

# Een wet van Meeden en Perzen?

## *Geen onwrikbare wet in het hedendaags bestuursrecht*

*Michiel Scheltema*

### **Inleiding: de jurist en de toekomst**

Het is al weer heel wat jaren geleden dat de Sociaal-Wetenschappelijke Raad van de KNAW een bijeenkomst organiseerde over het thema toekomst. De vraag was: wat kunnen de verschillende sociale wetenschappen bijdragen aan inzichten over de toekomst.

De meningen en pretenties van de leden uit de verschillende disciplines liepen sterk uiteen. Soms zelfs binnen één discipline. Zo meenden sommige historici dat je uit het verleden veel kon leren over de manier waarop ontwikkelingen in de toekomst zouden verlopen en eventueel door beleidsvorming beïnvloed konden worden. Andere historici dachten daar anders over: de omstandigheden zijn altijd weer anders, zodat je niet kan pretenderen iets te kunnen zeggen over hoe het in de toekomst loopt of hoe je zou moeten handelen.

Economen hadden, zeker indertijd, het idee dat hun modellen voor de toekomst een goed instrument zijn om beleid op te maken. Sociologen hadden ook de gedachte dat hun wetenschap goed zou kunnen bijdragen aan een betere kennis over de toekomst, en een grondslag kon bieden voor beleid. De oprichting van de Sociaal-Wetenschappelijke Raad en geïnspireerd door die Raad ook van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) was sterk vanuit de sociologie ondersteund.

Mij was gevraagd de juridische invalshoek naar voren te brengen. Heel veel gedachten over de toekomst vond ik niet in de juridische literatuur. Maar na enig nadenken heb ik de stelling verkondigd dat juristen niet zozeer de toekomst voorspellen, maar de toekomst (mede) bepalen. Wij maken immers de wetten en vormen het recht met het oog op de toekomst. Rechtsregels zijn bedoeld om het gedrag van mensen in de toekomst te sturen. Dus het recht dat wij nu maken beheerst het handelen van mensen en organisaties in de toekomst.

Wanneer dat het geval is, zou verwacht mogen worden dat juristen veel nadenken over de toekomst om ervoor te zorgen dat het recht dat zij maken geschikt is voor de omstandigheden in de toekomst. Toch is dat niet het geval. Integendeel: de wetgever geeft zich – zo blijkt meestal in het wetgevingsproces – weinig rekenschap van de toekomstige omstandigheden waarin de nieuwe wetgeving moet functioneren. Misschien is het beter om te zeggen dat het toekomstbeeld van de wetgever eenvoudig is: de toekomst lijkt in alles op het heden, behalve op één punt: zij is beter doordat de nieuwe wet dan geldt.

Misschien is dit niet helemaal juist. Soms realiseert de wetgever zich wel dat er het een en ander kan veranderen, en houdt hij daar ook rekening mee. Ik denk bijvoorbeeld aan wetgeving over communicatie, die tegenwoordig vaak elektronisch verloopt. Omdat het bekend is dat op dat terrein de ontwikkelingen buitengewoon snel gaan, worden dan bepalingen ‘techniek-onafhankelijk’ geredigeerd.

Een dergelijk voorbeeld is betrekkelijk uitzonderlijk, en betreft ontwikkelingen die men zodanig kan voorzien dat er bij de wetgeving rekening mee gehouden kan worden. Maar zodra het gaat om het voorzien van bredere ontwikkelingen wordt het veel lastiger. Wij weten inmiddels dat ook goed onderbouwde voorspellingen niet in staat zijn een betrouwbaar beeld van de toekomst te geven. De WRR heeft eens teruggekeken op de toekomstbeelden die de Raad bij het begin van zijn werkzaamheden heeft opgesteld.<sup>1</sup> Sommige ontwikkelingen bleken goed te zijn voorzien, en andere niet. In ieder geval was de samenleving in 2000 een heel andere dan die men 25 jaar daarvoor had voorspeld. Zo stonden de val van de muur en de opkomst van internet niet op het netvlies. De corona crisis laat nu zien hoe onvoorspelbaar de toekomst is, en hoe snel de samenleving kan veranderen.

Moet de wetgever en moeten juristen zich niet meer rekenschap geven van de onzekerheid over de omstandigheden waarin hun regels gaan gelden?

### **De alwetende wetgever: een realistische veronderstelling?**

Een dergelijke onzekerheid straalt de wetgever in ons recht niet uit. Integendeel, de wetgever, zeker die van formele wetten, is in ons recht alwetend. Hij heeft precies in beeld welke gevolgen de toepassing van zijn regels zal hebben. Hij kent al de verschillende omstandigheden waarin zijn regels gelding krijgen. Hij heeft ook een nauwkeurig beeld van de toekomst, want zijn regels zijn voor de toekomst bedoeld. Dat beeld moet wel goed zijn, want wetten blijven vaak vele jaren gelden.

Soms komt er twijfel op of de wetgever zijn regels echt bedoeld heeft voor een bepaald concreet geval. Bijvoorbeeld omdat de wet dan tot schrijnende consequenties leidt. Het is niet moeilijk daarvan voorbeelden te vinden: mijn mede-adviseur brengt als Nationale ombudsman regelmatig rapporten uit die dit kunnen illustreren. De kwestie van de toeslagen voor kinderopvang, mede door hem aangekaart, ligt ons nog vers in het geheugen.

Als die twijfel opkomt, is het antwoord juridisch eenvoudig: het is de wil van de wetgever geweest, dus de wet moet worden gevolgd. Het proces van wetgeving, waarbij het parlement betrokken is, garandeert dat de wet een democratische legitimatie heeft. Bovendien kent het proces een grote openheid, zodat door velen meegedacht kan worden over de consequenties van de regels in allerlei praktijkgevallen. Datgene wat op die manier tot stand is gekomen, moet wel een goede wet zijn. Die moet dus gevolgd worden, ook wanneer dat tot schrijnende consequenties leidt. Want de wetgever is degene die alles heeft kunnen voorzien, en die gelegitimeerd is om te beslissen of een regel in een bepaald geval verantwoord is: soms wel streng, maar altijd rechtvaardig.

Vroeger sprak men in dit verband wel van een wet van Meeden en Perzen<sup>2</sup>. Een wet die altijd gold, wel hard kon zijn, maar toch onwrikbaar was. In steen gebeiteld, zou men kunnen zeggen.

Nu is er veel te zeggen voor het standpunt dat men strak aan wetten moet vasthouden. Uit de geschiedenis zijn verhalen bekend van machthebbers die wetten uitvaardigden, en vervolgens op

---

<sup>1</sup> Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, Vijfentwintig jaar later, De toekomstverkenning van de WRR uit 1977 als leerproces, WRR verkenning 5, 2004.

<sup>2</sup> De uitdrukking is ontleend aan de bijbel, waar zij onder meer voorkomt in Daniël 6 vers 9: het verhaal van Daniël in de leeuwenkuil.

grond van hun eigen wetten veroordeeld werden. Dat is het voordeel van een onwrikbare wet: die geldt voor iedereen, zelfs voor de koning of andere machthebber. Niemand staat boven de wet. Het belang van strikte naleving van de wet wordt dan ook verdedigd met fundamentele rechtsbeginselen als gelijkheid en voorspelbaarheid.

Het enigszins relativeren van de onwrikbare wet is daarom een hachelijke bezigheid. Toch zal mijn betoog in die richting gaan. Niet omdat de zojuist genoemde voordelen van strakke wetsnaleving onbelangrijk zijn. Maar omdat de veronderstellingen die ten grondslag liggen aan de manier waarop het bestuursrecht betekenis toekent aan de formele wet, onrealistisch zijn. De wetgever heeft aanzienlijk minder zicht op de gevolgen van zijn regels dan het recht veronderstelt. Bovendien is het minder aannemelijk dan het op het eerste gezicht lijkt dat de rechtszekerheid en gelijkheid door het strak vasthouden aan de regels van de wet worden gediend.

Het is niet mijn bedoeling om afbreuk te doen aan de betekenis van wetten. Maar wel om die betekenis een wat andere vorm te geven. Wetten kunnen richting geven en de normale gevallen regelen. Maar zij kunnen niet voor alle gevallen in alle omstandigheden de juiste oplossing bieden. Er is een zekere flexibiliteit nodig om van de wet te kunnen afwijken om te voorkomen dat die tot onaanvaardbare toepassingen leidt, toepassingen die de wetgever ook niet beoogd zal hebben. Blijft men ook dan strak vasthouden aan de wet, dan komt de wereld van het recht steeds verder af te staan van de samenleving. Dan houdt men het instrument wetgeving in stand op een manier die goed past in de juridische systematiek, maar die het belang van de burger niet dient.

Om het instrument van de wet goed bruikbaar te houden, zal de bindende werking ervan meer in de richting van de beleidsregel moeten gaan: een hoofdregel voor de meeste gevallen, maar die uitzondering moet leiden als de toepassing tot onaanvaardbare uitkomsten leidt.

### **Waarom kan de wetgever niet alle gevallen overzien?**

De pretentie van de wetgever reikt in ons juridisch denken ver, ook in de toekomst. Wetten, ook wetten die al heel oud zijn, hebben nog steeds dezelfde gelding als wetten die gisteren tot stand zijn gekomen. Bij de interpretatie van wetten gaan wij te rade bij de tekst van de wet, en in aanvulling daarop bij de wil van de wetgever, voor zover wij die te weten kunnen komen. Bijvoorbeeld uit de toelichting of de parlementaire behandeling.

Zo redenerend veronderstellen wij dat de wetgever een perfect beeld heeft van onze samenleving, tot in alle uithoeken, en de toekomst goed kan voorspellen. Wanneer wij ons, om de wet en de bedoeling daarvan goed te kunnen interpreteren, verdiepen in de voorstelling van zaken waarvan de wetgever is uitgegaan, komen wij vaak nogal bedrogen uit. Welk beeld had hij van de samenleving, of van de omstandigheden waarin de nieuwe wet zou moeten functioneren? Dat beeld wordt lang niet altijd expliciet gemaakt, en heeft zelden met de toekomst te maken. Vaak bedoelt een wet een bepaald probleem in de samenleving op te lossen of verbetering te brengen in bepaalde omstandigheden. De samenleving en de omstandigheden zijn dan de huidige samenleving en de huidige omstandigheden.

Wat is dan de betekenis van de wet indien de samenleving ingrijpend is veranderd, of de omstandigheden heel anders zijn dan de wetgever heeft verondersteld? Het antwoord op die vraag is

in ons recht nogal eenduidig: niemand weet het beter dan de wetgever, en alleen hij kan door een nieuwe wet de eerdere wet afschaffen. Bij de interpretatie van de wet blijven wij vasthouden aan de bewoordingen en aan de bedoelingen van indertijd.

Naar ik meen worden de argumenten om dit uitgangspunt te relativieren steeds sterker. Wanneer de samenleving zo gecompliceerd is dat zelfs de alwetende wetgever tekort schiet, en de toekomst ook voor hem moeilijk te voorspellen valt, doet men dan recht aan de wet en de bedoelingen van de wetgever door de regels altijd op precies dezelfde manier te blijven toepassen? Schuift men dan de wetgever niet dingen in de schoenen die de wetgever helemaal niet gewild heeft?

Een aantal factoren maakt die vraag klemmender. Zij hangen voor een deel samen met de complexiteit van de samenleving en nieuwe wetenschappelijke inzichten. Maar deels spruiten zij ook voort uit de ervaring dat het strak vasthouden aan regels in de praktijk tot onaanvaardbare consequenties leidt. Consequenties die in een rechtsstaat niet als juridisch juist kunnen worden verdedigd.

### **Redenen voor de beperkte blik van de wetgever**

Waarom is het niet meer realistisch om te veronderstellen dat de wetgever alle consequenties van zijn regels heeft doordacht?

#### *a. De wetgever kan (en wil) niet alles overzien*

Van oudsher bestaat er een sterke neiging in het publiekrecht om de overheid te binden aan duidelijke regels. Regels brengen voorspelbaarheid en gelijkheid. Wanneer die regels bovendien zijn vastgesteld door de formele wetgever, dan zorgen zij ook voor de democratische legitimatie van het handelen door het bestuur. Om die redenen is er lang kritisch gekeken naar 'de terugtred van de wetgever' het gegeven dat wetten heel vaak nogal wat ruimte laten aan lagere regelgevers of bestuursorganen. Hoewel een zekere terugtred werd aanvaard, bleef het ideaal lange tijd om zoveel mogelijk in de wet zelf te regelen. Dat ideaal veronderstelt dat de opstellers van de wetten voldoende kennis hebben om goede regels te maken.

Misschien was dat vroeger tot op zekere hoogte wel een haalbaar ideaal. Wanneer de samenleving niet te ingewikkeld is, en de overheidstaken niet te omvangrijk, kan de wetgever zich een inschatting maken van de effecten van de regels die hij opstelt. Dat wordt moeilijker wanneer de taken van de overheid zich uitbreiden en dieper gaan ingrijpen in het leven van de burgers. Nog moeilijker wordt het nu de samenleving complexer is geworden als gevolg van de ontwikkeling van de techniek, van de internationalisering, en van de vergroting van culturele diversiteit.

