

I Inleiding

I.1 The best of times, the worst of times

Een VAR-preadvies schrijven is een grote eer, maar geen sinecure. Pas nadat ik had toegezegd, hoorde ik een collega die een eerdere editie verzorgde, terloops melden dat het een soort (tweede) proefschrift was. Maar *no pressure*. Bij dit preadvies is die parallel er zeker. Vooral omdat het een rode draad deelt met mijn eigen proefschrift: het werk van de bekende Britse romancier Charles Dickens. Deze karakteriseerde de Europese geschiedenis van vlak na de Franse Revolutie in zijn *A Tale of Two Cities* uit 1859 als een periode van ultieme tegenstellingen. Hij verwoordde dat zo:

‘It was the best of times, it was the worst of times, it was the age of wisdom, it was the age of foolishness, it was the epoch of belief, it was the epoch of incredulity, it was the season of light, it was the season of darkness, it was the spring of hope, it was the winter of despair’.

Een dergelijke paradox, zo betoogde ik op de laatste pagina, is ook op de rechtspraak toepasselijk. Nog nooit waren aanzien en invloed van de rechter zo groot, nog nooit de kritiek zo fel.¹ In de tien jaar die sindsdien zijn verstreken is dat niet anders geworden. De rechtspraak is sterk in aanzien gegroeid. Een *partner in the business of law*, zoals een gevierd civilist haar ooit eens omschreef.² Rechterlijke toetsing is na de Tweede Wereldoorlog niet alleen stevig ingedaald in de constitutionele traditie maar heeft zich sindsdien wereldwijd exponentieel ontwikkeld.³ En sinds de coronacrisis hebben zelfs de minder wiskundig onderlegde juristen onder ons aan den lijve ondervonden wat exponentieel ook alweer betekende. Het was geen onverdeeld succes.

Dat laatste geldt niet voor de uitbouw van de rechtspraak. Niet alleen erkende, ook in Nederland, de rechter dat hij een eigen rol in het proces van rechtsvorming had; het verschijnsel van rechterlijke toetsing als zodanig, heeft een zodanige vlucht genomen dat allerlei terreinen die voorheen werden beschouwd als behorende tot het typisch wetgevende of bestuurlijke domein, nu onder het toezicht oog van de rechter zijn gebracht. Het bracht Ran Hirschl tot zijn fameuze schets, dat wereldwijd sprake was van een *judicialization of politics*.⁴ Of het nu gaat om de constitutionele eisen aan klimaatbeleid, morele kwesties als abortus en het

1 Uzman 2013, p. 627.

2 Vranken 2006, p. 8.

3 Vgl. o.a. Gardbaum 2014. Voor Nederland: Uzman 2018a; Uzman & Boogaard 2015.

4 Hirschl 2006.

homohuwelijk, de omgang met de wereldwijde vluchtelingen crisis, de uittreding uit een federaal staatsverband: van de rechtspraak wordt in toenemende mate bemoedigd én een oordeel verwacht.

Met de gegroeide rol is ook het koor van de critici aangezwollen. De kritiek komt uit heel verschillende hoek. Het (schijnbaar) neutrale *frame* van de ‘judicialization of politics’ is aangevuld met termen die een beduidend negatieve lading hebben: *juristocracy* en, in Nederland vermoedelijk bekender, ‘dikastocratie’.⁵ De gedachte is dan dat die toegenomen rechterlijke rol een serieuze bedreiging vormt voor democratische politiek en, volgens sommige auteurs, ook de machtscheiding sterk onder druk zet.⁶ Omgekeerd is er de kritiek, dat de rechtspraak de hooggespannen verwachtingen die met het toegenomen gewicht in de Trias gepaard is gegaan, niet waar weet te maken, en om structureel-institutionele redenen ook niet waar kan maken.⁷

