

2 HET CONSTITUTIONELE VERTREKPUNT

2.1 INLEIDING

De indirecte rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen door de Nederlandse bestuursrechter intensiveert.¹ In dit hoofdstuk wordt een constitutioneel vertrekpunt geformuleerd voor het verdere verloop van die intensivering.

In de jaren na het *Landbouwwliegers*-arrest van de Hoge Raad² nam de bestuursrechter weinig ruimte in ten opzichte van de lagere regelgever. Hij stelde zich principieel terughoudend op, dat wil zeggen: vrijwel standaard terughoudend.³ In dit hoofdstuk leg ik uit waarom het vertrekpunt van een principieel terughoudende rechterlijke opstelling niet langer houdbaar is en zou moeten verschuiven, en al verschuift, naar een meer gebalanceerde rechterlijke opstelling, waarbij de rechterlijke toetsingsintensiteit niet in de regel terughoudend is, maar afhankelijk van de omstandigheden varieert van terughoudend tot intensief.⁴ Het perspectief van waaruit die verschuiving wordt bepleit en beschreven, zijn de fundamentele eisen van de Nederlandse democratische rechtsstaat en het gewicht dat die eisen in het overkoepelende concept van de democratische rechtsstaat hebben voor het bepalen van de rechterlijke opstelling bij het toetsen van algemeen verbindende voorschriften aan nationale algemene rechtsbeginselen. Daarbij betrek ik zowel supranationale ontwikkelingen als ontwikkelingen binnen de Nederlandse democratische rechtsstaat die volgens opvattingen in de literatuur de aanleiding zijn voor de door de bestuursrechters ingezette intensiveringstendens.⁵

Het is breed aanvaard dat als fundamentele eisen van de Nederlandse klassiek-liberale rechtsstaat⁶ zijn te beschouwen het legaliteitsbeginsel, de machtscheiding, de funda-

1 Deze intensivering is ingezet met de 1 juli 2019-maatsaf (CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2016 t/m 2019) en het *Harderwijk*-beoordelingskader (ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (*Harderwijk*)). Zie paragrafen 1.2 en 3.3 t/m 3.6.

2 HR 16 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9354 (*Landbouwwliegers*).

3 Deze standaard terughoudende toetsing hield een toetsing aan het willekeurverbod in. Ook kon de schending van een ander (met name formeel) algemeen rechtsbeginsel alleen tot het buiten toepassing laten of onverbindend verklaren van een algemeen verbindend voorschrift leiden bij de strijd met het verbod van willekeur. Zie uitgebreider paragraaf 3.2.

4 Zie ook Van Zanten 2022, p. 115-120.

5 Vergelijk paragraaf 1.2.

6 Hierover het rapport WRR 2002; Voermans & Gerards 2011, p. 28-29 en 31-32 (inclusief bijlage 3).

mentele rechten en rechterlijke controle.⁷ Zij worden ook in dit onderzoek als fundamentele eisen van de Nederlandse rechtsstaat beschouwd. Het democratieprincipe staat in hechte verbinding met de fundamentele eisen van de rechtsstaat.⁸ Ik bespreek het democratieprincipe in dit hoofdstuk alleen voor zover het verbonden is met de fundamentele eisen van de rechtsstaat, in het bijzonder de machtscheiding en het legaliteitsbeginsel. Ik begrijp het democratieprincipe in dit onderzoek zo, dat het verlangt dat burgers zeggenschap hebben over de regelgeving die hen bindt.⁹ Meer specifiek vereist het dat de wettelijke grondslag die – op grond van het legaliteitsbeginsel – nodig is voor (bepaald) overheidsoptreden wordt vastgesteld door of met de betrokkenheid van de volksvertegenwoordiging die is gekozen door middel van vrije, geheime verkiezingen en op basis van algemeen kiesrecht.¹⁰