Daarom is het overzien van de diversiteit van gevallen die onder een regeling vallen, steeds minder goed mogelijk geworden. Natuurlijk probeert men zich bij het maken van wetten een voortelling te maken van de effecten van de regels in verschillende omstandigheden, en worden ex ante evaluaties gemaakt om dat te ondersteunen. Maar het kan haast niet anders dan dat men veel gevallen over het hoofd ziet. Het accent bij de voorbereiding van regels ligt vaak bij een bepaalde problematiek of bij een bepaalde groep van burgers, en daarop zijn de regels toegesneden. Dat er allerlei vormen van

interactie kunnen bestaan met andere problemen of met andere onderwerpen van overheidszorg, verdwijnt regelmatig naar de achtergrond.

Dat is ook nauwelijks te voorkomen. Men kan als wetgever niet alles voorzien. Het zou ook veel te veel onderzoek en tijd vergen om dat allemaal in beeld te krijgen. Het is dus onvermijdelijk dat er zich in de praktijk gevallen voordoen waaraan de wetgever niet heeft gedacht en die toch onder de regel vallen. De problematiek van de toeslagen voor kinderdagverblijven is daar een voorbeeld van waarmee de politiek aardig in de maag zit. Maar zij behoort ook ons juristen aan het denken te zetten: ons juridisch systeem heeft die schrijnende gevallen gelegitimeerd. Natuurlijk kan men naar de wetgever wijzen die strenge regels heeft willen maken om fraude te voorkomen. Maar is het reëel om te veronderstellen dat de wetgever dan zulke ernstige gevolgen van de toepassing van zijn regels heeft gewild of zelfs maar op de koop toe heeft genomen? Dat is wel de positie waartoe ons bestuursrecht heeft geleid.

Een belangrijke reden waarom het voor de wetgever moeilijk is de effecten van zijn regels te voorzien is, zoals gezegd, dat de complexiteit van de samenleving, en daardoor ook van het geheel aan regels, heel groot is geworden. Tegelijkertijd worden de regels bijna altijd vanuit een sectoraal perspectief gemaakt. De belastingdienst of het CIJB dat boetes moet innen, en de wetgeving die daarvoor wordt gemaakt, denken vanuit dat perspectief: het zekerstellen van de betalingen die door burgers moeten worden verricht. In sommige gevallen kan de inning van die betalingen leiden tot een situatie van problematische schulden. Uit allerlei onderzoek, en ook uit de rapporten van de Nationale ombudsman blijkt dat dit ernstige consequenties kan hebben: gezinnen die het niet meer redden, met huisuitzetting of verlies van een baan als gevolg. Sectoraal gedacht is de neiging om te zeggen dat dit een ander beleidsterrein betreft, en dat andere sectoren van de overheid zich daar mee bezig moeten houden. De (sectorale) wetgever kan zich niet met al die mogelijke complicaties bemoeien. Die complicaties zijn dan niet door de wetgever gewild, maar zij zijn toch het onvermijdelijke gevolg van het streng vasthouden aan de regels.

De sectorale invalshoek bij wetgeving betekent dat er één invalshoek is die dominant is bij het inschatten van de effecten en consequenties van de regels. Dat is immers de invalshoek waarvan de opstellers van de regels het meeste weten, evenals de adviseurs vanuit die sector die hen bijstaan. Het is dan doorgaans niet met opzet dat de interactie van de regelgeving met andere regelgeving of andere beleidsterreinen tot onvoorziene en soms onaanvaardbare consequenties leidt, maar het is het noodzakelijke gevolg van de beperkte blik die iedere wetgever heeft, zeker wanneer het sectorale perspectief sterk overheerst.

Het strak vasthouden aan de regels in gevallen die buiten perspectief zijn gebleven door een niet voorziene interactie met andere regels of om andere redenen, kan dan niet meer opgevat worden als het vasthouden aan de wil van de wetgever. Integendeel, wanneer de wetgever soms geconfronteerd wordt met onverwachte of schrijnende gevolgen, zal hij vaak concluderen dat hij die niet heeft voorzien. Dat blijkt ook uit de toeslagenaffaire. Die is bovendien een voorbeeld van het feit dat ook schrijnende gevolgen van een wet heel langzaam doordringen tot de makers van de wetten. De makers en uitvoerders van de belastingwetgeving zien die niet in hun praktijk: het zijn de gemeentelijke sociale diensten en de Nationale ombudsman die daarmee geconfronteerd worden.

Het is dus een fictie om te denken dat het vasthouden aan de regels in dergelijke gevallen te maken heeft met het uitvoeren van de wil van de wetgever. Het gaat veeleer om het in stand houden van het juridische systeem, en van de werkwijze van de overheid.

### *b. veranderingen in de samenleving lijken steeds sneller te gaan*

Veranderingen in de samenleving lijken tegenwoordig veel sneller te gaan dan vroeger. Internet, corona, internationalisering hebben de wereld in korte tijd een ander aanzien gegeven. Verreweg de meeste wetten zijn dezelfde gebleven: wetgevingstrajecten duren jaren, en aanpassing van wetten aan nieuwe omstandigheden loopt daardoor altijd achter. Dat wordt ook regelmatig gezegd, en het enkele feit dat men dit opmerkt geeft al aan dat veel bestaande wetten niet berekend zijn op de nieuwe omstandigheden. Zelfs de wetgever kan niet in de toekomst kijken. In de inleiding heb ik daar al het een en ander over gezegd.

De kans dat de wetgever van vroeger zijn wet anders zou hebben ingericht indien hij een goed beeld van de nu ontstane omstandigheden zou hebben gehad, is daardoor aanmerkelijk. Spreekt het dan vanzelf dat de oude regels in de nieuwe situatie worden toegepast? Men kan in ieder geval niet zeggen dat dit overeenkomstig de wil van de wetgever is. Die wetgever rekende helemaal niet met deze situatie. Nog sterker dan in de hierboven beschreven situatie zijn het dus andere argumenten dan de wil of de bedoeling van de wetgever die nodig zijn om het strak vasthouden aan de oude regels te legitimeren. Deze problematiek wordt groter naarmate er sprake is van sneller optredende veranderingen.

Op allerlei terreinen wordt gepleit voor grotere maatschappelijke flexibiliteit in een snel veranderende samenleving. Mensen verrichten niet meer hun hele leven hetzelfde werk, en moeten dus geschoold worden om zich snel op nieuwe situaties in te kunnen stellen. Dat geldt ook voor bedrijven. Een rechtssysteem dat met zijn tijd meegaat kan dit alles niet negeren: het kan niet gebaseerd zijn op wetten die starheid brengen doordat zij onveranderlijke regels voorschrijven.

### *c. wetten voor robots, maar niet voor mensen*

Het WRR rapport *Weten is nog geen doen* heeft brede steun ontvangen, ook bij de overheid. Een centrale stelling van het rapport is dat de rechtsvormers van een onrealistische mensbeeld uitgaan. Anders dan zij veronderstellen is de burger niet een steeds rationeel handelende persoon met het *doenvermogen* om te doen wat de regels veronderstellen dat hij kan doen. Daardoor kunnen wetten heel anders uitwerken dan de wetgever heeft gedacht, en daardoor komen mensen ook in de problemen: zij zijn gewoon niet altijd in staat te handelen zoals het recht van hen verwacht.

De inzichten van de WRR zijn inmiddels wel omarmd, en het besef dat de wetgever daarmee rekening moet houden is gegroeid. Hoe dat beter zou moeten, daarover wordt veel nagedacht, maar een goed antwoord is nog niet gevonden. Dit onderstreept nog eens de gedachte dat wetten consequenties hebben die de wetgever niet voor ogen heeft gehad. Dan is het niet realistisch om strak aan een regel vast te houden met een beroep op de wil van de wetgever.

## **Aan de wet wordt in het bestuursrecht een betekenis toegekend die berust op onjuiste veronderstellingen**

De conclusie kan geen andere zijn dan dat de wetgever een beperkt zicht heeft op de gevolgen van zijn regels. Voor de normale gevallen waarop zijn regels zijn gericht, kan hij overdachte keuzes maken. Maar die keuzes kunnen geen betrekking hebben op situaties die hij niet heeft gezien en soms ook niet heeft kunnen overzien.

De laatste tijd zijn meer gevallen onder de aandacht gekomen waarin het strak vasthouden aan regels tot onaanvaardbare resultaten heeft geleid. Ik noemde al de toeslagen voor kinderdagverblijven. Met andere voorbeelden werd ik geconfronteerd in het aandachtsgebied van het Programma Maatwerk Multiprobleemhuishoudens van de rijksoverheid<sup>3</sup>. Het gaat daar om gezinnen die een cumulatie van problemen hebben: baanverlies, problematische schulden, echtscheiding en opvoedingsproblemen kunnen in vele combinaties voorkomen. De wetgever richt zijn regels waarmee deze gezinnen te maken krijgen, doorgaans sectoraal in. De wet bestrijkt daardoor steeds een deel van de problematiek. Met allerlei combinaties van problemen heeft de wetgever niet gerekend; dat kon hij ook moeilijk: daarvoor is de diversiteit van gevallen te groot. Maar daardoor is de stelling dat hij ook in al die gevallen zijn regels onverkort zou willen laten gelden, niet met de realiteit in overeenstemming. Het is niet juist hem gevolgen van zijn regels toe te rekenen wanneer die neerslaan in niet te verdedigen besluiten. Besluiten die schrijnend zijn, vergelijkbaar met de schrijnende besluiten over kinderopvang toeslagen.

De inzichten van de WRR laten zien hoe de problematiek van burgers kan worden versterkt door het rigoureuze uitvoeren van regels. Stress is een belangrijke factor die het doenvermogen van de burger vermindert. Wanneer tegelijkertijd regels uit verschillende domeinen van wetgeving tot toepassing komen, kan die stress tot een draaikolk naar beneden leiden. Ook regels die in andere gevallen goed uitwerken, kunnen dan contraproductief worden. Wanneer daar nog maatschappelijke veranderingen bij komen die de wetgever niet kan hebben zien aankomen (corona), wordt het helemaal de vraag wat de relatie is tussen het onderwerp dat de wetgever heeft willen regelen, en het resultaat in geheel andere omstandigheden.

De kern van de problematiek ligt niet bij de wetgever die onvoldoende nadenkt over de toepassingsmogelijkheden van zijn regels. Dat kan zeker een factor zijn, maar het is het rechtssysteem zelf, de grondslagen waarvan wij juristen uitgaan, die niet blijken te kloppen. Aan de wet wordt een betekenis toegekend die niet overeenstemt met wat met het instrument wetgeving tegenwoordig te bereiken valt.

Kortom, het doenvermogen van de wetgever is veel minder groot dan het rechtssysteem veronderstelt, om in termen van de WRR te spreken.<sup>4</sup>

Hiermee komt ook de democratische legitimatie van de wet in een ander daglicht te staan. Doordat de wetgever veel minder goed kan overzien wat de consequenties van zijn regels in alle gevallen zijn,

---

<sup>3</sup> Zie over dat programma [www.maatwerkprobleemhuishoudens.nl](http://www.maatwerkprobleemhuishoudens.nl).

<sup>4</sup> Mark Bovens hield op 30 oktober een lezing over het doenvermogen van de wetgever, waarin hij aandacht aan mogelijkheden om het doenvermogen van de wetgever te versterken. Te raadplegen op de [wrr.nl](http://wrr.nl).

is het onjuist die toch aan hem toe te rekenen. Wat hij niet kan overzien, kan hij ook niet gewild hebben. Die consequenties kunnen dus ook niet met het argument van de wil van de wetgever verdedigd worden.

### **Andere argumenten voor strakke binding aan de wet: rechtszekerheid en gelijkheid**

Ter verdediging van het strak vasthouden aan wettelijke regels worden vaak de beginselen van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid genoemd. In hoeverre is dat juist?

#### *Het argument van de rechtszekerheid*

Een vaak genoemd argument om strak aan de regels van de wet vast te houden, is de rechtszekerheid. In het bestuursrecht kunnen burgers uit de wetgeving afleiden welk handelen hun van de overheid te wachten staat, zo is de redenering. Die rechtszekerheid is van groot belang en een essentieel onderdeel van de rechtsstaat. Daarom zijn terugwerkende kracht van regels ten nadele van de burgers in het bestuursrecht en ook in het strafrecht in beginsel niet toelaatbaar.

De veronderstelling is dus dat burgers rechtszekerheid ontlenen aan wetten. Natuurlijk beseffen we wel dat weinig burgers wetboeken in huis hebben of wetsartikelen op internet opzoeken. Doen zij dat wel, dan stuiten zij overigens niet altijd op vlot leesbare teksten waarvan zij de consequenties direct kunnen doorzien. Toch kunnen wetsteksten wel indirect tot burgers doordringen via literatuur of informatie door de overheid wanneer zij op zoek zijn naar een specifieke regeling. Wanneer de stelling is dat strak vasthouden aan de wet in het belang is van de rechtszekerheid van burgers, dan gaat het om deze indirecte manier van kennisname.

Toch is het sterk de vraag hoever dit argument in de praktijk kan reiken.

Ter illustratie loop ik hier vooruit op een discussie verderop in dit stuk over de verhouding tussen het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4 lid 2 Awb en bepalingen in bijzondere wetten. Het artikel in de Awb verbiedt een besluit te nemen dat onevenredige nadelige gevolgen voor de burger heeft, terwijl een dergelijk besluit soms door de bijzondere wet wordt voorgeschreven. Wat gaat dan voor: de Awb of de bijzonder wet?

De gebruikelijke benadering gaat uit van de gedachte dat de bijzondere wet voorgaat: die is meer gedetailleerd en geeft houvast. Wanneer men in schrijnende gevallen van de wet wil afwijken, dan moet, zo wordt dan gezegd, in die wet een voorziening daarvoor worden opgenomen. Dat is ook veelvuldig gebeurd: tal van wetten kennen hardheidsclausules die in verschillende bewoordingen afwijking toestaan ingeval het strikt volgen van de regel tot grote nadelen voor de burger zou leiden. Onbillijkheden van overwegende aard is een vaak gebruikte terminologie om die gevallen aan te duiden.

