke Zwarte Piet. Maar de rechtbank Amsterdam oordeelde dat de burgemeester het belang van de gestelde stigmatisering van mensen van kleur wel degelijk had moeten meewegen en kwam tot een motiverings- en zorgvuldigheidsvernietiging. De burgemeester, de Stichting Pietengilde en een aantal anderen die pro de ouderwetse Zwarte Piet waren gingen in hoger beroep. De in 2013 gehouden intocht was al geweest maar de uitspraak zou van belang zijn voor toekomstige intochten in Amsterdam en ook die in andere gemeenten.
Er valt over die zaak veel te zeggen, maar ik beperk mij hier vooral tot het probleem van wijsheid versus de vaste regels. Bij deze zaak zat dat er vooral in dat volgens de vaste lijnen van de rechtspraak met betrekking tot het belanghebbende begrip gebaseerd op artikel 1:2 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), de appellanten al in bezwaar niet-ontvankelijk hadden moeten worden verklaard. Ook de pro ouderwetse zwarte Pieters konden volgens de Awb geen partij zijn omdat zij allemaal niet als rechtstreeks belanghebbenden konden worden beschouwd. Je moet om als natuurlijk persoon als belanghebbende te kwalificeren een onderscheidend persoonlijk belang hebben, een louter emotioneel belang scoort daarbij niet en de[3] appellanten onderscheiden zich onvoldoende van veel andere Amsterdammers van kleur. Er lag dus voor de zittingskamer die de zaak te behandelen kreeg een notitie van ondersteunende juristen waarin werd uiteengezet dat, als de vaste lijn van de rechtspraak over het belanghebbende begrip zou worden gevolgd, de Afdeling moest uitspreken dat alle bezwaren tegen de vergunning van de burgemeester niet-ontvankelijk hadden moeten worden verklaard, waarmee niet toegekomen zou worden aan de beoordeling van de recht-

[3] *Zie al de uitspraak van de voorzitter van de Afdeling rechtspraak Raad van State van 13 oktober 1986, AB 1988, 194 (m.nt. D A. Lubach), waarbij mevrouw Stotijn, dochter van een vermaard Amsterdam musicus die veelvuldig in het Concertgebouw had opgetreden, niet-ontvankelijk werd verklaard, toen zij opkwam tegen een vergunning voor de verbouwing en uitbouw van het Concertgebouw in Amsterdam, omdat met die door als lelijk bestempelde verbouwing volgens haar de nagedachtenis van haar vader geweld werd aangedaan.*

matigheid van de vergunning. En dat terwijl heel Nederland reikhalzend uitkeek naar een inhoudelijke uitspraak. We vonden het wijsheid om in dit specifieke geval zo'n negatief ontvankelijkheidsoordeel te omzeilen en toch een uitspraak over de rechtmatigheid van de vergunning te doen en gaven daarvoor een aantal argumenten. Ik vat ze kort samen: het grote maatschappelijke, deze ene zaak overstijgende belang van een inhoudelijke uitspraak, het feit dat bij een volgende intocht de vraag weer zou spelen en zowel de voor- als tegenstanders zich dan in een stichting of vereniging zouden hebben georganiseerd, waarna de ontvankelijkheidsproblemen weg zouden zijn en tenslotte het feit dat alle partijen ter zitting hadden aangegeven zo'n inhoudelijke uitspraak te wensen. Het op deze wijze gemotiveerd passeren van deze ontvankelijkheidshobbel week af van de vaste lijn dat de Afdeling, zelfs ambtshalve de bezwaren van niet Awb belanghebbenden niet-ontvankelijk verklaart. Hier vergde wijsheid een inhoudelijke uitspraak van ons als hoogste rechter, we zouden anders de bestuursrechtspraak wel heel irrelevant maken en we wilden alle partijen, van nationalistisch wit tot zich gediscrimineerd voelend zwart, en ook alle burgemeesters die dringend om een uitspraak vroegen, niet in de kou laten staan.
Die inhoudelijke uitspraak hield in de kern in dat burgemeester Van der Laan gelijk had dat hij de vergunning niet mocht weigeren om redenen die te maken hadden met de inhoud van de intocht. Daarbij gaf de Afdeling aan dat, als de intocht discriminerend en stigmatiserend zou zijn, achteraf via het strafrecht ingegrepen kon worden en dat ook een civiele procedure tegen de organisatoren mogelijk zou zijn, maar dat het preventief verbieden door de burgemeester van een intocht vanwege inhoudelijke redenen in strijd zou zijn met ons grondwettelijk systeem: decentrale overheden mogen niet om inhoudelijke redenen demonstraties of intochten tegenhouden door de vergunning daarvoor te weigeren. Het gaat mij nu niet eens zozeer om die inhoudelijke uitspraak, maar vooral om het dilemma dat we van de vaste belanghebbende rechtspraak, toch een anker in de bestuursrechtspraak, zijn afgeweken om een inhoudelijk oordeel te geven. Dat is in het algemeen in de literatuur positief beoordeeld[4], eigenlijk zowel de ontvankelijkheidsbeslissing als de inhoudelijke beslissing, maar er zijn ook stemmen die met name die ontvankelijkheidsbeslissing onjuist vonden[5].

---

[4] *Ymre Schuurmans heeft, zich positief uitlatend over en geïnspireerd door deze uitspraak, bepleit dat de bestuursrechter veel vaker richting gevende oordelen zou moeten geven in maatschappelijke kwesties, zie haar oratie "Van bestuursrechtelijke detailhandel naar maakindustrie, Leiden 20 november 2015.*

[5] *Zie de noot van Schutgens in AB 2015/55. Hij waarschuwde ook voor de onwenselijke precedentwerking; die heeft zich voorgedaan met een uitspraak van de rechtbank Overijssel van 28 oktober 2015, AB 2016, m.nt. Tolsma over een vrachtwagenstuntshow die in een drama eindigde; daarbij week de rechtbank, geïnspireerd door deze uitspraak van de Afdeling over de Sinterklaasintocht, af van de strakke ontvankelijkheidsbenadering, naar mijn oordeel in dat geval onterecht, alleen al omdat de burgemeester van Haaksbergen als verantwoordelijk bestuursorgaan zich anders dan Van der Laan in de Amsterdamse zaak, juist op die strakke lijn beriep.*

Dit onderdeel afsluitend: ik denk nog steeds: wijsheid vergde principiële uitspraak over taak burgemeester.



LES 1: KEN JE BEPERKINGEN

(dit aspect betreft het inhoudelijke oordeel: de overheid is geen zedenmeester in een vrije samenleving), maar maak jezelf ook niet te klein (dat zou zijn gebeurd als we tegen de wil van alle partijen in tot een n-o verklaring waren gekomen)

2.2 Gaswinning Groningen

Veel indruk op mij maakte de kwestie van de Gaswinning in Groningen. De aardbevingen aldaar en wat dat teweegbracht: om die kwestie te kenschetsen kom ik tot de typering “een abnormaliteit” waarmee ik het on-Nederlandse van de ellende bedoel; in het rustige Nederland zijn die aardbevingen ongekend. Zij zijn een gevolg van decennialang op de winning gericht overheidsbeleid dat verklaarbaar is (we hebben als Nederland veel vruchten van de gaswinning geplukt) maar dat heel veel ellende in de provincie Groningen heeft veroorzaakt. Veel gemeenten en de provincie namen het voor hun burgers op en trokken tegen de NAM maar vooral ook tegen de centrale overheid ten strijde. De minister van EZ nam als bevoegd gezag met tussenpozen van een aantal jaren een zogenaamd instemmingsbesluit met een door de NAM ingediend winningsplan. Van een maximum aan te winnen gas was daarbij aanvankelijk geen sprake, maar aan de instemming werd na de eerste bevingen een jaarlijks maximum aan te winnen gas verbonden. Onderzoek bevestigde dat er een verband was tussen de hoeveelheid gaswinning en de (intensiteit van) de bevingen; maar die maximering gaf de NAM nog steeds de ruimte die zij wilde. In de uitspraak van 18 november 2015 heeft de Afdeling alle ten behoeve van hun burgers tegen het instemmingsbesluit opkomende decentrale overheden (de provincie Groningen en circa twintig Groningse gemeenten!), een aantal ideële rechtspersonen en een aantal Groningse burgers in het gelijk gesteld.[6] De Afdeling sprak uit dat het veiligheidsbelang te weinig was meegewogen en de maximering tot 39 miljard Nm3 in het primaire besluit en 33 miljard Nm3 in het besluit op bezwaar te weinig rekening hield met de veiligheidsbelangen van de Groningers. En toen zaten we als Afdeling met het dilemma dat het van tafel vegen van die besluiten sec met zich bracht dat een oud instemmingsbesluit van de minister van jaren daarvoor (uit 2007) weer zou herleven en dat dat besluit nog helemaal geen maximering kende.

---

[6] *Afdeling bestuursrechtspraak 18 november 2015, AB 2016/82, m.nt. Bröring en Brouwer.*

Daarmee zouden alle appellanten dus van de regen in de drup komen. Om dat te voorkomen moest de Afdeling dus een voorziening treffen voor de periode tot het door de minister met inachtneming van de uitspraak te nemen nieuwe besluit. Daar speelden lastige afwegingen, want de landsadvocaat hield de Afdeling namens minister Kamp voor dat Nederland in de kou zou komen te zitten als de gaswinning te zeer werd teruggeschroefd (deftiger gezegd: de leveringszekerheid zou dan in gevaar komen). De uitspraak van tientallen pagina's lang komt er in de kern op neer dat op dat punt tegen de minister werd gezegd: uw eigen onafhankelijke adviseur, het Staatstoezicht op de Mijnen, geeft aan dat als er maximaal 27 miljard Nm3 gas wordt gewonnen, Nederland niet in de kou komt te zitten, de vergunde hoeveelheden van 39 en later ook 33 miljard Nm3 is daarvoor dus niet nodig. Wij bepalen dat de winning vooruitlopend op verdere besluitvorming tot reductie, tot 27 miljard Nm3 moet worden gemaximeerd, zodat er niet meer gas mag worden gewonnen dan de hoeveelheid die uw eigen adviseur nodig vindt om enerzijds de leveringszekerheid nog te kunnen garanderen en anderzijds het veiligheidsbelang van de Groningers, dat u als minister zelf zegt zo hoog te achten, zoveel mogelijk te dienen. Gelukkig werd het geen hele koude winter, want het dilemma was of wij als rechter niet iets te ver gingen door dat aantal te bepalen. Wij vonden dat die ruimte er toch was omdat we als Afdeling konden varen op de onafhankelijke eigen adviseur van de minister (daarom is het, zo zeg ik met een schuin oog naar de onthutsende ontwikkelingen in de VS, zo belangrijk dat zulke instanties in een rechtsstaat onafhankelijk op basis van hun expertise adviseren!). De Afdeling heeft dat getal dus niet zelf verzonnen, zoals sommige commentatoren op de overigens opvallend goed ontvangen uitspraak dachten. Deze uitspraak heeft er bepaald aan bijgedragen dat in politiek Den Haag doordrong: het moet echt afgelopen zijn met die voor de Groningers zo schadelijke gaswinning.[7]



LES 2: WEES DAPPER ALS JE "ABNORMALITEIT" ONDERKENT

Op de behandeling van en de uitspraken in deze twee zaken kijk ik met voldoening terug, maar ik zeg er terugkijkend bij: omdat het onalledaagse zaken zijn wordt er zowel voor als na de zitting dieper en vaak in meerdere overleggen van de zittingskamer over nagedacht. Het gevaar van op routine drijvend een achteraf verkeerde koers varen zit veeleer in meer als standaardzaken beschouwde zaken.

[7] *Ook een volgend instemmingsbesluit van de minister met een (alweer lager) maximum van 21,6 miljard Nm3 werd door de Afdeling in een kritische uitspraak vernietigd en ook in die uitspraak werd met eenzelfde argumentatie een voorlopige voorziening getroffen, ABRvS 15 november 2017, onder meer NJB 2017/2349 en AA 2018/0315, m.nt. K.J. de Graaf, A.T. Marseille.*

Naar ik vrees hadden bijvoorbeeld de toeslagzaken toen deze tussen 2010 en 2017 bij de Afdeling werden behandeld nog nauwelijks maatschappelijke aandacht en heeft dat bijgedragen aan het vasthouden van de in het begin uitgezette lijn. Als de lijn eenmaal is uitgezet, is de alledaagsheid en routine die ook bij het rechtsbedrijf hoort, een gevaar. Daarover straks meer.