De fundamentele eisen van de democratische rechtsstaat zeggen afzonderlijk of in samenhang iets over de constitutionele opstelling van de (bestuurs)rechter bij het toetsen van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen. In paragraaf 2.2 leg ik uit dat de Nederlandse (bestuurs)rechter, bij het bepalen van zijn constitutionele opstelling ten opzichte van de lagere regelgever, lange tijd structureel méér gewicht heeft toegekend aan de eisen van de democratische rechtsstaat die, volgens de gebruikelijke Nederlandse invulling, pleiten voor rechterlijke terughoudendheid (het democratieprincipe in samenhang met de eisen van machtscheiding en legaliteit) dan aan de eisen op grond waarvan juist een minder terughoudend rechterlijk optreden wordt verlangd (rechterlijke controle en fundamentele rechten). Het constitutionele vertrekpunt conform de *Landbouwwliegers*-maatstaf, dat een principiële terughoudende rechterlijke opstelling inhoudt, is in die zin ongebalanceerd.

Zoals hierboven al gezegd, leg ik in dit hoofdstuk uit dat het ongebalanceerde vertrekpunt ‘principiële terughoudendheid’ zou moeten verschuiven, en al verschuift, naar een meer gebalanceerde rechterlijke opstelling, waarbij de rechterlijke toetsingsintensiteit niet in de regel terughoudend is, maar afhankelijk van de omstandigheden varieert van terughou-

7 Zie bijvoorbeeld Burkens e.a. 2022, p. 16-23; WRR 2002, p. 43-48; Van Ommeren 2003, p. 12 en 19; Voermans & Gerards 2011, p. 28-32 en bijlage 3. Uit de toelichtende stukken bij de algemene bepaling in de Grondwet (‘De Grondwet waarborgt de grondrechten en de democratische rechtstaat’) blijkt eveneens dat het legaliteitsbeginsel, de machtscheiding, onafhankelijke rechtspraak en grondrechten beschouwd worden als ‘kenmerkende vereisten’ waaraan voldaan moet worden om te kunnen spreken van een rechtsstaat. Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34516, nr. 3, p. 6.

8 Vergelijk Kortmann/Bovend’Eert e.a. 2021, p. 53; Burkens e.a. 2022, p. 23-25.

9 Vergelijk Kortmann/Bovend’Eert e.a. 2021, p. 53; Burkens e.a. 2022, p. 217; Van Ommeren 2003, p. 19; *Kamerstukken II* 2015/16, 34516, nr. 3, p. 5.

10 Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 41; Burkens e.a. 2022, p. 41-42; Voermans 2004, p. 40; Verhey & Aal 2017, p. 241; Van der Pot/Elzinga, De Lange & Hoogers 2014, p. 661.

dend tot intensief. Daartoe leg ik in paragraaf 2.3 eerst uit waarom er bij het bepalen van de rechterlijke opstelling *minder gewicht* moet worden toegekend aan de eisen van de democratische rechtsstaat waaruit rechterlijke terughoudendheid voortvloeit, waardoor principiële terughoudendheid niet meer gerechtvaardigd kan worden. Dit zijn de eisen van machtscheiding en het legaliteitsbeginsel in samenhang met het democratieprincipe. Vervolgens leg ik uit waarom er bij het bepalen van de rechterlijke opstelling juist *meer gewicht* toegekend moet worden aan eisen die zich verzetten tegen principiële rechterlijke terughoudendheid en die een gedifferentieerde rechterlijke toetsing voorschrijven. Hier gaat het om de eis van rechterlijke controle, in het bijzonder de eis van effectieve rechtsbescherming als onderdeel daarvan (paragraaf 2.4) en de fundamentele rechten (paragraaf 2.5). Zoals in de slotparagraaf (paragraaf 2.6) uiteen zal worden gezet, is het resultaat van dit hoofdstuk een met de tijdgeest overeenstemmende gebalanceerde rechterlijke opstelling ten opzichte van de lagere regelgever. Daarbij bepaalt de bestuursrechter de wijze en intensiteit van de toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen evenzeer vanuit zijn eigen uit de rechtsstaat voortvloeiende taak om effectieve rechtsbescherming te bieden en om de fundamentele rechten te beschermen.