Tegen deze achtergrond vinden ook in Nederland fundamentele discussies plaats over de gegroeide rol van de rechter binnen het stelsel van de machtscheiding. Aanvankelijk vestigde vooral de burgerlijke rechter de aandacht op zich. Diens jurisprudentie is, om de Rotterdamse civilist Kasper Jansen te citeren, hard aan het ‘vermaatschappelijken’.⁸ De afgelopen jaren lijkt de aandacht echter duidelijk verlegd naar de bestuursrechter. Geruchtmakende zaken over de Groninger gaswinning, de programmatische aanpak van stikstof (PAS), box III van de inkomstenbelasting en het vluchtelingenbeleid hebben daar zeker aan bijgedragen.⁹ Maar die gegroeide aandacht voor de bestuursrechter is niet alleen te verklaren door zijn gegroeide rol in de Trias, maar ook vanwege de sterk toegenomen verwachtingen van de bestuursrechtspraak als beschermvrouw van de rechten van de burger, als aanjager van responsief bestuur, en als handhaver van het Europese recht. Dat de bestuursrechter daarbij geregeld tegen grenzen aanloopt, illustreert de toeslagenaffaire. Waar het gegroeide bewustzijn van de bestuursrechter als zelfstandige *power house* binnen het stelsel van de machtscheiding gekarakteriseerd kan worden als ‘*the best of times*’, is de toeslagenaffaire ‘*the worst of times*’: een periode waarin het feilen van de bestuursrechtspraak aan het licht kwam. Die toeslagenaffaire bracht structurele tekortkomingen in ons stelsel van rechtsbescherming aan het licht.¹⁰ Het gaat denk ik niet te ver te zeggen dat de toeslagenaffaire alle ingrediënten in zich heeft om uit te groeien tot wat, meestal pas achteraf, een ‘constitutioneel moment’ wordt genoemd: een gebeurtenis die een transformerende impact heeft op het constitutionele bestel, zonder wijziging van de Grondwet.¹¹

5 Hirschl 2010, p. 137-154; met betrekking tot Nederland in beschouwender zin: De Poorter 2020; Schutgens, 2021.

6 Loughlin 2022, p. 124-135; Ekins & Gee 2017.

7 Vgl. o.a. Chilton & Versteeg 2018.

8 Jansen 2022, p. 21-11. Zie ook reeds: Hirsch Ballin 1991, p. 252; Schutgens & Sillen 2021, p. 157.

9 Vgl. daarover o.m. Polak 2022.

10 Vgl. o.a.: Zijlstra 2021a; Schuurmans 2021b; Schuurmans 2021a; Brenninkmeijer & Marseille 2021; Damen 2021; De Poorter & Koenraad 2022; Huisman & Jak 2021; Blomberg & Grapperhaus 2022.

11 Vgl. o.a. Baraggia 2020, p. 2; Von Bogdandy e.a. 2018, p. 2; Ackerman 1991, p. 6.

1.2 De constitutionele dimensie van het bestuursprocesrecht

Wat opvalt is dat het debat juist vanuit het bestuursrecht in toenemende mate een constitutionele dimensie krijgt. Zowel de pleitbezorgers van een ‘mensgerichter’ bestuursrechtelijk toetsingsmodel als degenen die waarschuwen voor al te drastische ingrepen, wijzen erop dat de kwestie fundamentele vragen van constitutionele aard oproept.¹² Zo wees de (toenmalige) voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak er, in zijn, inmiddels veelbesproken reactie op het rapport van de parlementaire ondervragingscommissie kinderopvangtoeslag op dat met alle ‘sympathieke’ betogen voor een verruimde evenredigheidstoetsing, een verstrekkende wijziging in de constitutionele verhouding tussen rechter en wetgever gemoeid was. ‘Willen we dat echt?’, vroeg hij zich openlijk af, en passant verwijzend naar de volgens hem nèt geluwde discussie over de vermeende dikastocratie in Nederland.¹³ Tegelijkertijd heeft bijvoorbeeld Schuurmans aandacht gevraagd voor het feit dat de huidige discussie zich te zeer verengt tot het bieden van een ‘spitsstrook voor klemmende zaken’, zonder dat de fundamentele vraag naar de ‘disbalans in de Trias’ serieus wordt belicht.¹⁴

Ook vanuit de staatsrechtelijke praktijk wordt de verbinding gelegd. Dat blijkt onder meer uit de opdrachtverlening van het kabinet aan de Staatscommissie rechtsstaat.¹⁵ Die moet ingaan op maatregelen die ‘voortvloeien uit de onderlinge verstandhouding tussen de staatsmachten en het zowel afzonderlijk als samenhangend functioneren van de staatsmachten’, waarbij ‘een’ doel is ‘de bescherming van burgers tegen maatregelen of beslissingen van de wetgever en bestuursorganen beter te borgen, alsmede effectieve rechtsbescherming in gerechtelijke procedures te verzekeren’.¹⁶ In essentie gaat dat dus om het functioneren van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming als constitutioneel verschijnsel. Terecht is om die reden onlangs nog aandacht gevraagd voor de vraag in hoeverre het bestuursrecht ‘geconstitutionaliseerd’ moet en kan worden.¹⁷ Alle reden dus om de constitutionele grondslagen en de leidende principes van het bestuursrechtelijke stelsel van rechtsbescherming te doordenken.