Brengt dat rechtszekerheid?

Het antwoord is voor deze gevallen zonder meer ontkennend. Recent is op het terrein van het sociaal domein een tweetal inventarisaties gemaakt van de hardheidsclausules in de diverse wetten op dat



terrein.<sup>5</sup> Dit om na te gaan wat er in de praktijk al mogelijk is om maatwerk te leveren en al te schrijnende besluiten te vermijden. Die inventarisaties leverden, zo bleek uit de discussie, voor overheidsjuristen bij wetgeving en uitvoering interessante inzichten op. Twee zaken werden daarbij duidelijk:

- Er bleken in de praktijk meer mogelijkheden te zijn om van de regels af te wijken dan men had gedacht: vaak was er wel een hardheidsclausule te vinden die bruikbaar was;
- Er was nogal wat diversiteit in de formulering van die clausules, zodat het lastig was daarin als professional bij de uitvoering goed de weg te vinden;
- Niemand, ook de wetgevingsjuristen of de professionele uitvoerders van de wetten hadden een goed overzicht van de hardheidsclausules: men moest de universiteit van Tilburg en de stichting Stimulansz een onderzoek laten doen naar wat mogelijk was om schrijnende besluiten te vermijden.

Mijn conclusie uit deze discussies is dat het precies in de wet willen vastleggen wanneer van een wettelijke regel kan worden afgeweken, in deze gevallen geen enkele bijdrage levert aan de rechtszekerheid. Integendeel, de wetgeving is daardoor zo ingewikkeld geworden dat professionals daarin de weg niet konden vinden, en dus ook geen gebruik maakten van de mogelijkheden die de wetgeving bood. Dat leidt tot een tweetal vaststellingen:

- Wanneer professionals de weg in de wetgeving al niet kunnen vinden, is het onmogelijk te verwachten dat burgers die weg wel vinden en daaraan rechtszekerheid ontlenuen;<sup>6</sup>
- Wanneer zij toch de weg in de wetgeving zouden vinden, zouden zij nog bedrogen uitkomen ook omdat de met de uitvoering belaste professional die weg niet kennen, en dus niet beslist zou hebben zoals de burger dan had kunnen verwachten.

Wanneer men in plaats van het steeds in de wet opnemen van een hardheidsclausule ervan uit zou gaan dat het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4 lid 2 Awb altijd van toepassing is, dan zou dat de burger meer rechtszekerheid bieden. Niet omdat hij dat artikel zou gaan lezen of begrijpen, maar omdat hij de overheid steeds kan houden aan het beginsel dat hij geen onevenredig nadelige besluiten van de overheid behoeft te dulden. Dat is precies wat men in een rechtsstaat van de overheid mag verwachten, en dus een uitgangspunt dat voor iedere burger te begrijpen valt. Een dergelijke benadering geeft voor de burger meer rechtszekerheid dan een woud van hardheidsclausules in de wet.

Het strak vasthouden aan een veelheid van gedetailleerde regels in de wet kan dan ook niet verdedigd worden met een beroep op het belang van de rechtszekerheid voor de burger. Daarentegen biedt een algemeen beginsel dat aansluit bij het verwachtingspatroon van de burger in een rechtsstaat aanzienlijk meer houvast. Natuurlijk is enige vaagheid inherent aan ieder beginsel, maar een zeker vertrouwen kan het toch geven. Besluiten die geen redelijk handelende overheid zou

---

<sup>5</sup> Anne Meuwese & Johan Wolswinkel, Tilburg University, 'Maatwerk en bijzondere wetgeving: ondanks of dankzij?', 2020 en Stichting Stimulansz, Hardheidsclausules ten behoeve van maatwerk, Product van het Programma Maatwerk voor Multiprobleemhuishoudens, 2020. Beide rapporten heb ik ingezien en worden binnenkort openbaar.

<sup>6</sup> In deze zin ook S.E. Zijlstra, 'Aanpak bij het opstellen van een wettelijke regeling', in: S.E. Zijlstra (red.), *Wetgeven*, Deventer: Kluwer 2012, § 9.2.

nemen, zouden dan in ieder geval sneuvelen. Heel wat besluiten over toeslagen zouden in die categorie zijn gevallen.

Maar ons juridisch systeem dat zo strak vasthield aan de regels in de wet, kwam bij de toeslagen jaren lang tot een ander resultaat. Het gebruik van het argument van de rechtszekerheid in dit verband past in het gedachtegoed van een bureaucratische rechtsstaat met een voorkeur voor regel geleide uitvoering. Het beroep dat juristen veelvuldig doen op het belang van strikt naleven van de regels van de wet, lijkt vaak meer ingegeven door hun eigen behoefte aan houvast binnen dat gedachtegoed dan door zicht op de noden van de burger. In een responsieve rechtsstaat, waar het burgerperspectief voorop staat, levert dit geen vanzelfsprekende bijdrage aan de rechtszekerheid van de burger.

### *Het argument van de rechtsgelijkheid*

Algemene regels brengen rechtsgelijkheid, en dit is ook een belangrijk argument om vast te houden aan de regels van de wet. Een afwijking van die regels bergt het gevaar van ongelijkheid in zich.

Ook hier doet zich de vraag voor of het gelijkheidsbeginsel, zoals dat in het bestuursrecht wordt gehanteerd, tegemoet komt aan wat de burger van dat beginsel mag verwachten. In een rechtsstaat dient dit beginsel de burger, en de burger moet dan ook kunnen zien en ervaren dat burgers gelijk worden behandeld.

Uiteraard is dan de vraag: wat zijn gelijke gevallen? Ook hier blijkt dat het perspectief van de wetgever niet hetzelfde is als dat van de burger. Voor de wetgever zijn de burgers die onder zijn wet vallen, allen gelijk, en moeten dus gelijk behandeld worden. Bijna alle wetgeving is sectorale wetgeving, en dat betekent dat iedere wet de burger in een bepaalde hoedanigheid benadert. De burger is belastingbetaler, houder van een standplaatsvergunning of foutparkeerder, en in die hoedanigheid zijn zij allen hetzelfde. Vanuit het burgerperspectief is dat soms heel anders. De burger ziet een alleenstaande ouder die met moeite rond kan komen, een vermogend echtpaar of een alleenstaande met medische problemen. Moeten die gelijk worden behandeld wanneer zij te laat zijn met een betaling? Of wanneer zij moeite hebben met naleving van een vergunningvoorschrift? Stel dat een belasting of boete niet tijdig is betaald. Is dan een verhoging van het te betalen bedrag in die drie gevallen gelijke behandeling? De alleenstaande ouder kan daardoor in de schuldsanering worden geduwd, het vermogende echtpaar merkt de verhoging nauwelijks, en bij de alleenstaande met medische problemen die vanwege die problemen niet tijdig heeft betaald kan de ergernis over het overheidsoptreden het herstel frustreren.

Is dit gelijke behandeling? Geen burger-niet jurist zal dat, lijkt mij, beamen. Maar voor het recht is dit gelijke behandeling: de regels gelden voor iedereen op gelijke wijze. Natuurlijk werkt het voor de een anders uit dan voor de ander, maar dat is voor de belastingwet niet relevant. Ontstaan er allerlei problemen voor de burger door de verhoging, dan is dat de zorg van anderen. De gemeentelijke sociale dienst kan zich over het één-ouder gezin ontfermen, en de gezondheidszorg moet problemen op dat vlak oplossen. Kortom, de sectorale wetgever gaat uit van een één dimensionaal beeld van de burger: hij is alleen belastingbetaler of foutparkeerder die zijn boete niet betaalt, en richt de wetgeving in alsof die hoedanigheid de burger volledig bepaalt.

Sinds het WRR rapport zijn er nog meer vragen over het gelijkheidsbeginsel opgekomen. Doordat de zelfredzaamheid of het doenvermogen van burgers sterk uiteen loopt, leidt het gelijk toepassen van regels ook binnen het domein van één sector tot ongelijkheid. Ook al ziet men de burger alleen als belastingbetaler, dan kan niet iedere burger op dezelfde manier reageren op de regels. De Raad laat zien dat sommige burgers hun gedrag beter op de regels kunnen afstemmen dan andere, en dat een burger in een situatie van stress – ziekte, ontslag – anders reageert dan gewoonlijk. Daardoor kan, zo volgt uit het rapport van de Raad, grote ongelijkheid in gevolgen ontstaan door gelijk toepassen van de regels.

Tegen deze achtergrond is niet meer vol te houden dat het strak vasthouden aan wettelijke regels vanzelfsprekend tot gelijke behandeling leidt. Integendeel, de diversiteit van situaties waarin burgers zich bevinden, en de verschillen in doenvermogen leiden er onherroepelijk toe dat ongelijkheid ontstaat.

Hoe schrijnend regels kunnen uitwerken kan onder mee blijken uit de rapporten van mijn mede preadviseur. Het blijkt ook uit de gevallen die zich voordoen bij zogenaamde multi-probleem gezinnen, waaraan ik eerder refereerde. Terwijl sociale diensten proberen ondersteuning te bieden om een gezin weer in een enigszins stabiel vaarwater te brengen, kan het uitvoeren van landelijke regels dat proces volledig doorkruisen. Wat de overheid via de sociale dienst wil bereiken, wordt teniet gedaan door de regels van een andere overheidsdienst. Vanuit het burgerperspectief kan men een dergelijk gezin niet gelijk behandelen met een gezin dat dergelijke problemen niet heeft.

De laatste tijd dringt dat besef ook bij de overheid door. Voor een deel komt dat doordat de overheid zelf met de negatieve gevolgen van het strak uitvoeren van regels geconfronteerd wordt. Multi-probleem gezinnen zijn een voorbeeld daarvan: het werk van de sociale dienst wordt daardoor haast onmogelijk gemaakt. Maar mede door het WRR rapport en zaken als de toeslagen affaire wordt duidelijk hoe nodig een andere benadering is.

De roep om maatwerk wordt nu breed bij de overheid gehoord. Maatwerk houdt in dat men bij de uitvoering van regels rekening houdt met de specifieke situatie waarin een burger verkeert.

Maatwerk refereert aan de fysieke persoon. Zo levert de kleermaker maatwerk door de kleren die hij maakt af te stemmen op de maten van het lichaam van zijn klant. Vanuit het perspectief van de klant is dat maatwerk, maar niet vanuit het perspectief van de kleermaker. Die kan niet in alle gevallen een pak van dezelfde maat leveren, maar moet per klant differentiëren. Zou de overheid de kleren leveren, en ieder vanuit het overheidsperspectief gelijk behandelen, dan zou iedere burger hetzelfde pak krijgen.

Het is niet reëel om te denken dat dit praktisch zou kunnen zijn. Toch maakte ik in een Oost-Europees land voor de val van de muur een voorbeeld mee dat in die richting ging. Ik verloor mijn bril, en moest een nieuwe aanschaffen. Dat bleek goed mogelijk in de van staatwege gerunde winkels, maar er was slechts één montuur beschikbaar. Iedereen werd dus gelijk behandeld, ongeacht de vorm van de ogen of het gezicht.

Er is dus een groot verschil tussen het nastreven van gelijkheid volgens het rechtssysteem wanneer dit stipte uitvoering van de wet verlangt, en het vormgeven van gelijkheid vanuit het burgerperspectief. Niet gelijkheid, afgemeten aan één sectorale hoedanigheid van de burger, maar

gelijkheid afgemeten aan de volledige persoon van de burger in de omstandigheden waarin hij zich bevindt. Dat moet maatwerk naar mijn mening zijn: gelijkheid, zoals dat vorm gegeven wordt vanuit het burgerperspectief.

### **Conclusie: andere plaats voor de wet in het bestuursrecht**

Bij het bepalen van de plaats van de wet in het rechtssysteem moet men zich realiseren dat de wetgever die regels van bestuursrecht vaststelt, onmogelijk alle gevallen kan overzien die nu en in de toekomst onder die regels zullen vallen. Daarvoor is de samenleving te complex, daarvoor is de toekomst, waarin die regels blijven gelden, te ongewis, en daarvoor is het verschil in doenvermogen tussen burgers te groot.

Daarmee is niet te verenigen dat het bestuursrecht uitgaat van de veronderstelling dat dit wel zo is. Het onwrikbaar vasthouden aan wettelijke regels in alle gevallen heeft tot gevolg dat aan de wetgever bedoelingen worden toegeschreven die hij niet gehad heeft en vaak ook niet gehad kan hebben. De wet is geen instrument dat steeds voor alle gevallen de oplossing kan bieden.

Daarom moeten in het bestuursrecht aan de wet niet meer gevolgen worden verbonden dan overeenkomen met wat met het instrument wet te bereiken valt. De regels zijn bedoeld voor de meer normale gevallen die de wetgever kon overzien. Aanvaard moet daarom worden dat er ook gevallen onder de regels kunnen vallen waarvan de wetgever zich onvoldoende bewust was of kon zijn, en waarvan de gevolgen dus ook niet op het conto van de wetgever kunnen worden geschreven. Wanneer dat leidt tot besluiten die in de concrete omstandigheden niet aanvaardbaar zijn, moet het systeem van het bestuursrecht daarvoor een oplossing bieden. Die oplossing kan niet zijn dat men verlangt dat de wet zelf nauwkeurig gaat aangeven wanneer daarvan kan worden afgeweken, bijvoorbeeld met hardheidsclausules. Dat is geen begaanbare weg. De inherente beperking van de kennis van de wetgever geldt ook hier, en staat daaraan dus in de weg.