2.3 Vestiging Five Guys in de Amsterdamse binnenstad

Maar eerst stap ik over naar een vrij "alledaagse" zaak van andere orde die mij is bijgebleven. Ik behandelde als voorzieningenrechter bij de Afdeling de weigering van de burgemeester van Amsterdam om een exploitatievergunning op grond van de APV te geven aan Five Guys, een hamburgerketen die zich graag aan de Reguliersbreestraat in de binnenstad van Amsterdam wilde vestigen. De burgemeester wilde die komst tegenhouden en baseerde zich op het bestemmingsplan. Het pand had weliswaar een horecabestemming maar het zou volgens het bestemmingsplan dan wel moeten gaan om een niet op gemaksvoedsel gerichte horeca-exploitatie. De gemeente voert een op leefbaarheid van de binnenstad gericht beleid dat onder meer inhoudt dat in het centrum op bepaalde horecalocaties geen snackbars en hamburgerketens mogen komen maar wel restaurants die niet op fast food zijn gericht. Five Guys betoogde dat zij in de beoogde vestiging in Amsterdam een exploitatie zou bezigen die afweek van haar normale exploitatie, die goed in de horecabestemming zou passen. Omdat het pand anders aan haar neus voorbij zou kunnen gaan, verzocht zij om haar, in weerwil van wat de burgemeester en de rechtbank hadden geoordeeld, vooruitlopend op wat de Afdeling in de bodemzaak zou beslissen, alvast met de exploitatie te laten beginnen. De uitspraak op het verzoek om voorlopige voorziening gaat daarin niet mee; mijn gezond verstand zei mij niet een doorslaggevend belang te kunnen hechten aan haar verhaal dat zij een afwijkend concept zou gaan bezigen, dat was bij zo'n keten weinig geloofwaardig.[8] De Afdeling heeft ook in de bodemzaak, gedaan door een meervoudige kamer waaraan ik uiteraard niet deelnam, het hoger beroep ongegrond verklaard, daarbij onder meer overwegend dat de burgemeester bij zijn oordeel dat de exploitatie door Five Guys niet in overeenstemming met de bestemming zou zijn, het imago van Five Guys als hamburgerketen mocht betrekken.[9] Een juridisch oordeel moet altijd een zoveel mogelijk geobjectiveerd oordeel zijn, maar gebruik van een portie gezond verstand daarbij is onontbeerlijk; aldus mijn derde les:



LES 3: BLIJF JE GEZONDE VERSTAND GEBRUIKEN

[8] *Vzr. Afdeling bestuursrechtspraak 10 september 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3081.*

[9] *Afdeling bestuursrechtspraak 25 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:873.*

2.4 Schadevergoeding aan een Russische vluchtelinge

De vierde “dilemma zaak” betreft een “rechtmatig” uitgezette Russische vrouw, deze zaak heeft mij wel wat nachtrust gekost. Het ging om een Russische vrouw die tot driemaal toe tevergeefs een asielvergunning had gevraagd en daarover ook tevergeefs bij de bestuursrechter had geprocedeerd. Als consequentie van die vergeefse pogingen was zij door Nederland naar Rusland uitgezet, maar daar meteen na aankomst opgepakt en vreselijk behandeld: verkracht en gemarteld, een behandeling die zij zelf al had voorspeld, maar die in deze asielprocedures niet aannemelijk was geacht. Daarna was het haar gelukt om weer naar Nederland te reizen. Haar vierde aanvraag had tot verlening van een asielvergunning geleid. Zij vorderde van de Staat materiële en immateriële schadevergoeding vanwege het feit dat zij was uitgezet en die vreselijke behandelingen in Rusland had ondergaan. De gemachtigde van de Staatssecretaris van Vreemdelingenzaken verweerde zich met het betoog dat de vrouw rechtmatig was uitgezet en dat de bestuursrechter die besluiten ook rechtmatig had geoordeeld. Hij beriep zich dus op de formele rechtskracht van de afgewezen asielvergunningen en op het gezag van gewijsde van de uitspraken die eerder waren gedaan en waarschuwde voor de precedentwerking als we daarvan zouden afwijken. Toch heeft de Afdeling in afwijking van dat betoog de rechtbank Amsterdam gevolgd in haar veroordeling van de Staat tot schadevergoeding. “De aansprakelijkheid van de Staatssecretaris is erop gebaseerd dat het door appellante eerder gestelde risico van schending van artikel 3 EVRM (het verbod van een onmenselijke behandeling) bij uitzetting naar Rusland zich terstond na haar uitzetting heeft verwezenlijkt. Achteraf is dus gebleken dat de aanvankelijke risico-inschatting van de uitzetting onjuist was. Dit komt in dit specifieke geval, ook gelet op het fundamentele karakter van artikel 3 EVRM, in de verhouding tussen de Ss en appellante voor rekening van de Staatssecretaris.”
In feite een soort uitzondering op zowel de leer van de formele rechtskracht, die met zich zou brengen dat zou moeten worden uitgegaan van de rechtmatigheid van de eerdere weigeringsbesluiten als ook op het beginsel van het gezag van gewijsde van de rechterlijke uitspraken waarin die weigeringsbesluiten in stand waren gebleven. De Staat in dit geval niet veroordelen zou ongekend onrecht zijn geweest zo zou je het ook kunnen samenvatten. Maar het laat zich ook lezen zoals in les 4 is verwoord:



LES 4: SOMS GELDT: BETER TEN HALVE GEKEERD, VERZIN EEN LIST

2.5 Maar waar het mis ging: de Toeslagenaffaire

Ik schetste een aantal zaken waarop ik met enige voldoening terugblik over hoe we met dilemma's zijn omgegaan, maar in de Toeslagenaffaire is het echt misgegaan. Ik had natuurlijk kunnen zeggen: dat is geen kwestie waarin decentrale overheden een rol speelden dus ik ga er bij dit congres van de Vereniging voor Juridische Kwaliteitszorg gericht op decentrale overheden niet op in. Dat zou zowel nogal laf zijn als geen recht doen aan de ontwikkeling van het bestuursrecht in den brede. Die wordt immers door die affaire sterk beïnvloed. Ik beperk mij hier terugkijkend tot enkele opmerkingen om te proberen ook daar een algemene les uit te trekken[10].
De Afdeling behandelde een relatief beperkt aantal zaken over kinderopvangtoeslagen met een beperkt zicht op wat er zich in de praktijk afspeelde. De later zo gewraakte alles-of-niets lijn die in het rapport van de Commissie Van Dam[11] zo is bekritiseerd kwam erop neer dat, als er een of meer fouten van welke aard dan ook waren gemaakt bij de aanvraag die van invloed was op de toewijzing van de toeslag, alle daarop gebaseerde, bij vooruitbetaling betaalde toeslagen geheel moesten worden terugbetaald. Een kleine fout kon zo voor individuele toeslagouders enorme consequenties hebben. Die lijn was ingezet naar aanleiding van hoger beroepen van wel degelijk frauderende personen die geen recht hadden op die toeslagen en was een uitleg van de toepasselijke wettelijke bepalingen die ook werd beïnvloed door de wetsgeschiedenis waarin er in de Tweede Kamer op was gehamerd dat tegen fraude hard moest worden opgetreden. Daarbij kwam dat de Dienst Toeslagen van de Belastingdienst bij de Afdeling op zitting vaak aangaf dat er een betalingsregeling kon worden getroffen die inhield dat er maar een paar tientjes per maand hoefden te worden terugbetaald. Daarvan is achteraf gebleken dat het vaak niet zo is gegaan, maar dat de Belastingdienst regelmatig hard met executoriale beslagen en dergelijke achter de mensen aanzat. En die alles-of-niets benadering is te lang doorgezet, pas in 2019 is daarop teruggekomen, toen duidelijk was geworden hoe erg veel mensen in de problemen waren gekomen[12]. Zowel de rechtbanken als de Afdeling hebben veel tijd gestoken in de evaluatie van wat er fout ging en er zijn allerlei maatregelen genomen om herhaling te voorkomen. Ik verwijs hier vooral naar het reflectierapport van de Afdeling[13]. M.i. zou het de Tweede Kamer niet (hebben) misstaan ook aan zo'n evaluatie te doen, want de mede in het Parlement tot stand gekomen toeslagenwetgeving was en is m.i. in haar kern heel ongelukkig.

---

[10] *Zie voor meer achtergronden en lessen uitgebreid het hierna te noemen Reflectierapport van de Afdeling bestuursrechtspraak van december 2021, te vinden op de website van de Raad van State.*

[11] *Rapport van de Parlementaire ondervragingscommissie Ongekend onrecht, december 2020.*

[12] *Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535 en 3536, onder meer gepubliceerd in AB 2020, 82 met noot A. Drahmann en D.K. Jongkind.*

[13] *Reflectierapport "Lessen uit de Kinderopvangtoeslagzaken" van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, uitgave Raad van State november 2021.*

Het uitbetalen van grote bedragen aan mensen met vaak relatief lage inkomens op basis van niet of nauwelijks gecontroleerde gegevens in de aanvraag, die dan jaren later bij enige gebleken onjuistheid moeten worden terugbetaald, heeft als systeem inherent grote risico's om mensen in enorme problemen te brengen. Er zou een andere, betere weg moeten worden gevonden om inkomensherverdeling vorm te geven, hoe sociaal wenselijk en redelijk de ratio van het systeem op zichzelf ook is. Ik wil het laten bij deze bespiegeling, die de Afdeling geheel niet wil vrijpleiten. Wat ik er voor het thema van deze bijdrage vooral uit het voorgaande zou willen lichten is de volgende vijfde les:



LES 5: BEHOUD ZO MOGELIJK FLEXIBILITEIT EN EEN OPEN BLIK, OOK ALS JE EEN LIJN UITZET

Dat betekent dat je zowel bij het uitzetten van de lijn zo mogelijk jezelf de ruimte moet geven om de lijn te nuanceren en te modelleren al naar gelang de feiten die je voor je krijgt. En wellicht ook niet te snel met een harde lijn komen, al is de druk vanuit de praktijk om juist wel met duidelijke lijnen te komen vaak groot. De lijn zelf moet ruimte laten en de toepassing moet ook genuanceerd kunnen worden. Maar onproblematisch is dat niet.

3. Slot: Bestuursrecht na de toeslagenaffaire

Het bestuursrecht is nu in de greep van de gedachte dat wijsheid meer ruimte moet krijgen en dat het mechanisch toepassen van regels terrein moet verliezen. In de greep ook van de gedachte dat maatwerk steeds op haar plaats is. Dat het mechanisch toepassen van regels gevaarlijk is en burgers in grote problemen kan brengen omdat onvoldoende recht wordt gedaan aan hun individuele omstandigheden. Deze verandering in het denken doet denken aan de ontwikkelingen die zich eerder in het civiele recht hebben voorgedaan. Daar is al eerder veel gedelibereerd over: hoe is de verhouding tussen de wet en de billijkheid in het individuele geval, zie bijvoorbeeld de beroemde rede van de Amsterdamse hoogleraar burgerlijk recht en rector magnificus Bregstein uit 1952, de betrekkelijke waarde der wet[14]. Deze houdt geen pleidooi om de wet weg te relativeren, maar wel om vooral naar de bedoelingen achter de wet te kijken en open oog te hebben voor de omstandigheden van het geval. Bekend is ook de discussie over de vraag of een partij altijd gehouden moet worden aan de letterlijke tekst van een overeenkomst. In het civiele recht werd altijd al meer ruimte geboden voor de billijkheid in het individuele geval en voor afwijking van wat letterlijk overeengekomen is bijv. omdat

[14] *M.H. Bregstein, De betrekkelijke waarde der wet, rede gehouden ter herdenking van de 320e verjaardag van de UVA, uitgeverij Tjeenk Willink Zwolle 1952.*

niet kan worden aangenomen dat partijen een bepaald resultaat hebben bedoeld[15]. En ik vind het een goede ontwikkeling dat er meer aandacht voor is dat ook overheidsjuristen die de wet in het bestuursrecht toepassen, steeds moeten blijven nadenken over de vraag of de wet niet te mechanisch wordt toegepast en er oog voor moeten houden dat de wet geschreven is om rechtvaardige en evenredige oplossingen voor mensen te verwezenlijken en dat het niet gaat om een daarvan losstaand abstract systeem. Maar tegelijkertijd moet daarbij worden gezegd dat een wat losser omgaan met de wet in het civiele recht mijns inziens makkelijker kan dan in het bestuursrecht. Want in het bestuursrecht heeft de overheid met heel veel burgers te maken en speelt de kwestie van de precedentwerking, gelijke behandeling en rechtszekerheid veel sterker dan in het civiele recht, dat toch vaak geënt is op een meer plooibare tweepartijenverhouding. Misschien ben ik te veel van een voorbije generatie, maar ik denk dat het losser omgaan met de wet in het bestuursrecht toch een tandje ingewikkelder is en zal blijven dan in het civiele recht. Er is immers bij een losser omgaan met de wet altijd spanning met het ideaal van de rechtsstaat dat in het staats- en bestuursrecht centraal staat en dat inhoudt dat ieder gelijk moet worden behandeld en dat wet en recht daarvoor zorgen. Het rechtsstaatideaal van gelijkheid voor de wet en geen willekeur kan moeilijk zonder rechtszekerheid gevende algemene regels die vrij strikt worden nageleefd. Dus ik blijf vinden dat het gelijkelijk toepassen van algemene regels de hoofdbenadering moet blijven, juist om rechtszekerheid en rechtsgelijkheid te waarborgen. Bovendien speelt in het krachtenveld waarin de praktijkjurist bij de decentrale overheid mee te maken heeft nadrukkelijk mee, dat de regels juist de gereedschapskist zijn van juristen tegenover bestuurders en politici die soms graag oplossingen willen die niet in de regels passen. Een pleidooi om in het bestuursrecht losser om te gaan met de wet geeft zo beschouwd veel bestuurders en politici die steeds vaker niet-rechtsstatelijke oplossingen bepleiten, een fraaie argumentatieve basis. In de wijze waarop we de vraagstelling “Regels versus wijsheid“ na de Toeslagenaffaire aanvliegen ligt m.i. te zeer besloten dat de regels ons juristen vaak in de weg zitten bij het vinden van rechtvaardige oplossingen voor burgers. Rechtvaardige en rechtsstatelijke oplossingen worden bevorderd als juristen bestuurders en politici, die het niet zo nauw willen nemen met de regels, juist kunnen wijzen op het belang van het handhaven van die regels en het vinden van oplossingen binnen die regels. Het is tegelijkertijd van cruciaal belang om te onderkennen wanneer er aanleiding is tot differentiatie en daarvoor altijd open te staan. Het toepassen van regels mag niet machinaal gebeuren. Rechtvaardigheid vereist een open oog en oor voor de vraag: is hier iets bijzonders aan de hand, waartoe leidt strikte toepassing van de regel in de realiteit?