1.3 Probleemstelling en afbakening

Het is die constitutionele dimensie van de rechterlijke toetsing in het bestuursrecht, die in dit preadvies centraal staat. Wat kan het staatsrechtelijke perspectief bijdragen aan het debat over de rechtsstatelijke plaats van de bestuursrechter bij het bieden van rechtsbescherming? Ik doe dat door dit debat in de sleutel te plaatsen van het verschijnsel van de (al dan niet wenselijke) constitutionalisering van het bestuursprocesrecht. Deze benadering roept twee concrete vragen op: in hoeverre

¹² In deze zin bijv. Schlössels & Albers 2023 p. 105.

¹³ Van Ettekoven 2021, p. 104.

¹⁴ Schuurmans 2022, p. 269-270.

¹⁵ Vgl. art. 2 lid 1 Instellingsbesluit Staatscommissie rechtsstaat, Stcrt. 2023, 7635.

¹⁶ Art. 2 lid 1 Instellingsbesluit.

¹⁷ Huisman & Jak 2023.

is het constitutionele recht sturend voor de inrichting van de rechterlijke toetsing in het bestuursrecht, en (de daarmee verbonden vraag) in hoeverre *moet* sprake zijn van (meer) sturing, en is de Grondwet daarvoor het aangewezen vehikel?

Eerst wordt ingegaan op het verschijnsel ‘constitutionalisering’. Vervolgens verken ik in paragraaf 2 in hoeverre constitutionalisering in de context van de Nederlandse Grondwet een begaanbaar en wenselijk pad is. Het antwoord daarop hangt deels af van de heersende constitutionele cultuur. Op dat begrip ga ik in paragraaf 3 in. Als de plaats van deze constitutionele doelpalen is vastgesteld, dan zet ik in de paragrafen 4 en 5 de schijnwerpers op de rechterlijke toetsing in het bestuursrecht. Het gaat er dan vooral om vast te stellen op welke manier die rechterlijke toetsing is ingeweven in de constitutionele cultuur zoals die in de voorgaande paragraaf is geschetst. Als rode draad hanteer ik in dat verband de vraag naar de constitutionele legitimiteit van rechterlijke toetsing in het publiekrecht. Dat is een vraag die niet nieuw is. In 1989 verscheen daarover voor de VAR al een studie van een Amsterdamse constitutionalist.¹⁸ En een slordig decennium geleden werden doel en functie van de bestuursrechtspraak ook nog eens op een rij gezet door De Poorter en De Graaf.¹⁹ Mijn beschrijving heeft echter een andere insteek: ik ben minder op zoek naar een verklaring voor de manier waarop de bestuursrechtspraak momenteel is ingericht, maar vooral naar de *impact* die de grondslagen van de rechterlijke toetsingsbevoegdheid hebben op de relatie tussen rechter en wetgever. Ik doe dat aan de hand van drie narratieven die ieder een ander zwaartepunt schetsen van de rechterlijke functie in de Trias. Vervolgens bezie ik in hoeverre het constitutionele recht grenzen stelt aan deze functie. In paragraaf 5 ga ik daarom uitgebreid op het idee van de machtscheiding in, en de betekenis die het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet in dat verband speelt. Tot slot nog een *disclaimer*: het debat over rechterlijke toetsing gaat natuurlijk over bijna elke uithoek van het bestuursrecht: van discussies over het besluitbegrip tot marginale toetsing, van bewijslastverdeling tot maatwerk. Het is onmogelijk om alle aspecten recht te doen. Ik koos ervoor om mij te richten op één aspect dat het bestuursrecht doorsnijdt, en dat zich momenteel nadrukkelijk manifesteert: de relatie tussen de rechter en de wetgever.

¹⁸ Van der Hoeven 1989. Zie overigens ook de uitgebreide studie van Schreuder-Vlasblom (1987).

¹⁹ De Poorter & De Graaf 2011.