Vaak aangevoerde argumenten om strak aan wettelijke regels vast te houden zijn de democratische legitimatie van de formele wetgever tegenover bestuursorganen en rechters die deze legitimatie in mindere mate bezitten, alsmede de argumenten van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid.

Het argument van de democratische legitimatie houdt geen stand doordat aan de wetgever daarvoor een alwetendheid wordt toegeschreven die hij eenvoudig niet heeft. Hij kan algemene regels geven en daardoor in algemene zin richting geven aan de uitvoering door bestuursorganen en de beoordeling door de rechter, maar hij kan niet tot in detail regelen hoe zijn regels in ieder concreet geval moeten worden toegepast. Daarom kan de legitimatie van de wet niet verder gaan dan het eerste.

De Raad van State verwoordt de beperkte blik van de wetgever in zijn laatste jaarverslag ook

Wettelijke regels die in abstracto redelijk lijken, kunnen in de praktijk voor bepaalde (groepen) burgers evident onredelijk uitvallen. Die gevolgen worden soms pas na verloop van tijd zichtbaar, zoals bij het alcoholslotprogramma en de kinderopvangtoeslag. De rechter kan

dan alsnog ingrijpen door regelgeving onverbindend te verklaren, buiten toepassing te laten of door maatwerk van de overheid te verlangen.<sup>7</sup>

Interessant is dat de Raad hiermee onderschrijft dat de wet consequenties kan hebben die niet zijn voorzien, en misschien ook niet kunnen worden voorzien. Na verloop van tijd kunnen die duidelijk worden, en dat moet, zo begrijp ik het betoog van de Raad, ook juridische consequenties hebben voor de manier waarop in het bestuursrecht met de wet wordt omgegaan. Het kan betekenen dat de houding van de rechter tegenover een bepaalde wet na verloop van tijd verandert: hij gaat er op basis van nieuwe gegevens anders mee om dan eerder.

Het argument van de rechtszekerheid ten gunste van een strak vasthouden aan de regels van de wet houdt geen stand omdat het teveel vanuit het overheidsperspectief wordt gehanteerd. Bij rechtszekerheid moet het gaan om rechtszekerheid voor de burger. Naarmate een wet gedetailleerder en daardoor ingewikkelder wordt, vermindert de op rechtszekerheid gerichte werking ervan: de burger kan daarvan dan niet goed meer kennis nemen, ook niet via intermediaire kanalen. Rechtszekerheid kan de burger beter verkrijgen wanneer hij er op kan vertrouwen dat een aantal grondbeginselen van de rechtsstaat door de overheid steeds in acht worden genomen. Het evenredigheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het gelijkheidsbeginsel zijn dergelijke beginselen, maar dan wel vorm gegeven vanuit het perspectief van de burger.

Het argument van de rechtsgelijkheid is evenmin overtuigend om altijd aan de letter van de wet vast te houden. Gelijkheid vanuit het burgerperspectief betekent ruimte voor maatwerk, en dat houdt in dat er juist wel ruimte moet bestaan voor het afwijken van strakke wettelijke regels.

### **Het gaat niet om het toetsen van de beslissing van de wetgever**

In de discussie over de vraag of afwijking van een wettelijk voorschrift geoorloofd of nodig is, wordt vaak gerefereerd aan de verhouding tussen wetgever en rechter. In ons recht is het toetsingsrecht van de rechter beperkt: hij mag niet zijn oordeel in de plaats van dat van de (formele) wetgever stellen.

Maar dat uitgangspunt staat hier niet ter discussie. De strekking van mijn betoog is niet om de rechter een oordeel te laten uitspreken over wat de wetgever heeft beslist. Het gaat hier om gevallen waarin de wetgever helemaal niets heeft beslist. Zijn beslissing betreft de normale gevallen die hij als wetgever op het oog had toen de regels werden opgesteld, maar niet de situaties die daarvan sterk afwijken en waar hij zich niet mee heeft bezig gehouden. De rechter behoort de regel dan ook niet onverbindend te verklaren: dat zou betekenen dat hij de regel ook niet juist zou vinden voor de gevallen waarvoor die juist wel is bedoeld. Wel kan hij de regel buiten toepassing verklaren. Dan constateert hij dat het hier niet gaat om een normale toepassing van de regel zoals door de wetgever beoogd, maar om een geval waarin de regel tot evident onredelijke gevolgen leidt.

In het hierboven vermelde citaat van de Raad van State worden drie mogelijke reacties van de rechter naast elkaar genoemd: onverbindend verklaren, buiten toepassing laten of maatwerk van de overheid verlangen. De eerste reactie, het onverbindend verklaren, betreft wel het geval dat de

---

<sup>7</sup> Jaarverslag Raad van State 2019, Evenwicht in de rechtsstaat, Een beschouwing, p. 8.

rechter een oordeel uitspreekt over de regeling zelf, dus over het product zoals de regelgever dat bedoeld heeft. Dat is in ons bestuursrecht alleen mogelijk indien het een lagere regeling betreft dan de wet in formele zin. Dat was het geval bij het alcoholslot, waarin inderdaad een onverbindend verklaring werd uitgesproken<sup>8</sup>. Dat is een duidelijk andere problematiek dan die ik behandel: gevallen die naar de tekst onder de regel vallen, maar die niet de soort gevallen zijn waarop de wetgever zich heeft gericht. Dan is een onverbindend verklaring ook niet de goede reactie omdat de regels in de gevallen waarop de wetgever heeft gedoeld, wel kunnen blijven gelden.

Bij de kinderopvangtoeslag ging het om een regeling in de formele wet. Die regeling was niet in het algemeen onaanvaardbaar, en om die reden zou een onverbindend verklaring geen goede reactie zijn geweest, wanneer die al mogelijk zou zijn. Het ging om het voorkomen dat de regels ook worden toegepast op gevallen waarop zij niet zijn gericht, en waar de toepassing tot onaanvaardbare consequenties leidt.<sup>9</sup>

Interessant is dat de Raad van State als mogelijke reactie van de rechter ook noemt de verplichting om maatwerk te leveren. Dat betekent in wezen dat het gelijkheidsbeginsel moet worden toegepast, maar juist anders dan door de klassieke benadering van het gelijkheidsbeginsel. Hiermee gaat de Raad in de richting van hetgeen ik hierboven over het gelijkheidsbeginsel heb betoogd. Het gelijkheidsbeginsel zou hier betekenen: maatwerk leveren door de regeltoepassing te differentiëren naar de omstandigheden van het geval.

### **Hoe een andere plaats voor de wet in het bestuursrecht vorm te geven**

Tegen de achtergrond van wat ik hiervoor heb gezegd meen ik dat de wet in het bestuursrecht een andere plaats moet gaan innemen. Uitgangspunt moet zijn dat de wetgever wel de algemene richting voor het handelen van het bestuur kan bepalen, en dat hij daarvoor ook direct toepasbare regels voor normale concrete gevallen kan formuleren. Maar tegelijkertijd moet recht worden gedaan aan het feit dat zijn blik beperkt is en zijn kennis een voorlopige betekenis heeft.

Dat betekent dat de traditionele benadering van de wet in het bestuursrecht berust op onjuiste veronderstellingen. De wet moet in het bestuursrecht het instrument zijn om algemene regels vast te stellen voor de gewone gevallen die de wetgever voorziet en regelt. Maar het instrument schiet tekort wanneer het gaat om het gedetailleerd vaststellen van wat vandaag en in de toekomst moet gelden in alle gevallen die onder de letter van de wet vallen. Daarvoor is de kennis van de wetgever onvoldoende en naar de toekomst toe ook in toenemende mate ontoereikend.

Het gelijkheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel verzetten zich niet tegen een andere positie van de wet. Het strak vasthouden aan de regels van de wet leidt lang niet altijd tot het realiseren van deze beginselen. Integendeel, vanuit het burgerperspectief kan juist afwijken van de wet in het belang zijn van gelijkheid en rechtszekerheid. Het is dit burgerperspectief dat leidend moet zijn in de rechtsstaat. Zo kan ook worden voorkomen dat, in de woorden van de Raad van State, evident onredelijke besluiten door het recht en de rechter gesanctioneerd worden.

---

<sup>8</sup> ABRvS 4 maart 2015, ECLI RVS 2015, 622.

<sup>9</sup> ABRvS 23 oktober 2019, ECLI RVS 2019, 3536

Vanuit dit uitgangspunt werk ik een tweetal consequenties voor het bestuursrecht uit.

In de eerste plaats de behoefte aan een meer dynamische interpretatie van de wet. Nieuwe inzichten en nieuwe ontwikkelingen moeten bij het uitleggen van de wet een rol kunnen spelen.

In de tweede plaats de behoefte aan een andere opvatting van de verhouding tussen rechtsbeginselen in bepalingen van de Algemene wet bestuursrecht en bepalingen in bijzondere wetgeving, een opvatting die voor het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4 lid 2 inmiddels vaste grond onder de voeten heeft gekregen.

### **Een meer dynamische wetsinterpretatie**

Hierboven zijn drie omstandigheden genoemd die maken dat de wetgever nooit precies kan overzien hoe zijn wet in een concreet geval uitwerkt. Het zijn de onmogelijkheid om alle gevallen die onder de wet vallen, te kunnen kennen, de niet voorziene veranderingen in de samenleving na het tot stand komen van de wet, en de beperkte inzichten van de wetgever in het doenvermogen van de burger in een concreet geval. Dat alles leidt ertoe dat onder de wet allerlei situaties vallen die de wetgever niet voorzien heeft.

Wanneer dat zo is, moet de interpretatie van de wet daarmee rekening houden. Dat betekent: het bestuursrecht moet niet met de wet omgaan alsof dat een instrument is om alle denkbare situaties die nu en in de toekomst onder de opgestelde regels vallen, perfect te regelen. Het recht zou daardoor een alwetendheid aan de wetgever toeschrijven die hij niet heeft. Het zou hem bovendien allerlei bedoelingen in de schoenen schuiven die hij niet heeft gehad.

Uitgangspunt bij de interpretatie moet een meer realistisch beeld zijn van wat met een wet bereikt kan worden. Ook onrealistische verwachtingen op het punt van rechtszekerheid en gelijkheid die uit strakke wetstoepassing zouden voortvloeien, en die meer voortvloeien uit een bureaucratisch perspectief dan uit een burgerperspectief, moeten tot realistische proporties worden teruggebracht.

Onderkend moet daarom worden welke grenzen aan de mogelijkheden van de wet inherent zijn. Burgers confronteren met uiterst negatieve gevolgen van een wet die niet door de wetgever voorzien en evenmin gewild zijn, kan toch moeilijk een aanvaardbare interpretatie opleveren in een rechtsstaat waarin de burger centraal staat.

Het gaat hier dus niet om de vraag in hoeverre de wetgever zelf gebonden is aan bepaalde rechtsstatelijke normen, of om de verhouding tussen rechter en wetgever tegen de achtergrond van artikel 120 Grondwet. Het gaat juist om de wetgever die een algemeen beeld heeft van wat hij wil regelen, en op grond daarvan algemene regels vaststelt zonder zich in alle details van mogelijke toepassingen te verdiepen. Dat kan hij ook niet: de werkelijkheid is altijd veelkleuriger dan men denkt. Om van onzekerheden in de toekomst nog maar te zwijgen.

Het gaat dus om de grenzen van het instrument wetgeving, en dan met name om de noodzaak te vermijden dat een wet tot schrijnende gevolgen voor een burger leidt zonder dat dit uit doel of strekking van de wet voortvloeit.

Men zou nu in verschillende richtingen kunnen denken.

In de eerste plaats zou men, wanneer een wet tot een schrijnend en moeilijk aanvaardbaar gevolg voor een burger leidt, zich af kunnen vragen of dat werkelijk met het doel en strekking van de wet

overeenkomt. Dan kan men aan de wet een andere, meestal engere interpretatie geven dan op het eerste gezicht uit de woorden van de wet volgt. Of een andere interpretatie dan men zelf eerder heeft omarmd.

Dit opent de weg naar een meer dynamische wetsinterpretatie. Daarmee bedoel ik dat de interpretatie mede gaat berusten op de kennis en ervaring die bij de toepassing van de wet wordt verworven. Wat de wetgever eerst niet weet, wordt in de loop van de tijd bij de toepassing duidelijk: de vele verschillende situaties waarop de regels van toepassing zijn. De ervaring dat de wet soms leidt tot schrijnende besluiten die geen rol in het wetgevingsproces hebben gespeeld, kan dan tot een engere interpretatie van de wet leiden: die vallen er (bij nader inzien) niet onder. Dit geeft een zeker dynamisch karakter aan de wetsinterpretatie. De ervaring met de wet levert immers meer zicht op de toepassing op, en dat moet ertoe leiden dat een bijstelling nodig is om niet bedoelde, dysfunctionele gevolgen van de wet uit te sluiten. Een dergelijke dynamische benadering is niet alleen nodig vanwege de tekortschietende kennis over de gevolgen van een wet wanneer die wordt opgesteld, maar ook wanneer de omstandigheden zijn veranderd. Indien in de loop van de tijd de maatschappelijke omgeving waarin de wet wordt toegepast, zijn gewijzigd, kan ook dat de reden zijn dat vroeger aanvaardbare gevolgen van de wet niet meer aanvaardbaar worden.