---

[15] *Zie het bekende Haviltex-arrest van 13 maart 1981, NJ 1981, 635, m.nt. Brunner.*

Kortom, we zijn er nog niet uit en dat zullen we bij het dilemma Striktheid versus wijsheid nooit helemaal zijn: het is steeds aan u als praktijkjuristen bij de decentrale overheden om in dat dilemma een goed evenwicht te vinden, ik hoop dat u daarbij enigszins geïnspireerd bent door wat ik daarover naar voren heb gebracht.



LES 6: RECHT IS GEEN WISKUNDE: OOK VOOR DE DECENTRALE JURIST EEN ZOEKTOCHT NAAR EVENWICHT!

II Kroniek van 45 jaar bestuursrechtspraak[16]

1. Inleiding: hoe het begon

Op 1 oktober 1978, ik was net 23 geworden, begon ik in de laatste fase van mijn studie in Leiden aan een studentstage bij Stibbe aan het Rokin in Amsterdam. Het kantoor telde toen zo'n tien tot vijftien advocaten. Robert Samkalden was daar begonnen om het administratieve recht als specialisme te ontwikkelen. Hij had gehoord dat dit mijn afstudeerrichting was en vroeg mij of ik ervoor voelde een maand of drie mee te lopen. Ik was als kind van mijn tijd, het waren de jaren '70, helemaal niet van plan de commerciële advocatuur in te gaan. Ik had wetenschappelijke belangstelling en was ook in gesprek met professor De Goede, hoogleraar administratief recht, over een eventueel promotietraject. Maar een korte studentstage kon geen kwaad, zo dacht ik. Vanaf de eerste dag was ik gegrepen door de casuïstiek en de levendigheid van de vragen die in de advocatuur op je afkomen. Ik zou er na die studentstage in het laatste kwartaal van 1978 vanaf het najaar 1979 22 jaar met veel plezier als advocaat werken.

Mij staat goed de eerste keer bij dat ik een rechtszaal betrad, in de loop van diezelfde oktobermaand in 1978. Het was een civiel kort geding bij de toenmalige vicepresident van de rechtbank, mr. Asscher (de in de jaren '80 bekende Amsterdamse rechtbankpresident). De zaak ging erover of het vertrouwensbeginsel met zich bracht dat de gemeente Amsterdam als erfverpachter moest meewerken aan de door onze cliënt Strauss benodigde erfpachtrechtelijke toestemming voor splitsing in appartementsrechten van een fraai huis in Amsterdam-Zuid. De directeur Publieke Werken van de gemeente Amsterdam, en niet het college van B en W, had acht jaar daarvoor in een brief aangegeven daar geen bezwaar tegen te hebben. Daarna had de notaris bij de aankoop van het huis door Strauss de splitsing in appartementsrechten juridisch voltrokken, maar dus zonder de formeel vereiste toestemming van het bevoegde college van B en W. De gemeente wilde de toestemming niet alsnog geven of alleen geven op basis van een exorbitante verhoging van de erfpachtcanon, die in die acht jaar geweldig was verhoogd als het om medewerking aan zo'n splitsing ging. Ik zie mij nog wat schuchter zitten in een zittingszaal in het toenmalige Paleis van Justitie aan de Prinsengracht in Amsterdam. Ik was verbaasd en ook wel trots dat Robert Samkalden een door mij ijverig en ongehinderd door enige ervaring gemaakte notitie vrijwel integraal voordroeg. Ik had er mijn best op gedaan maar het was toch een beetje knip-en-plakwerk van een student.

---

[16] *Dit is de tekst van de afscheidsrede die prof. mr. J.E.M. (Jaap) Polak op 11 december 2024 in verkorte vorm uitsprak ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar bestuursrecht in Leiden en staatsraad bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Deze tekst is ook verschenen in NTB 2025/3.*

Het hielp natuurlijk dat Robert Samkalden als geen ander in staat was ook niet zo sterke argumenten met bijzonder fraaie dictie en zo'n gewichtigheid – hij noemde dat op zijn Frans "poid" – te brengen, dat het altijd indruk maakte. Na afloop van het kort geding gebeurde er iets dat in de wereld van vandaag niet meer is voor te stellen. Het was inmiddels lunchtijd en Asscher stelde de advocaten (Willem Wiarda trad op voor de gemeente) voor gezamenlijk te lunchen in het restaurant naast het toenmalige Paleis van Justitie aan de Prinsengracht. Zij stemden daar graag mee in en ik mocht ook mee. Kon dat wel, de rechter die buiten de zittingszaal met partijen sprak? Ja, dat kon heel goed. De heren spraken na afloop over allerhande dingen in de juridische wereld die hen bezighielden (ik luisterde, een rol die mij goed ligt), maar met geen woord meer over de zaak van die ochtend; dat sprak vanzelf, daar waren geen regels of protocollen voor nodig. Wij wonnen het kort geding, maar de gemeente won het hoger beroep bij het hof. We hielden vol en ook onze Haagse cassatieadvocaat zag wel brood in cassatie bij de Hoge Raad. Nadat bij de Hoge Raad een motiveringsklacht van onze kant in cassatie slaagde[17], hebben de advocaten de zaak geschikt; de splitsing werd goedgekeurd en de canon ging flink maar niet exorbitant omhoog.

Dit was een civiel kort geding, maar het ging over de betekenis van de bestuursrechtelijke beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het vertrouwensbeginsel, en in België of Frankrijk was de zaak bij de bestuursrechter gekomen. In de bestuursrechtspraak is het sindsdien vaak gegaan over de betekenis van het vertrouwensbeginsel[18]. Tussen de zaak Strauss en de onder kenners bekende uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak uit 2019[19] over de illegale dakopbouw een eindje verderop in Amsterdam-Zuid, ook over opgewekt vertrouwen (die opbouw mocht daarom blijven), ligt zo'n veertig jaar. De wereld van de rechtspraak is in de periode van mijn werkend leven veranderd, cultureel (wij gaan nooit na afloop van een zaak met de advocaten lunchen), maar ook inhoudelijk. Wat is er gebeurd en veranderd in de rol van de bestuursrechtspraak? En waar staan we nu? Daar wil ik een paar opmerkingen over maken als afsluiting van de 45 jaar waarin ik mij in die wereld heb bewogen. Daarbij richt ik mij vooral op de rol en positie van de bestuursrechter in het politieke en maatschappelijke krachtenveld, ook om bij deze gelegenheid niet met een technisch juridisch betoog te komen.

---

17 *HR 24 april 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4180, NJ 1982/84, m.nt. W.M. Kleijn.*

18 *Zie bijv. de mooie preadviezen voor de VAR in 2018 van L.J.A. Damen, C.N.J. Kortmann & R.F.B. van Zutphen, Vertrouwen in de overheid (VAR-reeks 160), met veel verdere verwijzingen.*

19 *ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1694, AB 2019/302, m.nt. L.J.A. Damen. (na een monumentale conclusie van staatsraad A-G Wattel 20 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:896), zie C.A.J. M. Kortmann, 'Dakopbouw Amsterdam; het vertrouwensbeginsel bij toezeggingen en inlichtingen', noot 45, p. 169-194 in AB Klassiek 2022, 8e druk, onder redactie van T. Barkhuysen, J.E.M. Polak, B.J. Schueler & R.J.G.M. Widdershoven, Deventer: Wolters Kluwer 2022, ook voor verdere verwijzingen naar literatuur en rechtspraak.*

Ik heb die 45 jaar in vier periodes verdeeld waarop ik in chronologische volgorde inga (zie hierna onder 2 tot en met 5). Daarna maak ik, voordat ik eindig met enkele dankwoorden (onder 7), een paar opmerkingen over het actuele debat over de bestuursrechtspraak (zie hierna onder 6).

2. 1979-1994: de opkomst van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming

De eerste 15 jaren van de 45 jaar die dit verhaal bestrijkt, de periode van 1979 tot de komst van de Awb in 1994, kunnen (misschien wat paradoxaal, omdat het dus gaat om de pre-Awb-periode) worden gezien als de fase van opkomst en groei van rechtsbescherming tegen de overheid. Onder de in 1976 in werking getreden wet Arob stelde de toenmalige Afdeling rechtspraak van de Raad van State (direct al onder de door mij bewonderde, maar als advocaat ook wel gevreesde voorzitter Van der Hoeven)[20] eisen aan de voorbereiding en motivering van beschikkingen, die we daarvoor in de civiele rechtspraak en die van andere bestuursrechters niet of nauwelijks tegenkwamen. Dat vernietigingen van overheidsbesluiten Pyrrusoverwinningen konden zijn, omdat de overheid die besluiten met een betere motivering of na degelijker onderzoek kon herstellen, bleek in de eerste tijd van de wet Arob nog niet of nauwelijks. Daardoor leek de verruiming van de rechtsbescherming van de burger nog groter dan zij was[21]. Vooral het feit dat er überhaupt tegen vrijwel alle overheidsbeschikkingen kon worden geprocedeerd bij de bestuursrechter, betekende veel voor de emancipatie van het vak, dat daarvoor toch vooral een onderdeel van het civiele recht over de onrechtmatige daad was, waarover bij de burgerlijke rechter werd geprocedeerd. En de burgerlijke rechter deed in die periode ook dapper mee met het uitbouwen van de rechtsbescherming. We hebben er klassiekers van de Hoge Raad aan te danken als het Sint Oedenrode/Driessen-arrest uit 1984 (kern: een vernietigd besluit betekent dat aan het onrechtmatigheidsvereiste is voldaan als een van de eisen om o.b.v. onrechtmatige daad schadevergoeding te kunnen krijgen)[22], het Landbouwvliegers-arrest uit 1986 (kern: ook algemene regels kunnen, zij het terughoudend, aan algemene rechtsbeginselen worden getoetst)[23] en het Leffers-arrest uit 1991 (kern: de overheid kan ook bij een gerechtvaardigde maatregel in het belang van de volksgezondheid schadeplichtig zijn aan een beroepsgroep die daardoor onevenredig wordt getroffen, schadevergoeding bij rechtmatige daad)[24].

---

[20] *Eerder schreef ik over zijn werk en leven: 'De drie dimensies van het bestuursrecht', Ars Aequi 2013, afl. 2, p. 94-95.*

[21] *Zie het Groningse onderzoek van P.J.J. van Buuren, H. Bolt & M. Scheltema, Kroonberoep en Arob-beroep, Deventer: Kluwer 1981.*

[22] *HR 24 februari 1984, AB Klassiek 2022/6, m.nt. B.J. Schueler, p. 93-106 (Sint Oedenrode/Driessen).*

[23] *HR 16 mei 1986, AB Klassiek 2022/9, m.nt. R.M. van Male, p. 147-174 (Landbouwvliegers).*

[24] *HR 18 januari 1991, NJ 1992/638, m.nt. Brunner en AB 1991/241, m.nt. F.H. van der Burg, ook besproken door M.K.G Tjepkema in AB Klassiek 2022, t.a.p., nr. 34, p. 585-600 (De Wouwse Tol).*

En ook de verstrekkende uitspraken van de Centrale Raad van Beroep over gelijkheid in de sociale zekerheid die we nu burger- of vrouwvriendelijk zouden noemen, passen goed in dat tijdsbeeld[25]. Ik zie deze ontwikkeling als de doorwerking in de rechtspraak van het gedachtegoed uit de jaren ’60 en ’70 waarin kritischer naar de overheid werd gekeken.

3. 1994-2000: de reactie. Bestuur in geding, de juridiseringsdiscussie van eind jaren ’90

Deze opmars van de rechtsbescherming tegen de overheid werd in kringen van bestuurders vaak helemaal niet als een vooruitgang gezien, maar als hinderlijk. Bekend is dat minister-president Lubbers en de bewindslieden op het Ministerie van Sociale Zaken, De Koning en De Graaf (allen CDA), al in de jaren ’80 konden klagen over die uitspraken van de Centrale Raad van Beroep, die de staatskas veel geld zouden kosten aan uitkeringen in de sociale zekerheid. Het verzet van de bestuurders bereikte een hoogtepunt met de publicatie van het rapport Bestuur in geding van de werkgroep Van Kemenade in 1996/97[26]. Daarin werd de bestuursrechtspraak weggezet als “herkansingsmogelijkheid om democratisch genomen of in ieder geval democratisch gelegitimeerde besluiten aan te vechten”. Burgers zouden daardoor te gemakkelijk een geslaagd beroep kunnen doen op algemene rechtsbeginselen, waarvan de betekenis onzeker werd geacht. Politici van de drie toen grote partijen PvdA, CDA en VVD zaten in de werkgroep of betuigden hun adhesie aan dat gedachtegoed[27]. De Nederlandse politiek moest wennen aan een bestuursrechter die ertoe deed.

---

[25] *CRvB 14 mei 1987, AB 1987/543 na HvJ EU 4 december 1986, NJ 1987/846; CRvB 5 januari 1988, NJCM bulletin 1988, m.nt. A. Heringa, p. 98 e.v. met een overzicht van verdere rechtspraak; zie over deze uitspraken over discriminatie van vrouwen in de sociale zekerheid W.M. Levelt-Overmars, ‘De uitspraken van de CRvB d.d. 5 januari 1988 over artikel 26 BuPo-verdrag en de consequenties voor de Nederlandse sociale verzekeringen’, NJB 1988, p. 589-599 en J.E.M. Polak, ‘Gelijke behandeling en onrechtmatige wetgeving’, NJB 1988, p. 600-604.*

[26] *Werkgroep inzake terugdringing van de juridisering van het openbaar bestuur (werkgroep Van Kemenade), Bestuur in geding, Haarlem 1997.*

[27] *De voorzitter van de werkgroep, PvdA kopstuk Van Kemenade, was toen commissaris van de Koningin in Noord-Holland en al in de jaren ’70 een toen jonge, ambitieuze Minister van Onderwijs in het Kabinet Den Uyl. J.B.J.M. ten Berge, De oplopende spanningen tussen openbaar bestuur en rechter (VAR-reeks 117), rede als VAR-voorzitter in 1996, somt op dat de PvdA burgemeesters Patijn, Peper, Ouwerkerk en Wöltgens deze geluiden ook lieten horen. Ook vanuit het CDA kwamen die geluiden (zie bijv. oud-minister G.P.H. Brokx, ‘Rechtspraak in de knel door het openbaar bestuur’, NTB 1997/1, p. 1-5). De toenmalige politiek leider van de VVD, F. Bolkestein, liet zich in interviews in dezelfde zin uit.*

In werkelijkheid viel het nogal mee (of tegen) met wat de bestuursrechtspraak zich ten opzichte van de besluitvorming van de overheid veroorloofde, zo heb ik ooit uitvoeriger toegelicht dan ik het nu kan doen[28]. Bij de ontwikkeling van de algemene rechtsbeginselen die in het rapport Van Kemenade werd gehekeld, ging het vooral om de eisen dat een besluit op een deugdelijke motivering moet berusten en op gedegen onderzoek van alle relevante feiten. Als een besluit daaraan voldeed of na een vernietiging alsnog voldeed, placht het overeind te blijven. Het was vooral de gemakkelijke toegang tot de bestuursrechter en het feit dat deze überhaupt met zijn zorgvuldigheids- en motiveringstoetsing veelvuldiger dan de civiele rechter daarvoor controle kon uitoefenen, waaraan bestuurlijk Nederland moest wennen. Die kritiek op rechterlijke bemoeienis met bestuurlijk handelen is van alle tijden maar beleefde toen, met dat rapport Bestuur in geding over de juridisering van het openbaar bestuur, een invloedrijke periode. Overigens kreeg zij van de kant van de staats- en bestuursrechtwetenschappers, die altijd veel gewicht aan het rechtsbeschermingsperspectief plegen te geven, weinig tot geen bijval[29].

3.1 Geen beroep tegen algemeen verbindende voorschriften

De invloed van dat rapport kan wellicht het beste worden geïllustreerd aan de hand van het thema van de toetsing van algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels. Anders dan in ons omringende West-Europese landen als Duitsland, België en Frankrijk, kan men in Nederland niet rechtstreeks bij de bestuursrechter in beroep komen tegen algemene regels – ik laat echte wetten in formele zin buiten beschouwing –, dus tegen AMvB's, ministeriële regels en gemeentelijke en provinciale verordeningen. Dat kan elders in West-Europa wel. Bij de invoering van de Awb op 1 januari 1994 lag door een op 22 juni 1993 aanvaard amendement vast dat er vanaf 1 januari 1999 ook beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels zou openstaan[30]. Maar op basis van een notitie van Minister Sorgdrager van Justitie en Staatssecretaris Kohnstamm van Binnenlandse zaken van 13 mei 1997[31] werd daarvan in 1998, met een wetsvoorstel dat de invoering van dat beroep uitstelde, afgezien[32].

---

[28] *De bestuursrechtspraak en de juridisering', NJB 1997, afl. 21, p. 950-955, ook opgenomen in: Burgerlijke rechter of bestuursrechter. De gewenste verdeling van de rechtsmacht bij: regelgeving, schadeveroorzakend overheidshandelen, tweewegenleer-vragen (diss. Universiteit van Amsterdam), Deventer: Kluwer 1999, p. 118-126.*

[29] *Zie B.W.N. de Waard, 'Rechtsbescherming in bescherming', NTB 1997/1, p. 6-12.*

[30] *Kamerstukken II 1992/93, 22495, nr. 19.*

[31] *Kamerstukken II 1996/97, 25383, nr.1.*

[32] *Zie de indiening van het wetsontwerp met MvT, Kamerstukken II 1997/98, 26077, nrs. 1 tot en met 3; de wet werd juist op tijd in het Staatsblad geplaatst, op 24 december 1998, Stb. 1998, 738, uitgegeven op 29 december 1998.*

Die notitie was een afgewogen, inhoudelijk rijk stuk waarin de argumenten pro en contra invoering van die beroepsmogelijkheid uit de doeken werden gedaan. De argumenten pro worden daarin met veel meer overtuiging over het voetlicht gebracht dan de argumenten contra[33], maar de notitie eindigt toch met het voorstel de invoering van het beroep uit te stellen en dat was in feite afstellen. Daarbij speelde de door de werkgroep Van Kemenade aangezwengelde discussie over de juridisering van het openbaar bestuur een belangrijke rol.

Dat betekent niet dat er geen rechtsbescherming tegen algemeen verbindende voorschriften openstaat. Juist omdat er geen beroep bij de bestuursrechter mogelijk is, kan er bij de burgerlijke rechter als restrechter tegen algemene regels worden opgekomen. Jarenlang is het Landbouwvliegers-arrest van 16 mei 1986, een zaak die ik als jonge advocaat in de feitelijke instanties had gedaan, het standaardarrest geweest[34]. In de zomer van 1984 vorderde ik in kort geding bij de Haagse rechtbankpresident, mr. Wijnholt, buitenwerkingstelling van nieuwe algemene regels waarin de bedrijfsvoering van het spuiten van bestrijdingsmiddelen op landbouwgronden stevig werd beperkt. Ik had een uitvoerig betoog waarom die regels niet op de Bestrijdingsmiddelenwet konden worden gebaseerd, dus dat er strijd met die wet was, althans dat deze geen voldoende basis bood. Daar meende ik het van te moeten hebben. Dat algemene regels ook aan rechtsbeginselen zouden worden getoetst, leek mij, gelet op de toenmalige stand van de rechtspraak, een stap te ver, maar onder het motto “niet geschoten is altijd mis”, dat bij het advocatenbestaan hoort, had ik aan het slot nog een kort betoog dat de voorschriften ook in strijd waren met de zorgvuldigheid en een deugdelijke motivering ontbeerden. Waarop mijn net wat oudere tegenpleiter Keus (de latere A-G in civiele zaken en bij de hoogste bestuursrechters) van het kantoor van de landsadvocaat betoogde dat zo’n toetsing niet zou kunnen. Ik zie Wijnholt nog oplichten en hem vragen: “Waarom eigenlijk niet? Het gaat toch niet om wetgeving in formele zin en er is toch geen toetsingsverbod?” En vervolgens schreef hij in zijn vonnis van 31 juli 1984[35] met de hem eigen toegankelijke taal dat de vraag of strijd van deze maatregel van wetgevende aard met een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur onrechtmatigheid opleverde, “dezerzijds met ja wordt beantwoord”. Uiteindelijk verloor ik de zaak bij de Hoge Raad; de toetsing aan algemene rechtsbeginselen werd wel mogelijk geacht, maar dan wel terughoudend aan het verbod van willekeur en strijd met dat verbod was volgens de Hoge Raad niet aan de orde. Het was een soort overwinningsnederlaag, want het was toch de eerste erkenning van de Hoge Raad van de mogelijkheid dat ook algemene regels aan algemene rechtsbeginselen kunnen worden getoetst.

---

[33] *J.E.M. Polak, ‘Rechtstreeks beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels bij de bestuursrechter: voorlopig van de baan?’, Trema 1997, nr. 8, p. 269-272, (afl. 8), opgenomen in Burgerlijke rechter of bestuursrechter, Deventer: Kluwer 1999, p. 56-62.*

[34] *Zie HR 16 mei 1986, AB Klassiek 2022/9, m.nt. R.M. van Male, p. 147-174 (Landbouwvliegers), waar men ook terechtkan voor verdere verwijzingen.*

[35] *Pres. Rb. Den Haag 31 juli 1984, ECLI:NL:RBSGR:1984:AH0392, KG 1984/231.*

3.2 Ontwikkeling toetsing algemeen verbindende voorschriften vertraagd

Toch heeft de ontwikkeling van de toetsing van algemene regels na dat arrest uit 1986 decennialang niet de vlucht genomen die je zou verwachten. Dat komt mijns inziens vooral doordat men er niet rechtstreeks bij de bestuursrechter tegen kon opkomen en omdat de gang naar de burgerlijke rechter voor burgers een financiële barrière kent met zijn verplichte rechtsbijstand, hogere griffierechten en het risico op een proceskostenveroordeling. Pas de laatste jaren is – vooral na een conclusie van staatsraad A-G Widdershoven[36] – meer aandacht voor de mogelijkheid van exceptieve of indirecte toetsing bij de bestuursrechter. Daarbij stelt men in het kader van een beroep tegen een individueel uitvoeringsbesluit de verbindendheid van de algemene regel waarop dat uitvoeringsbesluit steunt, aan de orde. Widdershoven bepleitte een meer intensieve, maar toch nog altijd exceptieve of indirecte toetsing aan algemene rechtsbeginselen van die algemene regels, die geen wetgeving in formele zin zijn. De hoogste bestuursrechters hebben dat betoog goeddeels gevolgd[37]. Niet helemaal, want algemene regels kunnen nog steeds niet onverbindend worden verklaard wegens strijd met formele beginselen; wel kunnen zij dan in een concreet geval buiten toepassing blijven. Over die exceptieve toetsing zijn recent twee mooie proefschriften geschreven en zij staat op dit moment volop in de belangstelling[38]. Het blijft een wat gekunstelde constructie. Het gestaag toenemen van algemene regels ten koste van individuele beschikkingen vraagt eens te meer om de mogelijkheid van rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter tegen algemene regels. Peter van Buuren en ik bepleitten dat onafhankelijk van elkaar al in 1987 in onze NJV-preadviezen, een pleidooi dat vaak, maar tot nu toe dus tevergeefs, is herhaald[39].