Een duidelijke aanzet voor een dergelijke dynamische interpretatie is te vinden in de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak over de toeslagen voor kinderdagverblijven<sup>10</sup>. Het interessante van de uitspraken is dat de Afdeling tot een tegenovergestelde uitleg van de wet over toeslagen komt dan zij eerder had gedaan.<sup>11</sup> Zij had in een constante reeks van uitspraken geoordeeld dat wet aan de Belastingdienst/toeslagen geen mogelijkheid bood om in schrijnende gevallen af te zien van strenge regeltoepassing.

Wat waren haar argumenten om het voortaan anders te zien? Zij meende dat de tekst van de wet een andere lezing toeliet. Maar vooral belangrijk waren de argumenten die tot een andere lezing leidden. Er wordt een tweetal met name genoemd. In de eerste plaats de gegevens van de Nationale ombudsman en anderen dat de toepassing van die strenge regels in de praktijk tot schrijnende situaties leidde. Het tweede argument betrof de nieuwe inzichten die de WRR in een tweetal publicaties naar voren had gebracht. Volgens de WRR wordt het doenvermogen van mensen bij het maken van rechtsregels systematisch overschat, hetgeen tot onverdedigbare resultaten leidt.

Interessant is dat deze argumenten voor een nieuwe uitleg van de wetgeving over toeslagen geen verband hielden met de veronderstelde wil van de wetgever. Dat kon ook niet: zij betroffen feiten en inzichten die er nog niet waren toen de wetgeving tot stand werd gebracht. Kennelijk kunnen er volgens de Afdeling na de totstandkoming van een wet argumenten opkomen die een andere uitleg van de wet nodig maken. Die argumenten betreffen hier algemene gezichtspunten. In de eerste plaats het gegeven dat de regeling in een groot aantal gevallen leidt tot resultaten die niet meer redelijk zijn te vinden. De publicaties van de WRR ondersteunen in wezen de onredelijkheid van de genomen besluiten. In de gedachtegang van de WRR stelt de wet eisen aan burgers waaraan zij niet kunnen voldoen, onredelijke eisen dus, met onredelijke besluiten als gevolg.

De opening die deze uitspraken bieden naar een meer dynamische manier van interpreteren spreekt mij aan. In de loop van de tijd komt er meer kennis over de effecten van de wet, terwijl ook de omstandigheden voor toepassing kunnen veranderen. Daardoor kunnen niet voorziene en schrijnende gevolgen optreden. Die kunnen niet aan het doel en de strekking van de wet worden

---

<sup>10</sup> Zie noot 7.

<sup>11</sup> Zie daarover A.T. Marseille, 'Kinderopvangtoeslagen: wel of geen beleidsvrijheid voor de Belastingdienst/Toeslagen?', *Ars Aequi* 2020 p. 393 e.v.).



toegeschreven: zij konden eenvoudig niet worden voorzien. Een nieuwe interpretatie van de wet die hiermee rekening houdt, berust dan niet op een hernieuwde visie op het wetgevingsproces in het verleden, maar op het verdisconteren van nieuwe inzichten en ontwikkelingen.

Zoals eerder gezegd wijst de Afdeling in de hierboven geciteerde passage uit het jaarverslag van de Raad van State zelf op de behoefte aan een meer dynamische benadering van de wetstoepassing. Wel staat in de uitspraken over de toelagen nog uitdrukkelijk dat de bewoordingen van de wet de nieuwe uitleg van de Afdeling toestaan. Dat wordt niet meer in het jaarverslag herhaald, en dat zou ook niet doorslaggevend moeten zijn. Indien de wetgever niet alles kan overzien, kan hij zijn woorden ook niet zodanig kiezen dat nog niet kenbare toepassingen van de regels worden vermeden. Daardoor kunnen er, onbedoeld, consequenties voortvloeien uit een bepaalde formulering die eerst na verloop van tijd zichtbaar worden. En ook dan zou de mogelijkheid voor een interpretatie die rekening houdt met de inmiddels wel verworven kennis nodig kunnen zijn.

Men zou het als een nadeel van een meer dynamische wetsinterpretatie kunnen zien dat daarmee een eenmaal aanvaarde interpretatie steeds opnieuw ter discussie kan worden gesteld. Dat kan ertoe leiden dat allerlei scherpzinnige interpretaties naar voren worden gebracht, en in procedures aan de rechter worden voorgelegd. Tot op zekere hoogte is dat onvermijdelijk, en bij de affaire van de toelagen kan men toejuichen dat de aanhouder uiteindelijk heeft gewonnen.

Hoewel ik dus een voorstander ben van een meer dynamische methode om de wet te interpreteren, en daarbij geen beslissende betekenis wil toekennen aan de woorden die de wetgever indertijd heeft gekozen, geeft een andere benadering om aan onbedoeld schrijvende gevolgen van de wet te ontkomen, meer houvast. Die zou gebruikt moeten worden wanneer dat mogelijk is. Dan doel ik op het formuleren van rechtsbeginselen in de Awb, die gevolgd moeten worden ook indien uit de woorden van de wet iets anders voortvloeit.

### **Belang van codificatie van rechtsbeginselen in de Algemene wet bestuursrecht**

De plaats die de wet in het bestuursrecht moet innemen, is die van het vaststellen van regels voor de normale gevallen. Dat zijn de gevallen die de wetgever op het oog heeft gehad, en waarvoor hij de consequenties van regels kon overzien. Een goed uitgangspunt kan daarbij zijn te veronderstellen dat de wetgever in beginsel tracht de gevolgen van zijn regels zo goed mogelijk in kaart te brengen, zodat die regels gelden tenzij ernstige twijfel kan bestaan over de vraag of dat wel de bedoeling kan zijn geweest. Die bedoeling kan niet meer verondersteld worden indien een regel leidt tot een toepassing die in strijd is met een beginsel van de rechtsstaat. Of die, in de woorden van de Raad van State, evident onredelijk is.

Het is van belang dat deze zienswijze ook door de wetgever zelf in de wet wordt neergelegd. De gedachte is daarbij niet dat de wetgever zichzelf inhoudelijk bindt door in een algemene wet, bijvoorbeeld de Awb, vast te leggen wat hij wel en niet in andere wetten kan bepalen. Maar wel door aan te geven dat de rechtsfiguur van de wet geen onfeilbaar instrument is voor alle gevallen, maar inherente beperkingen heeft. De veronderstelling zou dan moeten zijn dat de wetgever niet gewild kan hebben dat zijn wet ook wordt toegepast in evident onredelijke gevallen of bij strijd met een ander rechtsbeginsel.

Hierna zal ik betogen dat de wetgever dat inmiddels heeft gedaan voor het evenredigheidsbeginsel, zoals opgenomen in artikel 3:4 lid 2 Awb. Dat artikel verbiedt om een besluit te nemen dat evident

onredelijk is, ook indien een andere wet daartoe naar de letter zou dwingen. Voor het gelijkheidsbeginsel stel ik vervolgens voor om daarvoor ook een bepaling in de Awb op te nemen. Deze bepalingen hebben dan de betekenis dat zij uitgaan van de mogelijkheid om af te wijken van een dwingende wetsbepaling in een bijzondere wet indien die wetsbepaling leidt tot een besluit in strijd met het in de Algemene wet bestuursrecht neergelegde beginsel. Aangezien de Awb geen hogere wet is dan andere wetten, kunnen dergelijke bepalingen in de Awb de wetgever niet binden: een latere wetgever kan daarvan afwijken. Maar het algemene karakter van de Awb brengt wel met zich mee dat die afwijking duidelijk kenbaar moet zijn. Dat past ook in de systematiek die rondom de Awb is ontworpen. De Aanwijzingen voor de regelgeving schrijven voor dat de wetgever die wil afwijken van de Awb, dit moet aangeven door in de bepaling in de bijzondere wet die dat beoogt te doen, de zinsnede *in afwijking van artikel .. van de Awb* op te nemen.<sup>12</sup>

Op deze wijze wordt het instrument wet door de wetgever zelf beter bruikbaar gemaakt. Daarmee bereikt hij dat de onvermijdelijk beperkte kennis bij het maken van wetten er niet toe leidt dat door de toepassing van de wet fundamentele beginselen worden geschonden. Dat voorkomt dat de wetgever verantwoordelijk wordt gemaakt voor allerlei consequenties die hij niet heeft gewild. Hiermee krijgt de wetgever een meer bruikbaar instrument in handen: zijn wet zal niet gelden indien dat door bijzondere omstandigheden in strijd zou komen met een fundamenteel beginsel. In zekere zin zouden die bepalingen in de Awb kunnen functioneren als een veiligheidsklep voor de wetgever: werken zijn regels in een concreet geval onverwacht slecht uit, dan worden zij niet toegepast.

Het belang van het op deze manier opnemen van beginselen in de Awb is dat de wetgever dat zelf doet. Daardoor wordt de discussie los gemaakt van vragen over de verhouding tussen wetgever en rechter. Wanneer de rechter in een concreet geval oordeelt dat toepassing van de wet leidt tot strijd met een artikel in de Awb dat een beginsel bevat, dan beoordeelt hij niet de innerlijke waarde van de wet, maar past hij eenvoudig een door de wetgever zelf geformuleerde regel toe. Zolang het om een ongeschreven beginsel gaat, komt de twijfel eerder op of de rechter tot een dergelijk oordeel mag komen. Dan wordt er gesproken van het *contra legem* toepassen van het beginsel. Die terminologie is niet meer van toepassing bij een door de wetgever gecodificeerd beginsel: dan gaat het om twee bepalingen in de wet die in een concreet geval met elkaar in strijd komen. Dan is het een kwestie van wetsinterpretatie aan welke bepaling de voorrang moet worden gegeven. *Contra legem* toepassing is dan niet aan de orde.

Hierna ga ik in dit verband in op het evenredigheidsbeginsel. Voor dat beginsel, geformuleerd in artikel 3:4 lid 2 Awb, zal ik betogen dat dit al de hiervoor genoemde functie vervult. Recente wetgeving, met name over de toeslagen kinderdagverblijven, leidt tot die conclusie. Die bouwt overigens voortbouwt op een ontwikkeling die al langer aan de gang is<sup>13</sup>. Indien een wettelijke regeling dwingt tot een besluit in strijd met het evenredigheidsbeginsel, mag die regeling dus niet worden toegepast indien zij leidt tot een besluit waarvan de nadelen voor de burger onevenredig zijn in verhouding tot de met dat besluit te dienen doelen. Een evident onredelijk besluit dus.

---

<sup>12</sup> Zie de aanwijzingen 2.46 en 3.35 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

<sup>13</sup> Zie over deze ontwikkeling Ymre Schuurmans e.a., Bestuursrecht op maat, Rapport opgesteld in opdracht van de directie CZW van het Ministerie van BZK, p. 49 en Tussenrapport, p. 42-43. Het rapport wordt binnenkort openbaar.

Voor het gelijkheidsbeginsel bestaat een dergelijke bepaling in de Awb niet. Die vind ik wel wenselijk. Daarom doe ik een voorstel om die in een nieuwe artikel in de Awb te formuleren.

### **Het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4 lid 2 Awb: altijd van toepassing<sup>14</sup>**

Wanneer men er vanuit kan gaan dat het evenredigheidsbeginsel, zoals gecodificeerd in artikel 3:4 lid 2 Awb, steeds geldt, ook wanneer het gaat om een gebonden bevoegdheid waarvoor de wet nauwkeurige regels heeft vastgesteld, dan zou de bepaling de functie vervullen die ik hierboven omschreef. Al te schrijnende besluiten zouden dan niet genomen mogen worden. De toeslagen affaire had vermeden kunnen worden. Het artikel zou de burger ook een vorm van rechtszekerheid geven doordat het een algemene garantie tegen onevenredig nadelige besluiten zou bieden.

In deze paragraaf zal ik betogen dat deze uitleg van dit artikel, gezien de ontwikkelingen in het afgelopen jaar, inmiddels ook als geldend recht moet worden beschouwd. Om dat duidelijk te maken is het nodig in te gaan op de betekenis van beide leden van artikel 3:4 en de interpretatie daarvan sinds de invoering van de Awb.

Artikel 3:4 Awb luidt als volgt:

1. Het bestuursorgaan weegt de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen af, voor zover niet uit een wettelijk voorschrift of uit de aard van de uit te oefenen bevoegdheid een beperking voortvloeit.
2. De voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.

Regelmatig werd er in de literatuur en jurisprudentie van uit gegaan dat het eerste lid van artikel 3:4 kan leiden tot een beperking van de toepasselijkheid van het evenredigheidsbeginsel van het tweede lid. De redenering lijkt terug te gaan op de parlementaire geschiedenis van de Awb. In de memorie van toelichting wordt aangegeven dat een bestuursorgaan bij het nemen van een besluit op grond van artikel 3:4 lid 1 slechts tot afweging van belangen kan komen

. . . voor zover niet uit een wettelijk voorschrift voortvloeit welke de inhoud van een besluit dient te zijn. Indien de wetgever het bestuursorgaan voorschrijft hoe gehandeld dient te worden, is het bestuursorgaan daaraan gebonden en komt de vraag naar het afwegen van belangen niet meer aan de orde.<sup>15</sup>

Hieruit wordt dan wel afgeleid dat de beperking van het eerste lid doorwerkt in het tweede lid. Met andere woorden, het evenredigheidsbeginsel geldt niet wanneer een wettelijk voorschrift voorziet in een beperking van de belangen die bij de besluitvorming een rol mogen spelen.