---

[36] *ABRvS 22 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557.*

[37] *In chronologische volgorde: CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2016, ABkort 2019/335 en Gst. 2019/156; ABRvS 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:452, AB 2021/14, m.nt. M. van Zanten; HR 11 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1988, BNB 2021/34, m.nt. P. Kavelaars en CBb 9 maart 2021, ECLI:NL:CBB:2021:240. Zie over de wijze van toetsing van gebonden bevoegdheden in avv's aan het evenredigheidsbeginsel voorts CBb 26 maart 2024, ECLI:NL:CBB:2024:190, AB 2024/164, m.nt. M. van Zanten.*

[38] *L.A. van Heusden, Rechterlijke toetsing van de rationaliteit van algemeen verbindende voorschriften (diss. Tilburg), Den Haag: Boom juridisch 2022 en Melanie van Zanten, Indirecte toetsing door de bestuursrechter van algemeen verbindende voorschriften aan evenredigheid (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2024.*

[39] *Zie bijv. de VAR preadviezen (VAR-reeks 158) voor de VAR-jaarvergadering in 2017 van R.J.B. Schutgens, Rechtsbescherming tegen algemene regels: tijd om de Awb te voltooien en W.J.M. Voermans, Besturen met regels, volgens de regels. Evenals "Artikel 8:2 Awb; weg ermee!" van Y.E. Schuurmans & W.J.M. Voermans, in: Bestuursrecht harmoniseren, 15 jaar Awb, Den Haag 2010, p. 809-831, onder redactie van T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak.*

4. Het eerste decennium van deze eeuw; nadruk op meer effectiviteit van de bestuursrechtspraak

Na de juridiseringsdiscussie eind jaren '90 richtte de bestuursrechtspraak zich in het eerste decennium van deze eeuw in belangrijke mate op meer effectiviteit. Want zowel degenen die vooral het belang van goede en effectieve rechtsbescherming voorstonden als degenen die meevoelden met de geluiden van de kant van de werkgroep Van Kemenade waren kritisch over de effectiviteit van de bestuursrechtspraak. Van beide kanten was er veel kritiek op de vele motiverings- en zorgvuldigheidsvernietigingen, waarna de discussie weer opnieuw kon beginnen en geschillen zich lang konden voortslepen[40]. Mijn leermeester Koopmans had als altijd een scherpe observatie en stelde op de staatsrechtconferentie van 1998: "Bestudeert men de tekst van de Awb, dan lijkt het of alles eigenlijk wel kan, als het maar netjes en volgens de voorgeschreven procedures gebeurt."[41], daarmee doelend op het feit dat het bestuur, als het een bepaalde doelstelling had, deze altijd wel kon bereiken als men maar een lange adem had.
Finale geschilbeslechting werd door de bestuursrechter vanaf 2007/2008 centraal gesteld. Ook de wetgever deed mee, bijvoorbeeld met de invoering van de bestuurlijke lus, nadat daar in de wetenschap voor was gepleit. Die effectiviteitsdiscussie was in dat tijdgewricht nodig. Tegelijkertijd stond zij soms in de weg aan het zicht op de meer constitutionele kant van de bestuursrechtspraak[42], het verder doordenken van de betekenis van rechtsbeginselen en de processuele rechtvaardigheid[43]. Terugkijkend ziet men vrijwel altijd dat een bepaalde focus in een tijdsgewricht, zoals die op effectiviteit, de neiging heeft door te schieten ten koste van andere belangrijke elementen, waardoor het evenwicht verstoord lijkt te raken.

---

[40] *B.J. Schueler, Vernietigen en opnieuw voorzien. Over het vernietigen van besluiten en beslechten van geschillen (diss. Utrecht), Zwolle 1994; J.E.M. Polak, Effectieve bestuursrechtspraak. Enkele beschouwingen over het vermogen van de bestuursrechtspraak geschillen materieel te beslechten (oratie Leiden), Deventer 2000; B.J. van Ettekoven, Alternatieven van de bestuursrechter, VAR preadvies (VAR-reeks 126), Den Haag 2001.*

[41] *T. Koopmans, 'Staatsrecht, bestuursrecht, Awb: een poging tot synthese', in: Het bestuursrecht als agenda voor het staatsrecht, Staatsrechtconferentie 1998, W.E.J. Tjeenk Willink: Deventer 1999, p. 194; zie daarover meer recent T. Barkhuysen, 'Naar een materieel rechtvaardiger bestuursrecht', NJB 2023/324.*

[42] *Vgl. hetgeen M. Adams, 'De Grondwet als winterdijk', NJB 2024/1551, schrijft over het gebrek aan constitutionele cultuur in Nederland dat hij in 2004 aantrof, toen hij vanuit België in Tilburg ging doceren. Hij ontwaart daarin in de laatste jaren een verandering.*

[43] *Zie het proefschrift van D.A. Verburg, Bestuursrechtspraak in balans: Bejegening, beslechting en bewijs (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2019.*

5. Vanaf ongeveer 2010: europeanisering en vanaf 2014: intensievere toetsing aan rechtsbeginselen, vooral evenredigheid; maar bestuur leeft uitspraken vaker niet na

5.1 Europeanisering van het bestuursrecht

Het accent verschoof vervolgens weer. Vooral sinds ongeveer 2010 verdiept de vanaf de eeuwwisseling[44] gestaag in gang gezette europeanisering van het bestuursrecht zich en krijgt die een wezenlijke invloed op de rol die de bestuursrechtspraak speelt in het maatschappelijke krachtenveld. Daardoor moet het door uitspraken van de rechter met de richting van besluiten soms echt een andere kant op. Natuurlijk, het Benthem-arrest van het EHRM[45] heeft al in 1985 zijn invloed doen gelden op vooral de inrichting van de rechtsbescherming, doordat toen het oude Kroonberoep werd afgeschaft en er ook op terreinen waar dat nog bestond, beroep op de bestuursrechter mogelijk werd. Maar het materiële recht bleek toch nog lange tijd heel behoorlijk te kunnen worden beoefend als men geen weet had van EU-recht of het EVRM. In mijn advocatentijd tussen 1979 en 2001 vielen je vaak wat medelijdende blikken ten deel als je je daarop beriep. Ik herinner mij dat mijn naamgenoot J.M. Polak in een Jonge Balie bundel over een door mij bepleite, maar bij hem verloren zaak schreef: "De advocaat heeft er van alles aan gedaan, zelfs artikel 6 EVRM van stal gehaald." Kennelijk was toen de gedachte dat, als je het daarvan moest hebben, je toch eigenlijk een zwakke zaak had. Dat nu is wezenlijk veranderd. Zo zijn politiek gevoelige rechtsgebieden als het omgevingsrecht en het vreemdelingenrecht in korte tijd sterk beïnvloed, of sterker nog worden zij soms zelfs geheel beheerst door Europees materieel recht. Een concept als terughoudende toetsing is dan minder van belang. De rechter bepaalt veeleer welke regels het bestuur moet of had moeten toepassen of soms vergeten is toe te passen. De rol van de bestuursrechter is in de meerlagige rechtsorde vaak die van de boodschapper, die de nationale autoriteiten uitlegt wat de Europese rechtsorde allemaal met zich brengt.

De bekendste voorbeelden van die ontwikkeling kennen we allemaal: de rechtspraak van de Afdeling over de stikstofproblematiek[46], die op de uitleg van het HvJ EU van de Habitatrichtlijn is gebaseerd, de uitspraak van de Hoge Raad in de Urgenda-zaak[47] die gebaseerd is op artikel 8 van het EVRM in combinatie met de in

---

[44] *Zie in die periode wel al J.E.M. Polak, 'Nationaal bestuursrecht in een internationale context', NJB 2003, afl. 6, p. 266-272.*

[45] *EHRM 23 oktober 1985, AB Klassiek 2022/7, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (Benthem). Toegang tot een onafhankelijke en onpartijdige (bestuurs)rechter.*

[46] *ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, AB 2019/309, m.nt. Backes.*

[47] *HR 20 december 2019, AB Klassiek 2022/46, m.nt. R.J.B. Schutgens (Urgenda). Rechterlijke toetsing van het Nederlandse klimaatbeleid aan internationale mensenrechtenbepalingen.*

internationaal verband gemaakte klimaatafspraken en (van andere orde maar voor veel vermogende Nederlanders misschien minstens zo aansprekend) ook de rechtspraak van de Hoge Raad in belastingzaken waarbij het belasten van fictieve winsten op vermogens op grond van artikel 1, eerste protocol van het EVRM aan banden is gelegd [48]. Het zijn sprekende voorbeelden van uitspraken die er in de Haagse politieke arena inhakken op een wijze die we vroeger niet kenden. Op de jaarvergadering bij de NJV ben ik daarop in 2022 als voorzitter ingegaan[49]. Ik wees er toen op dat mijn visionaire leermeester Koopmans al in de jaren '80 schreef dat de europeanisering ook echt betekenis zou gaan hebben voor de staatsrechtelijke positie van de rechter[50]. De rol van de rechter in de politieke arena was in Nederland lange tijd niet zo geweldig groot. Ministers lagen tot ruim na de eeuwwisseling nooit wakker van uitspraken van de rechter, maar dat is vooral door deze ontwikkeling veranderd. Zo weten we allemaal dat het nu een prominente vraag is of een aantal belangrijke voornemens van het kabinet-Schoof juridisch houdbaar zijn en het bij de rechter wel zullen houden vanwege de Europese afspraken waaraan burgers en belangenorganisaties de regering bij de rechter kunnen houden. De vraag is dus of de europeanisering van ons bestuursrecht voor sommige plannen niet een sta-in-de-weg zal zijn. Daarbij zet de regering ook in op het veranderen van een aantal op Europees niveau gemaakte afspraken op het terrein van landbouw en klimaat of op het daarvan tijdelijk ontheven worden op het terrein van asiel. Ik zal het als pensionado afwachten maar het lijkt hoe dan ook waarschijnlijk dat de rechter in dit spanningsveld tussen Europese afspraken en de behoefte van het kabinet om de oplossingen in andere richting te zoeken, zal moeten aangeven wat wel, maar ook wat niet kan.

5.2 Intensievere toetsing aan rechtsbeginselen

Ongeveer tegelijkertijd met de door europeanisering gegroeide rol van de bestuursrechter, en misschien ook wel in samenhang hiermee, is er een duidelijke trend tot intensievere toetsing door de bestuursrechter aan rechtsbeginselen ten gunste van de rechtsbescherming van de burger. Die trend was zeker vanaf 2014 al aan de gang, maar is geïntensiveerd door de Kinderopvangtoeslagaffaire. De Afdeling heeft terugvorderingsbesluiten te lang als door de wet gebonden besluiten gekwalificeerd, die tot een alles-of-niets-benadering dwongen waardoor toetsing aan rechtsbeginselen niet plaatsvond.

---

[48] *HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1963, BNB 2022/27, m.nt. E.J.W. Heithuis.*

[49] *'De polsstok van een rechter in de repressieve samenleving. Over rechterlijke uitspraken met een groot politiek belang (Jaarrede NJV 2022)', NJB 2022/1755.*

[50] *T. Koopmans, 'De Europese Gemeenschappen en het Nederlands staatsbestel', RMThemis 4/5, 1980, p. 362-377, ook te vinden in T. Koopmans, Juridisch stippelwerk, p. 276 e.v., bundel t.g.v. het verlenen van een eredoctoraat aan Koopmans door de Rijksuniversiteit Limburg op 11 januari 1991, Deventer: Kluwer 1991.*

Eerst op 23 oktober 2019 ging de Afdeling om en werd onderkend dat de evenredigheid van terugvorderingsbesluiten moest worden getoetst[51]. Dat de affaire zich achteraf beschouwd in belangrijke mate heeft afgespeeld in de periode dat ik voorzitter was van de Afdeling bestuursrechtspraak (2010-2017), beschouw ik als een nare smet op een periode waarin we, met relatief korte doorlooptijden[52], ook juist intensiever zijn gaan toetsen. Zo vernietigde de Afdeling bestuursrechtspraak in 2015, 2016 en 2017 tot drie keer toe de gaswinningsbesluiten van de Minister van Economische zaken, terwijl hem in de wet een grote mate van beoordelings- en beleidsruimte is gelaten [53]. De Afdeling schroomde zelfs niet om, zelf voorziend, het maximum aan te winnen gas terug te schroeven, daarbij telkens gedocumenteerd aangevend dat en waarom met de veiligheid van de Groningers te weinig rekening was gehouden. Uiteindelijk heeft dat mede geleid tot stopzetting van die winning.

De reflectie op de Kinderopvangtoeslagaffaire heeft als katalysator gewerkt in de trend naar meer intensieve toetsing aan rechtsbeginselen. Dat komt het meest tot uiting in het feit dat de grote kamer van de Afdeling (met daarin ook leden met hun hoofdtaak bij andere colleges) de toetsing van de uitoefening van bestuursbevoegdheden met beleidsruimte aan de bekende marginale toetsingsformule van het "niet in redelijkheid hebben kunnen komen" tot een bepaald besluit, expliciet heeft verlaten. Aan deze uitspraak ging een belangrijke gezamenlijke conclusie van Widdershoven en Wattel vooraf[54]. Daarvoor in de plaats is de Harderwijk-toetsing aan het evenredigheidsbeginsel gekomen[55]. Ook heeft de bestuursrechter de indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften geïntensiveerd. In samenhang daarmee is er meer ruimte om, ook als een voorschrift een bepaald besluit bindend voorschrijft, het resultaat te toetsen aan evenredigheid[56]. En zelfs als het gaat om

---

51 *ABRvS 23 oktober 2019, AB 2020/86, m.nt. A. Drahmann & D.K. Jongkind; zie uitgebreid het rapport van de Commissie-Van Dam, Ongekend onrecht, van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag 2020.*

52 *In 2016 deed de Afdeling haar zaken gemiddeld in zeventien weken af. Zie het Jaarverslag 2016, te vinden op de website van de Raad van State, www.raadvanstate.nl.*

53 *Resp. ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3578, AB 2016/82, m.nt. H.E. Bröring; ABRvS 23 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3131, AB 2017/101, m.nt. H.E. Bröring en ABRvS 15 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3156, JM 2018/9, m.nt. A. Wagenmakers.*

54 *Concl. A-G's Widdershoven & Wattel 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468.*

55 *ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, AB 2022/210, m.nt. M. van Zanten (Harderwijk), zie ook het mooie overzicht van deze rechtsontwikkeling met veel verwijzingen van R. Ortlep in zijn noot onder Maxis en Praxis, 'Rechterlijke toetsing van beleids-en beoordelingsruimte', ABRvS 9 mei 1996, AB Klassiek 2022/19, t.a.p. De opmars van het evenredigheidsbeginsel was al ruim voor Harderwijk begonnen, zie Tom Barkhuysen, 'De opmars van evenredigheid in het bestuursrecht', NJB 2018/445.*

56 *CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2016, ABkort 2019/335 en Gst. 2019/156; ABRvS 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:452, AB 2021/14, m.nt. M. van Zanten; HR 11 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1988, BNB 2021/34, m.nt. P. Kavelaars en CBb 9 maart 2021, ECLI:NL:CBB:2021:240. Zie over de wijze van toetsing van gebonden bevoegdheden in avv's aan het evenredigheidsbeginsel voorts CBb 26 maart 2024, ECLI:NL:CBB:2024:190, AB 2024/164, m.nt. M. van Zanten.*

gebonden bevoegdheden op grond van een wet in formele zin neemt de bestuursrechter wat meer ruimte dan voorheen[57]. Al zal daar de doorbraak vooral van de wetgever of zelfs de grondwetgever moeten komen, omdat we in ons land nog steeds een toetsingsverbod aan de grondwet en de algemene rechtsbeginselen kennen.