Mij lijkt dat standpunt niet juist. Het vloeit niet voort uit de tekst van de bepaling. Integendeel, de woorden tenzij uit een wettelijk voorschrift anders voortvloeit ontbreken in het tweede lid. Die zouden wel nodig zijn geweest.

---

<sup>14</sup> Tijdens het schrijven van dit preadvies schreef ik ook een advies voor de projectgroep Programma Maatwerk Multiprobleemgevallen, en werkte ik aan een volgend jaar te verschijnen publicatie. De beschouwingen over artikel 3:4 Awb in deze drie stukken komen sterk overeen.

<sup>15</sup> PG Awb, Eerste Tranche, blz. 209 l.k.

Belangrijker is dat er na de memorie van toelichting een amendement is ingediend en aangenomen, dat tot een tegenovergestelde benadering leidt. Dat amendement betrof besluiten tot vaststelling van lagere regelgeving. In het voorstel van de regering golden bepalingen over rechtsbeginselen in de Awb, zoals het evenredigheidsbeginsel, niet voor dergelijke besluiten. Maar het amendement draaide dit om: ook bij het vaststellen van lagere regelgeving is (onder meer) het evenredigheidsbeginsel in beginsel wel van toepassing.<sup>16</sup>

Hiermee is de passage uit de toelichting achterhaald. Lagere regelgeving moet voldoen aan het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4 lid 2.

Het is ook begrijpelijk dat het parlement juist op dit punt een andere benadering kiest dan de regering. Het amendement geeft uitdrukking aan de gedachte dat de Awb niet aan de lagere regelgever – die vaak minder democratisch is gelegitimeerd dan de formele wet – de ongeclausuleerde bevoegdheid wil geven om van het evenredigheidsbeginsel af te wijken. Daarom moet ook lagere regelgeving voldoen aan artikel 3:4 lid 2, en kan de rechter dat toetsen.

Daarmee is niet te verenigen de gedachte dat de lagere regelgeving toch bindende regels kan vaststellen die artikel 3:4 lid 2 terzijde zouden schuiven. Dat zou in wezen een blanco cheque van de Awb-wetgever inhouden aan alle organen met regelgevende bevoegdheden – zoals ministers, gemeenten en zelfstandige bestuursorganen met regelgevende bevoegdheden – om voor burgers onevenredig nadelige besluiten te laten nemen.

De conclusie op grond van de wetsgeschiedenis moet zijn dat het tweede lid van artikel 3:4 ook geldt in gevallen waarin de lagere regelgeving geen ruimte biedt voor toepassing van die bepaling. Die regelgeving is immers zelf gebonden aan dat artikel.

Dat leidt tot de volgende interpretatie van artikel 3:4 lid 2.

In het eerste lid wordt voorgeschreven dat alle relevante belangen bij het nemen van een besluit worden meegewogen. Wel kan de regelgever die belangenafweging in algemene zin uitvoeren, en dus aan bestuursorganen voorschrijven hoe een besluit genomen moet worden. Er ontstaat dan een gebonden bevoegdheid op basis van de afweging van de regelgever. Een voordeel daarvan is dat er consistentie en voorspelbaarheid in de besluitvorming komt, al kan dat ten koste gaan van de mogelijkheid om maatwerk te leveren.

De lagere regelgever behoort wel het evenredigheidsbeginsel van het tweede lid in acht te nemen: dat geldt immers ook voor hem: zie artikel 3:1 lid 1, zoals dit bij amendement is vastgesteld. Het tweede lid stelt daarmee een grens aan de belangenafweging van het eerste lid, ook voor de lagere regelgever. Vloeit uit die regelgeving een besluit voort dat in strijd is met het evenredigheidsbeginsel, dan kan dit wegens strijd met het tweede lid niet in stand blijven.

Deze interpretatie vloeit voort uit het amendement dat betrekking had op lagere regelgeving. Het verband tussen het eerste en het tweede lid wordt hiermee anders dan oorspronkelijk in de toelichting werd voorzien. Het spreekt vanzelf dat de onderlinge verhouding van beide leden niet verschillend kan zijn voor lagere regelgeving en de formele wet. Ook in het laatste geval betekent dit

---

<sup>16</sup> Amendement Kalsbeek-Jasperse c.s., Kamerstukken II 1991-1992, 21221 nr. 19, ook te vinden in PG Awb I, blz. 194. Zie voor de parlementaire behandeling PG Awb I, blz. 187-199.

dat de beperking in de belangenafweging die regelgeving krachtens het eerste lid met zich mee kan brengen, niet doorwerkt in het beperken van de werking van het evenredigheidsbeginsel van het tweede lid.

### **Artikel 3:4 lid 2 en een bijzondere wet zijn voor een concreet geval met elkaar in strijd**

Voor formele wetgeving is daarmee niet alles gezegd. De verhouding tussen artikel 3:4 Awb en een andere wet in formele zin is een andere dan tussen dat artikel en een lagere regeling. Het gaat nu om twee wetten van hetzelfde niveau, beide tot stand gekomen met medewerking van het parlement. Wanneer het ene artikel verbiedt om een besluit te nemen in strijd met het evenredigheidsbeginsel en het andere artikel dat juist voorschrijft, moet een keuze tussen beide worden gemaakt. Wel volgt uit hetgeen hierboven is betoogd dat het antwoord op die keuze niet in artikel 3:4 zelf al wordt gemaakt: de beperking van de belangenafweging van het eerste lid werkt niet door in het tweede lid.

De vraag wordt daarmee de volgende: indien in een sectorwet een besluit bindend is voorgeschreven, terwijl dat besluit in een concreet geval in strijd komt met het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4 lid 2, welke bepaling gaat dan voor?

Belangrijk bij het beantwoorden van die vraag is dat voorafgaand aan de Awb een andere benadering gold bij strijd tussen het evenredigheidsbeginsel en een sectorwet. Toen was dit beginsel nog niet in de wet opgenomen, maar een ongeschreven beginsel. De drempel voor de rechter om dit toe te passen in weerwil van een bepaling in de formele wet was daardoor hoog. De rechter heeft immers niet tot taak de innerlijke waarde of billijkheid van de wet te beoordelen. Dat berust op de gedachte dat een langs democratische weg vastgestelde wet niet opzij mag worden gezet door een rechtsbeginsel dat de rechter – zonder democratische legitimatie – ‘vindt’ en dus zelf formuleert. Men sprak in dit verband wel van *contra legem* toepassing van het evenredigheidsbeginsel: het *in strijd met de wet* volgen van dat beginsel.

Deze benadering is door het opnemen van het evenredigheidsbeginsel in de Awb achterhaald. De wetgever heeft dit beginsel nu zelf in de wet opgenomen en geformuleerd. De democratische legitimatie van artikel 3:4 is dus niet minder dan die van iedere andere wetsbepaling. Dwingt een bepaling in een andere wet in een specifiek geval tot een besluit dat in strijd is met artikel 3:4, dan is het een kwestie van interpretatie welke bepaling voorgaat. Zou artikel 3:4 dan voorgaan, dan kan men ook niet spreken van een *contra legem* toepassing van artikel 3:4: de wetgeving moet als een eenheid worden geschouwd, en bij strijd tussen twee bepalingen moet binnen de wetgeving een oplossing worden gevonden.<sup>17</sup>

Na het opnemen van het evenredigheidsbeginsel in de Awb moet de problematiek dus anders geformuleerd worden. De vraag is nu als volgt. Indien een formele wet dwingende regels voorschrijft over de uitoefening van een bepaalde bevoegdheid, gelden die regels dan ook indien die resulteren in een besluit waarvan de nadelen onevenredig groot zijn in verhouding tot de met dat besluit te dienen doelen? Dus in een besluit dat in strijd is met artikel 3:4 lid 2?

---

<sup>17</sup> Daarmee is de juridische situatie dus een andere dan die bij het Harmonisatiewet arrest (HR 14-04-1989, NJ 1989, 469): het gaat niet meer om de verhouding tussen een ongeschreven rechtsbeginsel en een wet, maar om twee wetsbepalingen die in een concreet geval tot tegenstrijdige uitkomsten leiden.

Zoals gezegd, dat is een kwestie van interpretatie. Bij strijd tussen twee wetten zal men allereerst kijken naar de bedoeling van de wetgever. Is de wetgever zich bewust geweest van die strijd, en heeft hij bewust voor een bepaalde oplossing gekozen? Veel helpt dat meestal niet: doorgaans heeft de wetgever zich de tegenstrijdigheid niet gerealiseerd, en zich daarover dus ook niet uitgelaten. Men maakt dan gebruik van enkele interpretatieregels, die in wezen berusten op een veronderstelde wil van de wetgever. Zoals de regel dat de nieuwe wet voor de oude gaat en de regel dat de bijzondere wet voor de algemene gaat. Zij zijn niet altijd behulpzaam, ook omdat deze beide regels een tegengesteld resultaat kunnen opleveren.

Tot voor kort lijkt de benadering in het algemeen de volgende te zijn. Indien een sectorwet regels geeft over de uitoefening van een bevoegdheid door bestuursorganen, dan leidt dit tot een gebonden bevoegdheid. Hoever die binding gaat, hangt van de interpretatie van die regels af. Wanneer zij in een concreet geval leiden tot een resultaat in strijd met artikel 3:4 lid 2, dan gaan de regels van de sectorwet voor. De aanname is dan dat de wetgever al in algemene zin een afweging van de relevante belangen heeft gemaakt, en er voor het bestuur geen ruimte overblijft om in afwijking daarvan nog het evenredigheidsbeginsel toe te passen. Dat is in overeenstemming met de gedachte dat het tweede lid alleen betekenis heeft voor zover het bestuursorgaan beleidsvrijheid heeft. Dat punt is eerder aan de orde geweest.

Uiteraard blijft het een kwestie van interpretatie van de bijzondere wet of die een zover gaande binding van het bestuursorgaan heeft beoogd. In geval van een duidelijk onredelijk resultaat kan men de bijzondere wet beperkter uitleggen, en concluderen dat de wetgever toch een zekere beleidsruimte heeft gelaten om een dergelijk resultaat te vermijden. Men moet de bijzondere wetgever niet meer in de schoenen dan hij bedoeld kan hebben. Het is toch weinig aannemelijk dat hij een resultaat heeft beoogd dat in strijd is met het evenredigheidsbeginsel.

Dat is precies de redenering die de Afdeling in de twee recente uitspraken over de kinderopvangtoeslag heeft gevolgd. De uitspraken kwamen eerder al aan de orde.

Met deze uitspraken maakt de Afdeling de interpretatie van een wet die kan leiden tot besluiten in strijd met het evenredigheidsbeginsel enigszins los van de wetsgeschiedenis of de wil van de wetgever. Men moet wel aannemen, zo lees ik de benadering van de Afdeling, dat ons rechtssysteem niet kan leiden tot resultaten in strijd met de redelijkheid, en ook geen onredelijke eisen aan burgers kan stellen. Zeker niet wanneer de wetgever zelf dit uitgangspunt heeft vastgelegd, zoals in artikel 3:4 lid 2 is gebeurd. Dan moet men de wet die een gebonden bevoegdheid regelt in beginsel zo uitleggen dat bestuursorganen de beleidsruimte behouden om besluiten in strijd met artikel 3:4 lid 2 te vermijden. Dit gaat sterk in de richting die ik hierboven heb bepleit. Omdat het zicht van de wetgever om vele redenen beperkt is, en hij niet alle consequenties van de wet voorzien kan hebben, moet men ervan uitgaan dat hij geen besluiten in strijd met het evenredigheidsbeginsel heeft willen voorschrijven. Dit ligt alleen anders wanneer de wetgever uitdrukkelijk van het tegendeel heeft doen blijken.

De kwestie van de toeslagen was wel een indringende: vele schrijnende gevallen waren inmiddels bekend, en de Commissie Donner was ingesteld om onderzoek te doen. In hoeverre is nu te verwachten dat de rechter dezelfde benadering ook in andere gevallen gaat volgen, bij de uitleg van andere wetten? De Afdeling zelf snijdt de uitspraak toe op de toeslagenkwestie. Zo constateert zij dat de wetstekst ook een andere lezing toestaat dan die de Afdeling zelf eerder volgde. In zoverre blijft de tekst van de wet van belang volgens deze uitspraken van belang. Daar staat wel tegenover dat de Afdeling de eerdere lezing van de wetstekst wel erg overtuigend vond en die toepaste in behoorlijk schrijnende gevallen. Dat maakt de indruk dat de wetstekst van minder belang is dan de algemene

gezichtspunten die de Afdeling nu hanteert. Dat zou ook buiten het terrein van de toeslagen van toepassing kunnen zijn. Daarop wijst ook de eerder geciteerde passage uit het jaarverslag van de Raad van State.

Interessant is dat de wetgever er inmiddels toe over is gegaan deze zienswijze voor de toeslagen in de wet te regelen. Daarbij heeft de wetgever zelf een standpunt ingenomen over de interpretatie van artikel 3:4 en heeft daarop voortbouwend bepaald dat het evenredigheidsbeginsel steeds van toepassing is, dus ook in geval van gebonden bevoegdheden op basis van de formele wet. Zie de volgende paragraaf.

### **Een hernieuwde standpuntbepaling door de wetgever over het evenredigheidsbeginsel**

De vraag of het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4 lid 2 ook van toepassing is indien er sprake is van een gebonden bevoegdheid, is heel recent door de wetgever aan de orde gesteld in de Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen (Awir), die algemene regels stelt voor de uitvoering van toeslagen door de Belastingdienst. Voor het terrein van de toeslagen is daarop een positief antwoord gegeven.

In die wet is een nieuwe bepaling opgenomen die bijna woordelijk overeenstemt met artikel 3:4 Awb:

#### Artikel 13b. Belangenafweging en evenredigheidsbeginsel

1. Bij het vaststellen van een beschikking op grond van deze wet, de daarop berustende bepalingen of een inkomensafhankelijke regeling weegt de Belastingdienst/Toeslagen de rechtstreeks betrokken belangen af, voor zover niet uit een wettelijk voorschrift of uit de aard van de uit te oefenen bevoegdheid een beperking voortvloeit.

2. De voor een belanghebbende nadelige gevolgen van een beschikking als bedoeld in het eerste lid mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met die beschikking te dienen doelen.

De memorie van toelichting zegt daarover:

Door het opnemen van de voorgestelde bepaling in de Awir wordt expliciet gemaakt dat de Belastingdienst/Toeslagen handelt overeenkomstig de normen die volgen uit het evenredigheidsbeginsel. Ook de afweging van belangen bij het vaststellen van de beschikking dient voor de Belastingdienst/Toeslagen een meer centrale plaats te krijgen. Met deze codificatie wordt de wens voor meer maatwerk in dienstverlening benadrukt.<sup>18</sup>

En bij de artikelsgewijze toelichting:

Om te benadrukken dat met betrekking tot de in het kader van de toeslagregelgeving te nemen beschikkingen de afweging van belangen en de rol van het evenredigheidsbeginsel zeer belangrijk zijn, wordt artikel 13b Awir voorgesteld. Het voorgestelde artikel 13b Awir komt qua doel en strekking volledig overeen met artikel 3:4 Awb. Met het voorgestelde artikel 13b Awir wordt buiten twijfel gesteld dat de Belastingdienst/Toeslagen gehouden is om in individuele gevallen de beginselen van behoorlijk bestuur die voortvloeien uit dat

---

<sup>18</sup> Kamerstukken 35468 nr. 3, onder 1.1. Algemeen.

voorgestelde artikel toe te passen. Dit is in lijn met de jurisprudentie van de ABRvS waarin artikel 3:4 Awb een centrale plaats inneemt.

Het voorgestelde artikel 13b, eerste lid, Awir benadrukt dat, binnen de ruimte die de wet daarvoor laat, de Belastingdienst/Toeslagen bij het vaststellen van een beschikking in beginsel de relevante belangen die door die beschikking zullen worden geraakt, moet meewegen. . . . Voor een zodanige belangenafweging is in beginsel slechts plaats voor zover niet uit een wettelijk voorschrift voortvloeit wat de inhoud van een beschikking dient te zijn. Indien de Awir, de daarop berustende bepalingen of de inkomensafhankelijke regelingen de Belastingdienst/Toeslagen voorschrijven hoe gehandeld dient te worden, is dat voor de Belastingdienst/Toeslagen leidend en komt de vraag naar het afwegen van belangen slechts aan de orde indien het in het tweede lid neergelegde evenredigheidsbeginsel daartoe alsnog verplicht, zoals dat het geval was in de hiervoor genoemde jurisprudentie van de ABRvS.<sup>19</sup>

Zoals de toelichting vermeldt stemt de bepaling naar doel en strekking volledig overeen met artikel 3:4 Awb. In de toelichting wordt ook aangegeven dat het hier om een codificatie gaat, dat wil zeggen dat (nog eens) in de wet wordt opgenomen wat ook zonder de wetsbepaling al zou gelden.

Zowel in de tekst als in de toelichting komt tot uitdrukking dat de belastingdienst moet handelen overeenkomstig het evenredigheidsbeginsel dat in het tweede lid op identieke wijze als in artikel 3:4 lid 2 is verwoord. De Belastingdienst heeft geen ruimte om belangen af te wegen indien uit de voorschriften volgt hoe gehandeld moet worden, maar dat leidt uitzondering indien het in het tweede lid neergelegde evenredigheidsbeginsel daartoe alsnog verplicht. Hiermee geeft de wetgever een uitleg aan artikel 3:4 lid 2 Awb: het tweede lid dwingt tot een uitzondering op dwingende regels indien die in een concreet geval tot een besluit in strijd met het evenredigheidsbeginsel zouden leiden. Dat geldt ook voor regels in de wet in formele zin: de Awir zelf wordt in de opsomming genoemd.

Omdat bij de toeslagen gebonden bevoegdheden overheersen, zou het tweede lid ook weinig betekenis hebben wanneer het alleen zou gelden wanneer er geen sprake zou zijn van een gebonden bevoegdheid. Bovendien: juist de verwijzing naar de recente uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak over een bevoegdheid die daarvoor steeds als gebonden was aangemerkt, maakt duidelijk dat men in lijn met de Afdeling wil bepalen dat ook bij een gebonden bevoegdheid het evenredigheidsbeginsel in acht moet worden genomen. De tekst van het tweede lid ondersteunt dit standpunt. Het schrijft het evenredigheidsbeginsel voor bij een beschikking als bedoeld in het eerste lid. Hoe is die in het eerste lid omschreven? Als een beschikking op grond van deze wet, de daarop berustende bepalingen of een inkomensafhankelijke regeling. Die omschrijving kent geen beperking tot beschikkingen die niet op een gebonden bevoegdheid berusten. Dat zou, zoals gezegd, de bepaling ook vrij betekenisloos maken.

De bepaling is inmiddels wet geworden.<sup>20</sup> Daardoor heeft de wetgever zelf een interpretatie gegeven van de verhouding tussen het eerste en het tweede lid van artikel 3:4 Awb, een interpretatie die hij vervolgens in identieke bewoordingen in artikel 13b Awir heeft neergelegd. Juist doordat de tekst van de Awb zo letterlijk is gevolgd, en als reeds geldend recht wordt aangemerkt, kan de conclusie geen andere zijn dan dat de wetgever zich op het standpunt heeft gesteld dat het

---

<sup>19</sup> Kamerstuk 35468 nr 3, Artikelsgewijze toelichting, Artikel I onderdeel B.

<sup>20</sup> Stb. 2020, 227. Zie ook de rubriek wetgeving van T.C.Borman in NTB 2020, p. 437.



evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4 lid 2 steeds toepassing moet vinden, ook bij gebonden bevoegdheden.

Men zou nog kunnen stellen dat het opnemen van deze bepaling in een bepaalde sectorwet betekent dat het tegenovergestelde geldt wanneer in een andere sectorwet een dergelijke bepaling ontbreekt. Een dergelijke a contrario redenering is vaak twijfelachtig, maar is hier uitgesloten. Juist het gegeven dat zozeer de nadruk wordt gelegd op het feit dat nu in de wet wordt vastgelegd wat ook zonder die wetsbepaling al gold, spreekt dit tegen. In wezen is de bepaling dan ook overbodig naast artikel 3:4 Awb, en past zij niet goed in het systeem van ons bestuursrecht. Daarin behoort de bijzondere wet niet te herhalen wat reeds in de algemene wet is neergelegd. Toch is begrijpelijk dat de wetgever een duidelijk signaal heeft willen geven nadat jarenlang een andere interpretatie op het terrein van de toeslagen tot veel ellende heeft geleid. Inderdaad overbodig, maar als signaal niet mis te verstaan.

### **Conclusie: het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4 lid 2 Awb is altijd van toepassing, ook bij gebonden bevoegdheden**

Mijn conclusie is dan ook dat de wetgever zich hier duidelijk heeft uitgesproken: het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4 lid 2 geldt in alle gevallen, ook indien wettelijke bepalingen strakke regels bevatten die naar de tekst geen ruimte daarvoor laten. Dit geldt niet alleen voor lagere regelgeving, maar eveneens voor de formele wet. Daarmee heeft het artikel aan het evenredigheidsbeginsel de plaats gegeven die overeenstemt met wat ik eerder in dit stuk heb bepleit. De wetgever die onvoldoende zicht heeft op alle consequenties van de wetten die hij maakt, bepaalt dat consequenties van een wet die niet te rijmen zijn met het evenredigheidsbeginsel, niet getrokken mogen worden.

Hierboven is al aangegeven dat het grote belang van codificatie van een beginsel in de Awb is dat daardoor een soort veiligheidsklep voor de wetgever ontstaat. Doordat gebruik kan worden gemaakt van de systematiek voor afwijking van de Awb wordt de veronderstelling dat de wetgever niet in strijd met een rechtsbeginsel wil handelen, versterkt doordat een afwijking uitdrukkelijk in de wet moet worden vastgelegd.

Het voordeel hiervan is dat de wetgever in beginsel gedwongen wordt zich rekenschap van de tegenstrijdigheid te geven, en dan de oplossing – afwijken of niet – moet toelichten. Is dit niet gedaan, dan levert dat een vermoeden op dat geen afwijking van de Awb bedoeld is.

Deze conclusie ligt in het verlengde van de rechtsontwikkeling over artikel 3:4 die zich al enige tijd voltrekt. De oorspronkelijk vrij terughoudende houding van de rechter om besluiten aan het evenredigheidsbeginsel te toetsen is al een tijd aan het veranderen. Het Leidse tussenrapport laat zien dat er in de rechtspraak en in de doctrine een verschuiving optreedt in de richting van een belangrijkere plaats voor artikel 3:4 lid 2. Verwezen wordt naar de conclusie van advocaat-generaal Widdershoven en het preadvies van Hirsch Ballin.<sup>21</sup> In het Eindrapport wordt gesteld dat het evenredigheidsbeginsel het bestuur onder omstandigheden verplicht om af te wijken van de (letterlijke tekst van) gebonden bevoegdheden.

### **Wat betekent dit voor de beoordeling door de rechter?**

---

<sup>21</sup> Tussenrapport Leiden p. 42-3, Eindrapport p. 49.

Indien artikel 3:4 lid 2 steeds van toepassing is, ook bij gebonden bevoegdheden, wat zijn daarvan dan de consequenties voor de rechterlijke beoordeling van een dergelijke situatie?

Er zijn daarbij verschillende gevallen denkbaar.

Het kan gebeuren dat de regelgeving in een enkel bijzonder geval – vaak niet door de regelgever voorzien – tot onevenredige nadelen leidt. Ook een ander geval is denkbaar: de regelgever heeft onvoldoende acht geslagen op het evenredigheidsbeginsel, en heeft daardoor regels gemaakt die vaak of misschien wel steeds inbreuk maken op het beginsel. Op welke manier zou de rechter daarmee moeten omgaan wanneer hij een beroep tegen een besluit moet beoordelen?

In de rechtspraak komen een drietal benaderingen tot ontwikkeling die er alle toe leiden dat een besluit in strijd met het tweede lid wordt vernietigd. Wel maakt het daarbij verschil of de regels in een formele wet zijn opgenomen, of in een lagere regeling.

In de eerste plaats kan de rechter de regeling een andere uitleg geven dan zij op het eerste gezicht heeft. Bij een meer dynamische uitleg van de regelgeving zouden daarbij ook inzichten en ontwikkelingen van na de totstandkoming daarvan een rol kunnen spelen. Op grond daarvan kan de rechter (eventueel bij nader inzien) menen dat de regelgever niet bedoeld heeft een toepassing in strijd met artikel 3:4 lid 2 voor te schrijven. Ondanks een andere lezing die misschien meer voor de hand ligt, of wellicht eerder gangbaar was, blijft het bestuursorgaan in de nieuwe uitleg de vrijheid behouden om strijd met het evenredigheidsbeginsel te vermijden. Een besluit in strijd daarmee moet dus vernietigd worden omdat geen gebruik van die vrijheid is gemaakt. Juridisch blijft de regeling gewoon gelden, maar wordt alleen zo uitgelegd dat er geen strijd met artikel 3:4 lid 2 hoeft te ontstaan.

Een dergelijke benadering is door de Afdeling rechtspraak gekozen in de zaken over de kinderopvangtoeslag.<sup>22</sup> Daar ging het niet over een lagere regeling, maar over een formele wet. Eerder had de Afdeling daaraan steeds een strakke uitleg gegeven, maar zij gaat om en geeft nu een tegenovergestelde interpretatie: de wetgever heeft de Belastingdienst wel de vrijheid gelaten om strijd met het evenredigheidsbeginsel te vermijden. Daartoe is de dienst dan ook verplicht.

Voor deze benadering is bij lagere regelingen nog meer te zeggen dan bij de formele wet. Immers, de lagere wetgever is (door het amendement) zelf gebonden aan het evenredigheidsbeginsel. Dan ligt het voor de hand te veronderstellen dat hij ook niet in strijd met dat beginsel heeft willen handelen. Een interpretatie die daarvan uitgaat, verdient daarom de voorkeur. Een dergelijke manier van interpreteren, waarbij men zoveel mogelijk een interpretatie volgt die leidt tot overeenstemming met het geldende recht, is niet ongebruikelijk wanneer het gaat om rechtsbeginselen.

Een tweede mogelijkheid is dat de rechter constateert dat een regeling leidt tot een besluit in strijd met het evenredigheidsbeginsel en geen ruimte laat voor een interpretatie die het evenredigheidsbeginsel wel eerbiedigt. Zij bevat een strakke regel, een regel die doorgaans tot een aanvaardbaar besluit leidt, maar in een specifiek geval niet. Iets dergelijks kan zich gemakkelijk voordoen: een regelgever kan bijna nooit alle omstandigheden voorzien waarin een regel toegepast moet worden. De multiproblematiek, eerder genoemd, biedt daarvoor goede voorbeelden. De regelgever die voor een bepaald onderwerp strakke regels heeft opgesteld, zal doorgaans niet gedacht hebben aan een situatie waarin een gezin tegelijkertijd met een veelheid van problemen wordt geconfronteerd. Men kan van de regelgever ook niet verwachten dat hij dit soort bijzondere gevallen voorziet en regelt. De rechter kan dan van de aanvaardbaarheid van de regel uitgaan, maar haar voor dit geval buiten toepassing laten: artikel 3:4 lid 2 gaat dan voor.