De bestuursrechtspraak kan als relatief jonge tak van rechtspraak inspiratie ontlenen aan de ontwikkeling en geschiedenis van de civiele rechtspraak in ons land. Daar werd al meer dan een eeuw geleden een meer legalistische wetstoepassing verlaten[58]. Tegelijkertijd moet de bestuursrechtbeoefenaar zich ervan bewust blijven dat de betekenis van de gebondenheid aan de wet in het bestuursrecht krachtiger is en ook moet zijn dan in het civiele recht. Dat heeft te maken met de eis dat (belastend) overheidsoptreden op de wet moet berusten, maar ook en vooral met de eis dat de overheid al haar burgers op dezelfde wijze moet behandelen. Dat bijeen maakt dat de bestuursrechter minder losjes met de regels kan omgaan dan de civiele rechter soms kan, al zal dat ook naar de aard van de bestuursrechtelijke rechtsverhouding kunnen verschillen. Die ontwikkeling naar meer intensieve toetsing zal in concreto vooral verandering kunnen opleveren in het tweepartijen financiële bestuursrecht, waar de aard van de rechtsverhouding verwant is met civielrechtelijke verhoudingen[59]. Dus het type rechtsverhouding dat aan de orde is in de Kinderopvangtoeslagaffaire waar het op dat vlak misging en op meer van die terreinen waar burgers zich verdwaald voelen in een woud van regels, waarin zij onmogelijk kunnen ontwaren welke aanspraken zij wel of niet hebben. De aanbevelingen in het rapport van de Staatscommissie rechtsstaat[60] voor het bestuursrecht van alledag zijn wat mij betreft dan ook met name van belang voor die terreinen.

Maar geldt die begrijpelijke behoefte aan meer bescherming van de burger door de rechter met rechtsbeginselen nu ook in dezelfde mate in het omgevingsrecht en andere delen van het ordenend bestuursrecht, waar de overheid tot besluitvorming moet komen in een complex veld, waar burgers en bedrijven vaak tegengestelde belangen hebben? Ik heb daarover aarzeling. Daar is de rol van de bestuursrechter

---

57 *ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772 na concl. staatsraad A-G Snijders van 18 mei 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1441.*

58 *De aanvaarding van de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm als criterium voor onrechtmatig handelen in het beroemde arrest Lindenbaum-Cohen van HR 31 januari 1919, ECLI:NL:HR:1919:AG1776, NJ 1919, p. 161 paste daarin. Zie ook C.J.H. Jansen, De wetenschappelijke beoefening van het burgerlijke recht in de lange 19e eeuw, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 119.*

59 *Zie het rijke essay van R. Ortlep, Redelijkheid en billijkheid in het bestuursrecht, Deventer 2020 en A.G. Castermans, 'Barmhartig bestuursrecht, lessen uit het burgerlijk recht, bew. Scheltemalezing 2021', NTB 2021/210.*

60 *Staatscommissie rechtsstaat, De gebroken belofte van de rechtsstaat. Tien verbetervoorstellen met oog voor de burger, juni 2024.*

toch een andere dan die waarin hij rechtsbescherming verleent aan de zwakkere burger in een tweepartijenverhouding[61]. In het ordenend bestuursrecht gelden veel regels, zoals we zagen ook van Europese achtergrond. Voor zover er nog beleids- en/of beoordelingsruimte is, is het bestuur aan zet en toetst de bestuursrechter het besluit aan de regels en de rechtsbeginselen. Daar betekent een indringende toetsing aan het evenredigheidsbeginsel ten behoeve van de ene partij vaak dat andere burgers onevenredig kunnen worden benadeeld. Denk aan besluiten van gemeenten om ten behoeve van de belangen van vele woningzoekenden nieuwe woningen te bouwen. Hoe indringend moeten deze besluiten aan rechtsbeginselen worden getoetst als belangenorganisaties die zich richten op het behoud van een goed milieu, vaak dat van de eigen omgeving, daartegen in beroep komen? Als het de overheid al lukt om huizenbouw te plannen in overeenstemming met alle regels, dan lijkt mij vaak nog slechts plaats voor een terughoudende toetsing bij de vraag of de keuze evenredig is. Dat past overigens wel in de rechtspraak van de bestuursrechter, die aangeeft dat de intensiteit van de toetsing aan evenredigheid gradaties en verschillen kent[62]. In het algemeen biedt dat de ruimte om in een financiële tweepartijenverhouding indringender te toetsen dan onder meer in het omgevingsrecht.

5.3 Responsiviteit en maatwerk

De Kinderopvangtoeslagaffaire heeft geleid tot nogal wat pleidooien voor meer responsiviteit[63] en maatwerk in het bestuursrecht[64]. Dat de rechter zich ook in het bestuursrecht in een concreet geval moet afvragen of het resultaat rechtvaardig is en de wet dus niet klakkeloos moet toepassen, staat voor mij buiten kijf. En dat die affaire ons moet inscherpen dat dit mis kan gaan en mis is gegaan, is voor mij ook duidelijk. De roep om responsiviteit, of gewoon meer menselijkheid, en een op redelijkheid en billijkheid gebaseerde afhandeling spreekt daar aan, al lijkt zij mij, gelet op de enorme aantallen, vaak moeilijk te realiseren en is er ook spanning met het beginsel van de rechtsgelijkheid. Zo laat de afwikkeling van de Groningse versterkingsoperatie zien dat ruimhartigheid in de ene straat een paar straten verder woede oproept, als aan soortgelijke wensen daar geen gevolg wordt gegeven. Dus die roep om meer maatwerk is ook problematisch. De waarborg die de rechtsbescherming van de burger aan het bestuursrecht kan ontlenen, is juist dat hij of zij zonder aanziens des persoons op basis van regels even goed of even

---

61 *Vgl. het gedachtegoed van L.J.A. Damen, 'Op naar 2 GST in het bestuursrecht', NTB 2020/2.*

62 *ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, AB 2022/210, m.nt. M. van Zanten (Harderwijk).*

63 *M. Scheltema, 'De responsieve rechtsstaat: het burgerperspectief', NTB 2019/24.*

64 *Zie onder veel meer de preadviezen voor de VAR 2020, Maatwerk in het bestuursrecht van L. van den Berge, M.F. Vermaat, M. Lurks & N.A. van Rensen en van S. Heukelom-Verhage, (VAR-reeks 164), Den Haag: Boom juridisch 2020.*

slecht als ieder ander wordt behandeld en niet blootstaat aan de grillen van de individuele ambtenaar of rechter. Dan kan maatwerk zomaar verworden tot rechtsongelijkheid of willekeur[65]. Daarbij komt dat op terreinen waar de overheid dagelijks duizenden beschikkingen heeft te nemen het toepassen van maatwerk in al die individuele beschikkingen een illusie is.

5.4 Het bestuur komt rechterlijke uitspraken lang niet altijd meer na en zijn betrouwbaarheid is afgenomen

Bij de, ten gevolge van de europeanisering en de ontwikkeling naar intensievere toetsing, meer prominente rol voor de rechter die overheidshandelen moet beoordelen, voltrekt zich in het laatste decennium tegelijkertijd een andere wezenlijke verandering die wat haaks op die prominentere rol van de rechter staat. Dat is het verschijnsel dat de overheid soms niet langer bereid of in staat lijkt zich aan de uitspraken van de rechter en de bestuursrechtelijke regels te houden. In het najaar van 2010 bracht een delegatie van de Raad van State onder leiding van de toenmalige vicepresident Tjeenk Willink een bezoek aan de Franse Raad van State. Deze vroeg mij toen als net aangetreden voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak een praatje te houden over de vraag of de Nederlandse bestuursrechter voldoende middelen had om overheden aan door de bestuursrechter uitgesproken veroordelingen te houden. In Frankrijk is er op dat vlak meer geregeld dan bij ons[66]. Mijn betoog (in het Frans, waardoor het mij nogal wat nachtrust had gekost) kwam erop neer dat we de dwangsombevoegdheid hadden om in het uiterste geval de overheid te dwingen een uitspraak na te komen en dat er wat mij betreft geen verder instrumentarium nodig was, nu bestuurlijk Nederland zich aan rechterlijke uitspraken placht te houden. Het ging dus toen in Nederland om een non-probleem.
Maar tegenwoordig komt het helaas vaak voor dat het bestuur rechterlijke uitspraken niet naleeft en ook (bestuurlijke of rechterlijke) dwangsommen verbeurt[67].

---

[65] *Vgl. ook het redactioneel van S.E. Zijlstra, 'De opmars van de willekeur', NTB 2024/172.*

[66] *Zo kent de Franse Conseil d'Etat (Raad van State) een Service d'execution des decisions de justice.*

[67] *Zowel dwangsommen die worden verbeurd door het niet naleven van rechterlijke uitspraken als door het niet-tijdig nemen van besluiten (de bestuurlijke dwangsom), zie voor het eerste bijv. Rb. Noord-Nederland 23 januari 2024, ECLI:NL:RBNNE:2024:129, JV 2024/78, m.nt. N. Jak & P.J. Huisman, over het niet-nakomen van de bestuursovereenkomst over de opvanglocatie te Ter Apel, waarna vele dwangsommen werden verbeurd en nieuwe gedingen tussen gemeenten en Rijk volgden. Zie Binnenlands Bestuur 6 juni 2024, 'Dwangsom Ter Apel niet naar inwoners'. Zie ook Binnenlands Bestuur 5 augustus 2022, 'Utrecht betaalt 930.000 euro aan dwangsommen aan inwoner'; met vervolg in Binnenlands Bestuur 4 april 2023, 'Gebrek aan regie levert bezwaarmaker Utrecht bijna miljoen op; de rechter vindt het geen goede zaak dat de gemeente zoveel gemeenschapsgeld uitgeeft aan dwangsommen'.*

Mijn verhaal in 2010 voor de Franse Raad van State over een braaf en betrouwbaar bestuurlijk en ambtelijk Nederland dat rechterlijke uitspraken naleefde, is helaas achterhaald; soms komt dat doordat men de menskracht ontbeert om uitspraken tijdig na te komen en is er geen sprake van onwil. Het is de vraag of dat minder erg is; de rechtsstaatgedachte dat juist ook de overheid aan het recht gebonden is, wordt hoe dan ook geschonden als de overheid zich niet aan rechterlijke uitspraken houdt. Dat tast de betrouwbaarheid van het systeem wezenlijk aan.

In het verlengde van deze "bestuurlijke ongehoorzaamheid" ligt het verschijnsel dat in mindere mate dan vroeger het geval was, kan worden vertrouwd op hetgeen het bestuur tijdens een procedure bij de bestuursrechter toezegt te zullen doen of als feit presenteert. Ook hier is iets veranderd. Lang, laten we zeggen tot circa 2010, was het beeld dat hetgeen van de kant van de overheid werd gesteld of toegezegd tijdens een procedure, voor waar kon worden aangenomen. De Nederlandse overheid was betrouwbaar. Nog steeds is het volgens mij zo dat Nederlandse ambtenaren doorgaans betrouwbaar zijn, maar helaas is het toch zo dat veel minder dan vroeger kan worden vertrouwd op dat hetgeen tijdens een procedure wordt toegezegd, wordt waargemaakt[68]. De Kinderopvangtoeslagaffaire vormt hiervan een voorbeeld. Vaak stelde de Dienst Toeslagen op de zitting een haalbare betalingsregeling in het vooruitzicht voor de burger die moest terugbetalen, waarna de zittingsrechters meenden het beroep verantwoord ongegrond te kunnen verklaren; de betrokkene had volgens de regels geen recht op de toeslag en zou bij terugbetaling niet in de problemen komen, gelet op hetgeen daarover naar voren was gebracht. Later is geconstateerd dat die toezeggingen vaak niet zijn nagekomen, met ellendige gevolgen voor de betrokkenen[69]. Ik heb nog steeds de neiging te denken dat hetgeen de juristen van de Dienst Toeslagen op zitting vertelden, oprecht gemeend was en dat in veel gevallen de toezegging niet werd nagekomen door het langs elkaar heen werken van verschillende onderdelen van de Belastingdienst. Dat al door Kafka zo indringend beschreven fenomeen van langs elkaar heen werkende overheidsinstanties is natuurlijk zo oud als het bestaan van overheden, maar is tegenwoordig zo gewoon geworden dat het de overheid wezenlijk minder betrouwbaar maakt dan de overheid zoals we die lang gekend hebben.

Wellicht net anders van aard dan het zorgwekkende probleem van het zich niet houden of kunnen houden aan rechterlijke uitspraken en dat van afname van de betrouwbaarheid van het bestuur, is het probleem dat de regering (kabinet en parlement) niet in staat is, dan wel niet bereid is om wetgeving of beleid aan te passen

---

68 *Zie voor een recent voorbeeld ABRvS 27 november 2024, ECLI:NL:RVS:2024:4865, waarbij de Staatssecretaris van Financiën in processtukken gedane uitspraken over de mogelijkheid een inhoudelijk besluit te nemen niet had waargemaakt.*

69 *Lessen uit de kinderopvangtoeslagzaken, reflectierapport van de ABRvS, november 2021, p. 42, te vinden via de website van de Raad van State.*

als rechterlijke uitspraken op de noodzaak daarvan wijzen. Het meest sprekende voorbeeld daarvan is dat we sinds de genoemde stikstofuitspraak van de Afdeling van 29 mei 2019 nu vijf en een half jaar verder zijn en dat we, ondanks de bemoedigende, maar inmiddels begraven voornemens van ex-minister Van der Wal, moeten constateren dat er aan het probleem sinds die uitspraak vrijwel niets is gedaan. Het kabinet-Schoof zet nu ten langen leste in op door dat kabinet gewenste, maar zeer onzekere wijzigingen van de Europese regels waarop die uitspraken uit 2019 waren gebaseerd. Met de dialoog tussen de staatsmachten, waarvoor Tjeenk Willink altijd aandacht heeft gevraagd[70] en waar ook het recente rapport van de Staatscommissie rechtsstaat[71] voorstellen voor doet, is het niet goed gesteld en er lijkt helaas vaak eerder minder dan meer belangstelling voor te bestaan. Regering en parlement zijn óf minder in staat, óf minder bereid regels en beleid aan rechterlijke uitspraken in hoogste instantie aan te passen. Maar voor het goed functioneren van democratie en rechtsstaat, die naar de woorden van Ernst Hirsch Ballin niet los verkrijgbaar zijn[72], is wisselwerking tussen de drie machten van de trias onontbeerlijk in die zin dat zij ieder vanuit hun eigen constitutionele positie passend reageren op wat de ander doet[73].

De paradoxale conclusie van het voorgaande: de rechter doet vaker dan vroeger uitspraken die er politiek echt toe doen, maar zijn uitspraken lijken minder bindende kracht te hebben.

6. Het actuele debat over de bestuursrechtspraak; afsluitende opmerkingen

De positie van de bestuursrechter is altijd aan spanning onderhevig. Ik had het al over de juridiseringsdiscussie eind jaren ’90. Er is altijd de spanning tussen het bestuur, dat op basis van zijn democratische legitimatie besluiten neemt die een of meer belanghebbenden onwelgevallig zijn, en de aanspraak van die belanghebbenden op rechtsbescherming door de rechter. Hoever mag deze dan gaan? Die spanning is in Nederland lange tijd niet al te hoog opgelopen. Door de europeanisering en door de grote complexiteit van de opgaven die de overheid

---

[70] *Herman Tjeenk Willink, Het tij tegen. De democratische rechtsorde als fundament, Amsterdam: Prometheus 2023. Zie bijv. de daarin opgenomen lezing ‘De toegenomen vervreemding tussen rechter en bestuur’, p. 155 e.v., waar op p. 165 wordt gewezen op de noodzaak van een constitutionele dialoog tussen de staatsmachten.*

[71] *Staatscommissie rechtsstaat, De gebroken belofte van de rechtsstaat. Tien verbetervoorstellen met oog voor de burger, juni 2024.*

[72] *Ernst Hirsch Ballin, ‘De rechtsstaat, wachten op een nieuwe dageraad?’, NJB 2011/29, afl. 2, p. 71-73.*

[73] *Vgl. Herman Tjeenk Willink, Het tij tegen. De democratische rechtsorde als fundament, Amsterdam: Prometheus 2023, p. 26, waar wordt beschreven hoe de verbindingen tussen de staatsmachten genegeerd worden, waardoor ook hun wederzijdse afhankelijkheid aan de aandacht ontsnapt.*

steeds minder aankan, is dat in de afgelopen jaren echt veranderd. Daar komt in de actuele situatie bij dat de aanhang van de krachten in de politiek, die zich afzetten tegen die europeanisering en het onvermogen van de overheid dat sterk is toegenomen. In veel actuele politieke issues spelen rechterlijke uitspraken een rol. De (bestuurs)rechter neemt beslissingen die er in de politieke arena toe doen.

6.1 Tegenstrijdige signalen vanuit de politiek

Tegelijkertijd komen er vanuit de politieke arena nogal tegenstrijdige signalen over de rol van de bestuursrechter. Enerzijds brengt de politiek wetgeving tot stand om die rol te versterken. Als uitvloeisel van de Kinderopvangtoeslagaffaire wordt de Awb gewijzigd met als doel het meer waarborgen aan burgers bieden zodat adequate rechtsbescherming kan worden geboden[74]. Ik vind het daarbij jammer dat verdergaande voorstellen, zoals bepleit door de VAR-commissie Verruiming bevoegdheden bestuursrechter (voorgezeten door de ons begin 2023 zo jammerlijk ontvallen en erg gemiste Ben Schueler) in het mooie rapport Verbreding bestuursrechtspraak: Noodzaak en consequenties van een groeimodel voor bestuursrechtelijke rechtsbescherming[75], tot nu toe geheel aan Den Haag voorbij lijken te gaan[76]. Daarbij gaat het om hervormingen die de rechtsbescherming van burgers stapsgewijs uitbreiden door beroep bij de bestuursrechter mogelijk te maken tegen feitelijke handelingen van overheden en tegen algemeen verbindende voorschriften (eindelijk!). Opvolging ervan zou de bestuursrechter qua rechtsmacht in ons land eindelijk in een positie brengen die vergelijkbaar is met diens positie in Duitsland of Frankrijk. Opvolging van de voorstellen over overlappende rechtsmacht met de civiele rechter bij overheidsaansprakelijkheid zou de positie van de burger ook verbeteren, al was het maar omdat die de kans verkleinen dat hij de weg kwijtraakt in het soms complexe doolhof op de grens van civiel recht en bestuursrecht.

Het regeerprogramma belijdt met de mond wel uit te zijn op meer bescherming van de burger en versterking van de rechtsstaat, maar in concreto doet men anderzijds juist voorstellen die de rol van de bestuursrechter en diens vermogen rechtsbescherming te verlenen terugdringen. In asielzaken wil het kabinet-Schoof naar rechtspraak in één instantie[77] en liefst zo kort mogelijke procedures, met minder rechten dan die de huidige Europese regels bieden. Ook als het gaat om de

---

[74] *Overheid.nl. Consultatie Wet versterking waarborgfunctie Awb (internetconsultatie.nl). Zie daarover K. van Bommel & L.C. van Boven, 'De wet waarborgfunctie Awb: de belangrijkste wijzigingen op een rij', Tijdschrift voor Praktisch Bestuursrecht 2024/111.*

[75] *VAR-reeks 171, Den Haag: Boom juridisch 2023.*

[76] *Zie mijn voorwoord 'Haagse aandacht voor Verbreding van de bestuursrechtspraak gewenst!', in O&A 2024, afl. 4.*

[77] *Regeerprogramma 'Uitwerking van het hoofdlijnenakkoord', 13 september 2024, p. 21.*

grote opgave om genoeg huizen te bouwen, wil men, zoals minister De Jonge al voorstond, rechtspraak in één instantie[78] voor zowel omgevingsplannen als individuele vergunningen en een snelle korte procedure die zo min mogelijk belemmerend werkt. Bij grote aantallen, zoals in het vreemdelingenrecht maar ook bij omgevingsvergunningen, is rechtspraak in twee instanties naar mijn overtuiging uit oogpunt van helderheid en rechtseenheid te verkiezen. De gedachte dat rechtspraak in één instantie voor het hele land minder tijd kost, is te simpel. Dat die ene rechterlijke instantie alle zaken over het hele land qua feitenvaststelling en qua maatwerk op individueel niveau goed zou kunnen behandelen en tegelijk adequaat aan rechtsvorming en rechtseenheid zou kunnen doen, is een illusie, zoals bijvoorbeeld de geschiedenis van de Vreemdelingenwet van voor 2000 leert. Rechtspraak in één instantie in vreemdelingenzaken en voor alle omgevingsvergunningen van Roodeschool tot Maastricht zal ook nu weer tot ongelukken leiden. Ook van de soort die de regering helemaal niet wil, want ook voor de overheid staat er dan geen hoger beroep open. Wil men versnellen, dan is een verlofstelsel in hoger beroep misschien wel verantwoord en in ieder geval te verkiezen boven rechtspraak in één instantie. Maar eigenlijk vind ik ook dat wel erg karig op terreinen die zo belangrijk zijn voor de samenleving en betrokkenen.

Het idee dat burgers meer bescherming moeten krijgen, wordt in het regeerprogramma 2024 vooral belichaamd door het voornemen tot de invoering van een Constitutioneel Hof, dat ook wetten in formele zin aan de klassieke grondrechten in de Grondwet mag gaan toetsen. Het is voor mij sterk de vraag of burgers er daarmee daadwerkelijk op vooruitgaan, gegeven de al mogelijke en ook veelvuldig in de praktijk gebezigde toetsing door alle rechters van al het overheidshandelen aan de ook in verdragen vastgelegde, goeddeels zelfde klassieke grondrechten (ook wetten in formele zin kunnen daaraan al worden getoetst)[79]. Ook zie ik niet uit naar de politisering van rechterlijke benoemingen waartoe de instelling van een Constitutioneel Hof zal kunnen leiden[80]. Invoering zal sowieso lang duren, omdat de grondwet ervoor moet worden aangepast, wat niet geldt voor de voorstellen van de Commissie-Schueler. Mijn stelling is dus dat de burger er voor wat betreft zijn rechtsbescherming meer aan zou hebben als prioriteit zou worden gegeven aan invoering van de voorstellen van de Commissie-Schueler, dan aan die uit de koker van Omtzigt in het regeerprogramma.

---

[78] *Hoofdlijnenakkoord 2024-2028, 'Hoop, lef en trots', p.8/9: "Het versnellen van procedures: beperken beroepsmogelijkheden (lijn wetsvoorstel Regie op de Volkshuisvesting)", Kamerstukken II 36512, Wet versterking regie volkshuisvesting.*

[79] *Ik ben het dus deze keer eens met Geert Corstens, 'Naar een constitutioneel hof?', NJB 2022/1594, die ook uiteenzet waarom we niet aan geconcentreerde toetsing moeten beginnen.*

[80] *In dezelfde zin de heldere toespraak 'Wel constitutionele toetsing, geen constitutioneel hof' van Theo Simons, president van het CBb, op 26 september 2024, op 30 september 2024 geplaatst op de website www.rechtspraak.nl.*

6.2 Verzelfstandiging van de Afdeling bestuursrechtspraak

Daarmee kom ik ten slotte kort te spreken over de institutionele veranderingen die het regeerprogramma voor de bestuursrechtspraak in petto heeft, waar wordt gesproken over verzelfstandiging van de Afdeling bestuursrechtspraak. Dat kan, zoals in het regeerprogramma staat, op verschillende manieren[81].