---

<sup>22</sup> ABRvS 23 oktober 2019, ECLI RVS 2019, 3536.

Een derde mogelijkheid betreft het geval dat de regelgever te weinig rekening heeft gehouden met het evenredigheidsbeginsel. Hij maakt regels die in potentie tot toepassingen in strijd met dat beginsel leiden. Dan kan de bestuursrechter, wanneer hij met een dergelijk besluit wordt geconfronteerd, bij een lagere regeling oordelen dat zij onverbindend is (zgn. exceptieve toetsing). Een voorbeeld daarvan is de uitspraak van de Afdeling inzake het alcoholslot programma.<sup>23</sup>

Die bevoegdheid heeft de rechter niet bij een formele wet. Dan is er sprake van strijd tussen twee bepalingen, beide opgenomen in een wet in formele zin. Die strijd moet de rechter oplossen, maar dat kan niet door één van die bepalingen onverbindend te verklaren.

Hierboven heb ik aangegeven waarom artikel 3:4 lid 2 dan voorgaat. Doordat de wetgever zelf dit beginsel in de wet heeft vastgelegd, is het belang daarvan duidelijk, inclusief de veronderstelling dat de wetgever zich daaraan wil houden. Het is goed daarbij ook aanknopng te zoeken bij de regels die in de Aanwijzingen voor de regelgeving zijn opgenomen over het afwijken van bepalingen van de Awb. Wil de sectorwetgever dat doen, dan met hij dat in de tekst van de wet tot uitdrukking brengen door de zinsnede: 'in afwijking van artikel ... Awb , en ook in de toelichting daarvoor een motivering geven. Heeft hij dit niet gedaan, dan wordt dus verondersteld dat hij dat ook niet heeft gewild. Het resultaat moet dan zijn dat de bepaling in de sectorwet buiten toepassing wordt gelaten omdat niet bedoeld is om van de Awb af te wijken.

Dit laat open de mogelijkheid dat de sectorwetgever wel uitdrukkelijk een afwijking van artikel 3:4 lid 2 heeft gewild en opgenomen. Dan zal de rechter die bepaling moeten laten voorgaan boven de Awb. Een voorbeeld daarvan ken ik niet, en ik kan mij nauwelijks voorstellen dat het parlement een dergelijke afwijking zou accepteren. In het theoretische geval dat dit anders zou zijn, zou de rechter wellicht nog andere wegen kunnen bewandelen, zoals strijd met een rechtsbeginsel, hetgeen niet eenvoudig aanvaard zal worden, of strijd met Europees recht.

### **Wat betekent dit voor de uitvoering van de wet voor bestuursorganen?**

Bij de uitleg van wetsbepalingen is men geneigd zich te oriënteren op wat de rechter daarover beslist. Dat is ook juist: het is de rechter die uiteindelijk in een procedure tussen burger en bestuursorgaan het eindoordeel geeft.

Maar dat neemt niet weg dat bestuursorganen het voortouw bij de interpretatie moeten nemen. Wanneer zij een besluit nemen, doen zij dat op grond van hun interpretatie van de geldende wetgeving. Daarbij houden zij uiteraard rekening met wat de rechter in eerdere procedures heeft gezegd, maar zij zijn het eerste aan zet. Zij zijn ook het beste op de hoogte van de bijzonderheden van het specifieke geval. Wezenlijk in ons bestuursrecht is dan ook dat het bestuursorgaan als eerste een standpunt inneemt en dat in een bindend besluit vastlegt. Daarbij behoort een eigen interpretatie van de geldende regelgeving. Eerst daarna komt de rechter aan bod.

Deze taakverdeling berust mede op de verschillende mogelijkheden van bestuur en rechter om hun oordeel te onderbouwen. Het bestuur is veel beter in staat om de gevolgen van een bepaalde beslissing en van een bepaalde beleidslijn te overzien, en kan, ja moet daartoe voldoende informatie verzamelen. Het heeft meestal ervaring in talloze zaken, terwijl de rechter slechts met enkele zaken geconfronteerd wordt. Het is om die reden dat de rechter na de vernietiging van een besluit de zaak

---

<sup>23</sup> ABRvS 4 maart 2015, ECLI RVS 2015, 622.

terugverwijst naar het bestuur indien hij onvoldoende in staat is om zelf de zaak tot een oplossing te brengen. Het bestuursorgaan moet dan zorgen voor de onderbouwing van een nieuw besluit. De rechter beschikt daarvoor vaak over onvoldoende gegevens en ervaring, en het is ook niet zijn taak beleidskeuzes te maken. Dit ziet men ook in de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak over de toeslagen<sup>24</sup>. Na beslist te hebben dat er, ondanks de eerst dwingend geachte wetstekst, toch ruimte moet zijn voor het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4 lid 2, verwijst zij de zaak terug naar de Belastingdienst. Die moet bepalen hoe dat in de uitvoeringspraktijk uitgewerkt moet worden. De rechter kan daarna eventueel beoordelen of dat goed is gedaan.

Ons bestuursrecht legt dus de eerste verantwoordelijkheid voor de wetsinterpretatie bij het bestuur. Bestuursorganen behoren dan ook geen slaafse navolgers te zijn van beslissingen van de rechter. Wanneer er bijvoorbeeld discussie ontstaat over de vraag of een gangbare interpretatie wel de juiste is, moet het bestuursorgaan zich daarvan rekenschap geven: het kan zich niet zonder meer achter de rechter verschuilen.

Dit valt te illustreren met de regelgeving rond de kinderopvangtoeslag. Er bestond reeds geruime tijd onvrede over de interpretatie van de wet, dit ondanks het feit dat de rechter de door de Belastingdienst gevolgde interpretatie steeds had ondersteund. De onvrede werd onder meer onderbouwd door het rapport van de WRR en door rapporten van de Nationale ombudsman.

Dat moet naar mijn mening binnen de belastingdienst op zijn minst tot nadere bezinning leiden. Indien de consequenties van een bepaalde interpretatie zo ernstig zijn als die bronnen doen vermoeden, behoort dan een andere interpretatie niet tot de mogelijkheden? Evenals de rechter bij nader inzien tot een andere interpretatie kan komen, kan het bestuursorgaan dat. Ik zou zelfs zeggen: dat zou het bestuursorgaan als eerste moeten doen, omdat dit veel beter nog dan de rechter kan inschatten wat de betekenis is van de signalen die de Nationale ombudsman en de WRR heeft gegeven. De rapporten van die beide instanties zijn ook aan de regering gericht, niet aan de rechter.

De nieuwe uitleg is ten voordele van de burger omdat het bestuursorgaan de oude uitleg niet meer aanvaardbaar vindt vanwege de negatieve gevolgen door die burger. Dan is toch niet te verdedigen dat een bestuursorgaan alle argumenten ter zijde legt en op de oude lijn doorgaat. Zoals gezegd kan een bestuursorgaan evengoed als een rechter tot de conclusie komen dat de geldende interpretatie niet meer de juiste is. Ik vind het dan ook niet aanvaardbaar dat het bestuursorgaan zich op het standpunt zou stellen dat de oude uitleg weliswaar onjuist is, maar toch alleen kan worden verlaten wanneer een burger het initiatief neemt om dat bij de rechter aan te kaarten. Die burger zou dan bij de rechter de soort argumenten moeten aanvoeren die in feite alleen het bestuur goed kan brengen, zoals de informatie van de WRR en van de Nationale ombudsman. Men kan de burger toch niet opzadelen met het bij de rechter aan de orde stellen van een door het bestuur ongewenst geoordeelde interpretatie?

Natuurlijk kunnen hier enkele tegenwerpingen gemaakt worden. Een andere uitleg aan de wet geven moet niet lichtvaardig gebeuren, en is wat anders dan gewoon van de wet afwijken. En uiteindelijk heeft de rechter het laatste woord, dus wanneer de rechter oordeelt dat het bestuur een onjuiste interpretatie hanteert, dan zal het bestuur zich daarbij hebben neer te leggen.

---

<sup>24</sup> ECLI:NL:RVS:2019:3535 en ECLI:NL:RVS:2019:3536.

Maar indien het gaat om schrijnende besluiten die tot onaanvaardbare gevolgen leiden, behoort het tot de taak van het bestuursorgaan om van de strakke regel af te wijken en een oplossing te zoeken die wel tot een aanvaardbaar resultaat leidt. Daarbij zal zoveel mogelijk rekening moeten worden gehouden met de strekking van de wet. Een bestuursorgaan verkeert in een betere positie om hier een goede weg te vinden dan de rechter.

### **Eenzelfde uitwerking voor het gelijkheidsbeginsel**

Bij het evenredigheidsbeginsel heb ik uitvoerig stil gestaan omdat ik meen dat met de hierboven aangegeven uitwerking van dat beginsel een meer bevredigend kader voor de toepassing van wetgeving wordt gegeven dan bij het strak vasthouden aan de regels. Dat beginsel is waarschijnlijk ook het meest bruikbaar om de meest zwaarwegende missers van strakke wetstoepassing te voorkomen.

Het is ook van belang dat het in een codificatie is opgenomen. Nu het een bepaling in de wet als iedere andere, en betekent toepassing door de rechter niet dat die de innerlijke waarde of billijkheid van de wet gaat beoordelen. Hij past eenvoudig toe wat de wetgever heeft vastgelegd.

Het zou daarom overweging verdienen dit ook voor andere materiële beginselen te doen. Bij het ontwerpen van de Awb is daar een zekere terughoudendheid bij betracht, ook omdat de consequenties niet altijd helder konden worden overzien. Maar nu duidelijk wordt dat het instrument van wetgeving niet geschikt is om alle gevallen in detail te beheersen, is het van groter belang om het kader voor noodzakelijke mogelijkheden voor afwijking in de wetgeving op te nemen.

Voor het deel van het rechtszekerheidsbeginsel dat betrekking heeft op inlichtingen en toezeggingen is er al een ontwikkeling in de jurisprudentie zichtbaar die zich meer oriënteert op het burgerperspectief. Dat komt met name tot uitdrukking bij de beoordeling van de vraag of de toezegging door een daartoe bevoegde persoon is gedaan. Terwijl vroeger beslissend was of die bevoegdheid intern daadwerkelijk was toegekend, komt nu het accent meer te liggen op de vraag of de burger redelijkerwijs mocht aannemen dat die bevoegdheid bestond.

Voor het gelijkheidsbeginsel is er nog minder ontwikkeling te zien. Toch is het een beginsel dat direct met de rechtsstaat verbonden is, en ook als belangrijk argument om aan strakke regeltoepassing vast te houden, wordt gebruikt. Wanneer dat minder overtuigend wordt, zou een andere uitwerking wenselijk zijn.

Een interessante opening biedt de hierboven geciteerde passage uit het jaarverslag 2020 van de Raad van State. Daarin wordt het geval besproken dat wettelijke regels die in abstracto redelijk lijken, in de praktijk evident onredelijk uitvallen. De rechter kan dan alsnog ingrijpen, zo zegt de Raad, en wel op verschillende manieren. Eén daarvan is *door maatwerk van de overheid te verlangen*.<sup>25</sup>

Als voorzet voor een verdere discussie formuleer ik een bepaling die daarvoor in de Awb zou kunnen worden opgenomen:

### **Artikel 3:4 bis Awb**

---

<sup>25</sup> Zie citaat in de tekst bij voetnoot 6.

Differentiatie in de toepassing van een wettelijke voorschrift is, ook in afwijking van dat voorschrift, geboden indien

- bijzondere omstandigheden in afwijking van het normale patroon dat verlangen, en
- de wet niet beoogt deze bijzonder omstandigheden buiten beschouwing te laten.

### **Afronding**

De veronderstelling waarvan het bestuursrecht uitgaat bij het vormgeven van de juridische positie van de wet en van andere algemeen verbindende voorschriften zijn onvoldoende in overeenstemming met de werkelijkheid. Daarom is het nodig die positie te herzien.

Dit betekent niet dat de wet minder belangrijk wordt. De wet is vaak de beste manier om normale gevallen die de wetgever kan overzien, goed te regelen. Maar het is een illusie te denken dat de wetgever voor alle gevallen, voor alle burgers in alle omstandigheden en voor nu en de toekomst regels kan geven. Bij de toepassing van de regels, zowel door het openbaar bestuur als door de rechter, is afwijking van die regels geboden indien belangrijke rechtsbeginselen anders zouden worden geschonden.

In tegenstelling tot wat vaak wordt aangenomen, verzetten het rechtszekerheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel zich daar niet altijd tegen. Integendeel, deze beginselen kunnen juist gediend worden door af te wijken van te strakke regels.

Soms is het nodig uitgangspunten te herzien in het licht van voortschrijdend inzicht. In ons recht moet geen plaats zijn voor een wet van Meeden en Perzen. Misschien is het dan goed te bedenken dat het idee van een dergelijke wet berust op een lange traditie, maar niet op een reëel verschijnsel. Wetten van Meeden en Perzen lijken nooit bestaan te hebben.<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> Verg. Jona Lenderig, Xerxes in Griekenland, Utrecht 2019, p. 12 en p. 17.