Om met het voorkeursmodel van de echte systeembouwers te beginnen: verdere integratie in de gewone rechterlijke macht met cassatie bij de Hoge Raad. Daar was en ben ik, ook voordat ik in dit gebouw werkte, nooit voor geweest. Laat ik daarvoor eerst een principieel argument noemen. Ik heb veel respect voor de Hoge Raad (ik heb er tenslotte de laatste jaren zelf met veel plezier ook een beetje mogen werken), maar in een tijd dat de positie van de rechter steeds belangrijker wordt en zijn uitspraken steeds meer van belang worden in de politieke arena, zijn checks and balances ook binnen de rechtspraak verstandig en goed. Dat de rechtsmacht tussen de hoogste rechters is verdeeld, is uit een oogpunt van machtenspreiding te verkiezen, juist in een situatie waarin de positie van de rechter in de staatsrechtelijke verhoudingen belangrijker wordt. Dat maakt ook de reële kans op politisering van de positie van de rechter (een bezwaar dat ook speelt bij invoering van een Constitutioneel Hof), die we helaas bijvoorbeeld in de Verenigde Staten zien, kleiner en vermindert de kans dat de politiek zich gaat bezighouden met de vraag wie die rechters zijn en welke politieke kleur zij hebben. Laten we vooral niet bevorderen dat een dergelijke politisering optreedt. Een Supreme Court-model zoals in de VS met één hoogste rechter is dan ook in mijn ogen terecht niet het model dat in West-Europa leidend is. Vrijwel alle West-Europese landen (bijv. Duitsland, Frankrijk, België, Italië) kennen naast een hoogste cassatierechter in straf- en civiele zaken voor het bestuursrecht een andere hoogste rechter, ook landen die geen Raad van State kennen. Daar komt bij: een serieus rechtseenheidsprobleem is er in Nederland niet. De hoogste rechters weten elkaar tegenwoordig goed te vinden en zadelen burgers en overheden niet op met onnodige verschillen in rechtspraak[82]. Wel kan ik mij voorstellen dat het uit oogpunt van overzichtelijkheid stapsgewijs zal komen tot een samenvoeging van de Afdeling, het College van Beroep voor het Bedrijfsleven en de Centrale Raad van Beroep, mogelijk bij de Raad van State als Hoog College van Staat met een positie die vergelijkbaar is met die van de Hoge Raad, zodat er een zogenaamd Twin peaks-model ontstaat.

---

81 *Regeerprogramma 'Uitwerking van het hoofdlijnenakkoord door het kabinet', 13 september 2024, p. 84.*

82 *Zie onder veel meer M.W.C. Feteris, 'Samenwerking en rechtseenheid tussen de hoogste bestuursrechters in Nederland', NJB 2024/2323.*

Tegen rechtspraak bij de Raad van State wordt altijd ingebracht dat binnen de Raad van State ook wordt geadviseerd over wetgeving. Daarbij lijkt men te vergeten dat de zogenaamde dubbelbenoeming verleden tijd is en dat de beide afdelingen zowel juridisch als feitelijk zelfstandig functioneren. Verder valt op dat ook de andere hoogste bestuursrechters regelmatig adviseren over wetgeving die zij later moeten uitleggen; dat wordt juist, en wat mij betreft terecht, gezien als deskundige stem uit de praktijk die kan bijdragen aan verstandige wetgeving. Misschien overtuigt meer het feit dat mij over het tijdvak van de 23 jaar van mijn lidmaatschap van de Afdeling bestuursrechtspraak geen enkele uitspraak voor de geest kan komen waarbij het advies dat de Raad of de Afdeling advisering over de toepasselijke regelgeving had uitgebracht van invloed is geweest op een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak.

Naast de meer principiële redenen waarom ik altijd voor aparte bestuursrechtspraak ben geweest en ben, staan de praktische bezwaren die tegen een vergaande reorganisatie zijn aan te voeren. Het hiervoor beschreven debat over meer efficiency in vreemdelingenzaken en het omgevingsrecht gaat over rechtspraak in een of twee instanties (en er zijn nog andere deelgebieden van het bestuursrecht die om snelle afdoening vragen). Het is duidelijk dat een model in drie instanties met cassatie in ieder geval haaks staat op de vooral ook vanuit burgerperspectief gewenste versnelling. Laten we daar dus de kaarten op zetten: een goed toegankelijke bestuursrechter die sneller werkt ten behoeve van zijn gebruikers. Daar is veel werk te doen; laat geen energie weglekken naar vergaande reorganisatieprojecten.

Ondertussen moet de bestuursrechtspraak vooral haar werk blijven doen en niet bang zijn om haar grotere rol te spelen. Die grotere rol is een onvermijdelijk gevolg van een aantal ontwikkelingen, zoals de europeanisering. Die draagt eraan bij dat we sterke nationale rechtsstaten zijn in een verenigd Europa, waarvan de instituties soms wat te gedetailleerd zijn in hun regels en rechtspraak maar die per saldo heel heilzaam werk doen. Behoud van de nationale rechtsstaten is ook in Europa in de wereld van nu helaas geen vanzelfsprekendheid. Het is de taak van de rechter om de gebondenheid van de overheid aan het recht en de mensenrechten zo goed als mogelijk te garanderen. Het is, bijna tachtig jaar na het einde van de Tweede Wereldoorlog, van groot belang dat de rechter deze taak onverschrokken, vastberaden en met hartstocht vervult.

7. Dankwoorden

Daarmee kom ik tot een persoonlijk woord ter afsluiting. Ik ben eerder vanmiddag op bijzondere wijze toegesproken door de vicepresident in de vergadering van de ceremoniële raad en heb daarna kunnen zeggen hoe bevoorrecht ik mij voel ruim 23 jaar te hebben kunnen werken in een omgeving waarin ik mij als een vis in het water voelde. De combinatie van het handwerk van de praktijk van het recht, waarin het steeds gaat om het zoeken naar praktische en rechtvaardige oplossingen, met het bezig zijn met rechtsvorming en rechtseenheid paste bij mijn aard. Er zijn twee zielen in mij verenigd: de praktijk- en oplossingsgerichte, en de meer beschouwende ziel met belangstelling voor vragen van rechtsvorming, rechtsontwikkeling en rechtseenheid. Het leukste vond ik de combinatie door heel praktisch daaraan met anderen binnen de Afdeling maar ook daarbuiten te werken, zoals met collega's van de andere hoogste rechters.
Terugkijkend vind ik dat de Leidse faculteit er wat bekaaid is afgekomen door het beroep dat het werk in dit gebouw op mij deed. De tijd dat ik zelf een grote bijdrage aan de afdeling staats- en bestuursrecht in Leiden leverde, ligt vele jaren achter mij, nu ik vanaf 2010, toen ik voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak werd, in Leiden een nul-aanstelling heb. Maar heel zielig is Leiden niet, want ik heb met die nul-aanstelling, dus als liefdewerk-oud papier, samen met de collega's van die afdeling toch ook na 2010 een aantal fraaie promotietrajecten begeleid. Gisteren nog was ik samen met Ymre Schuurmans, promotor van Isabelle Ouwehand, hier werkzaam als uitstekende jurist in de algemene kamer van de Afdeling bestuursrechtspraak, maar daarnaast nu dus gepromoveerd. Voor de jarenlange samenwerking en hartelijke vriendschap ben ik de collega's van de afdeling staats- en bestuursrecht heel dankbaar. Ook als we elkaar een tijdje niet zagen, bleef er een bepaald soort warme verbondenheid die in een professioneel bestaan bijzonder is. Ik dank daarvoor in volgorde van Leidse dienstjaren en dus lengte van de samenwerking vooral Willemien den Ouden, Tom Barkhuysen, Wim Voermans, Ymre Schuurmans en Jonathan Huijts; ik voeg aan dit rijtje wegens jarenlange grote collegialiteit ook toe Michiel Tjepkema en Michiel van Emmerik, al zijn zij dan vertrokken naar Nijmegen.

Ik ben geen jobhopper geweest; eerst 22 jaar Stibbe, nu al 25 jaar ook verbonden aan de faculteit in Leiden en 23 jaar de Raad van State, vanwaar ik als raadsheerplaatsvervanger mocht "buiten spelen" bij de andere hoogste rechters, het Gemeenschappelijk Hof van de Antillen, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het Bedrijfsleven, met als dessert de laatste tweeëneenhalf jaar als raadsheer in buitengewone dienst bij de Hoge Raad. Ik meen oprecht dat mijn gedrevenheid in al die bezigheden niet was de opbouw van een cv waar je als jurist aardig mee voor de dag kan komen. Ik ben altijd inhoudelijk gegrepen gebleven, vooral door de idee dat juist de overheid zich aan het recht gebonden moet weten.

De voedingsbodem hiervoor voert wellicht mede terug naar mijn familiegeschiedenis. Als ik dagelijks hier van het Centraal Station naar de Raad van State loop, langs het gebouw van de Hoge Raad, ligt daar vlak achter de Hooigracht. Daar ontmoetten mijn ouders elkaar op 5 mei 1945. Mijn joodse vader had na zijn ontslag als jurist in overheidsdienst de oorlog overleefd bij het geweldig dappere gezin van de familie Van Turennout. Vader van Turennout was destijds nachtwaker van de zilverfabriek Van Kempen en Begeer in Voorschoten. In hun kleine huis op het terrein van de fabriek zat mijn vader ruim tweeëneenhalf jaar op een zolderkamertje van zo'n tien vierkante meter ondergedoken. Op die vijfde mei, hij was toen 35 jaar, kon hij eindelijk zijn onderduikadres verlaten. Hij ging lopend naar zijn woonplaats Den Haag om feest te gaan vieren bij vrienden in een huis aan die Hooigracht. Daar zag hij mijn remonstrantse moeder, toen 28 jaar, over de schutting klimmen en samen feestten zij verder. Een verbintenis die in die tijd niet meteen voor de hand lag. Het heeft vijf jaar geduurd voordat zij in mei 1950 trouwden. De geboorte van mijn zus Caroline in 1951 en mijzelf in 1955 volgden. Mijn vader sprak over zijn leven na de oorlog als een toegift en hij is er, na de jaren van angst, uitsluiting en verlies van familieleden en vrienden, in geslaagd van die toegift met mijn moeder iets moois te maken. Die geschiedenis is dus ook een verhaal van hoop, Caroline en ik leven, net als onze volwassen kinderen, een bevoorrecht leven. Maar ik vertel dit ook omdat ik zou willen dat de geschiedenis ons wat leert. Dat opgestaan moet worden tegen weer groeiend antisemitisme en tegen iedere andere vorm van onterechte stereotypering. Helaas spreken politici en bestuurders ook nu, soms uit verontwaardiging over laakbaar en strafbaar gedrag van sommigen, stigmatiserend over groepen Nederlanders met een migratieachtergrond, terwijl heel velen met die achtergrond niets te verwijten valt. De bestuurders en politici die dan, daarop aangesproken, zeggen dat zij niet de onschuldigen op het oog hadden, missen kennelijk het verstand en de empathie om te begrijpen hoe krenkend het voor die vele goede medeburgers is dat in stereotypering ook over hen is gesproken. Vergelijkingen met '40-'45 gaan mank, maar we kunnen er wel lessen uit trekken. De rechtsstaat is en moet er voor ons allemaal zijn om een rechtsstaat te zijn.



Anneke en Carel Polak met Jaap en Caroline, 3 oktober 1959, Stationsplein Leiden, waar nu de SVB en PUR huizen staan

Ik neem dus nu, negen maanden voor mijn zeventigste verjaardag, afscheid, maar mijn hart klopt wel al zeventig jaar als ik op 1 januari aanstaande stop. Ook na 1 januari zal ik, mijzelf kennende, nog wel met het recht bezig blijven, maar dan nog meer als hobby. Ik zie ook uit naar meer rust en meer tijd en aandacht voor het liefdevolle leven met Heleen[83] en voor mijn kinderen: mijn zoon Sven, zijn verloofde Lukia en mijn dochters Lara en Noor.

[83] *Haar dank ik voor haar opmerkingen in de fase van afronding van dit stuk die tot vele verbeteringen hebben geleid. Marloes van Loon, werkzaam bij de bibliotheek van de Raad van State, dank ik bij het op orde brengen van het notenapparaat.*

EERDERE PUBLICATIES UIT DE VJK-REEKS

Deel 1: Kwaliteitszorg niets voor juristen (2005)

Deel 2: Legal audits en quick scans bij gemeenten (2006)

Deel 3: Gemeente en/in strafrecht (2008)

Deel 4: Beslechting van bestuursgeschillen: rechter of bestuur? (2009)

Deel 5: Tien jaar (Vereniging) Juridische Kwaliteitszorg (2010)

Deel 6: Juridisch sterker door samenwerken (2013)

Deel 7: Wiens zorg is de kwaliteit (2016)

Deel 8: Handreiking VJK - Inkoop juridische diensten (2023)

Bent u benieuwd naar de eerdere publicaties? Lees en download deze eenvoudig door het scannen van de QR-code hieronder:

Zie ook: https://www.vjk.nl/vjk-reeks/

Op 18 juni 2026 hield prof. mr. J.E.M. Polak een lezing op het congres van de VJK over het thema Stringente lijn versus wijsheid. Hij kijkt naar dit thema vanuit zijn ervaringen als staatsraad bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Hij trekt vanuit die ervaringen een zestal lessen om aan de gemeentejuristen het nodige houvast te geven.


Foto: Ellen Lock

Op 11 december 2024 sprak hij zijn rede uit ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar bestuursrecht in Leiden en staatsraad bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.
In Kroniek van 45 jaar bestuursrechtspraak beschrijft hij de wereld van de rechtspraak die in de periode van zijn werkend leven is veranderd. Wat is er gebeurd en veranderd in de rol van de bestuursrechtspraak? En waar staan we nu? Daarbij richt hij zich vooral op de rol en positie van de bestuursrechter in het politieke en maatschappelijke krachtenveld.

VJK

Bent u benieuwd naar de eerdere publicaties van de VJK-reeks? Scan eenvoudig de QR-code hiernaast om deze te lezen en downloaden.

www.vjk.nl

ISBN 9789090436210