2.2 MACHTENSCHIEDING, DEMOCRATIE EN LEGALITEIT

2.2.1 *Het gewicht van de eisen van machtscheiding, democratie en legaliteit*

In de nasleep van het *Landbouwwliegers*-arrest van de Hoge Raad heeft de Nederlandse (bestuurs)rechter zich een lange tijd vrijwel standaard terughoudend opgesteld bij het toetsen van algemeen verbindende voorschriften aan nationale algemene rechtsbeginselen.¹¹ Waar komt die terughoudendheid vandaan? Het antwoord op deze vraag kan eveneens in de rechtspraak van de Hoge Raad worden gevonden. In het *Landbouwwliegers*-arrest oordeelt de Hoge Raad dat de rechter ‘terughoudendheid moet betrachten’ vanwege ‘zowel de aard van de wetgevende functie als de positie van het rechter in het Nederlandse staatsbestel’.¹² Daarbij verwijst de Hoge Raad naar artikel 11 Wet AB, op grond waarvan de rechter volgens de wet moet rechtspreken en niet de innerlijke waarde of billijkheid van de

11 Voor wat die terughoudende toetsing precies inhield, zie paragraaf 3.2.1. Overigens is de terughoudende toetsing conform het *Landbouwwliegers*-arrest in de loop der jaren wel genuanceerder geworden. Zie paragraaf 3.2.2.

12 HR 16 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9354 (*Landbouwwliegers*), r.o. 6.1.

wet mag beoordelen.¹³ Met het benoemen van ‘de aard van de wetgevende functie’, ‘de positie van de rechter in het Nederlandse staatsbestel’ en artikel 11 Wet AB verwijst de Hoge Raad naar enkele constitutionele uitgangspunten die hij kennelijk bepalend vindt voor de opstelling van de rechter bij het toetsen van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen.¹⁴ Die uitgangspunten zijn voornamelijk verbonden met de fundamentele rechtsstatelijke eis van de machtscheiding in combinatie met het democratieprincipe.¹⁵

Het is aannemelijk dat ook het legaliteitsbeginsel een rol speelt bij het bepalen van de rechterlijke opstelling bij het toetsen van algemeen verbindende voorschriften, maar dat komt minder duidelijk tot uitdrukking in de overwegingen van de Hoge Raad. Het legaliteitsbeginsel houdt in dat er voor (bepaald)¹⁶ overheidsoptreden een wettelijke grondslag nodig is en dat dat overheidsoptreden moet plaatsvinden binnen de grenzen van het recht.¹⁷ De eisen die uit het legaliteitsbeginsel voortvloeien en die van belang zijn voor het definiëren van de verhouding tussen de rechter en de lagere regelgever zijn grotendeels verdisconteerd in de eis van machtscheiding, in combinatie met het democratieprincipe, en rechterlijke controle.¹⁸

Het legaliteitsbeginsel is voor de constitutionele opstelling van de rechter van belang, omdat het voorschrijft dat ook de rechter is gebonden aan het recht en niet zonder meer overgaat tot rechtsvorming als daarvoor geen wettelijke grondslag bestaat.¹⁹ Daarin zit een zekere overlap met de eis van machtscheiding, op basis waarvan de rechter rechtsprekt met de regels in de hand die door de democratisch gelegitimeerde wetgever zijn vastgesteld. Het legaliteitsbeginsel heeft voor de verhouding tussen de rechter en de lagere regelgever verder bijvoorbeeld tot gevolg dat de rechter controleert of de bevoegdheid tot het vaststellen van een algemene regel berust op een wettelijke grondslag en die regel in overeenstemming is met het recht. De legaliteitseis dat overheidsbevoegdheden moeten berusten op een wettelijke grondslag en in overeen-

13 ‘De regter moet volgens de wet regt spreken: hij mag in geen geval de innerlijke waarde of billijkheid der wet beoordeelen.’

14 Vergelijk Keus 2018; Bok 2006, p. 97-98.

15 Vergelijk Keus 2018; Bok 2006, p. 97-98; Van Heusden 2019, par. 2; De Poorter & Çapkurt 2017, p. 90.

16 Er wordt verschillend gedacht over de vraag welk overheidsoptreden een wettelijke grondslag behoeft. Zie voor een overzicht van de verschillen in de literatuur over het object van het legaliteitsbeginsel Voermans 2011, p. 7-9.

17 Van der Pot/Elzinga, De Lange & Hoogers 2014, p. 661; Burkens e.a. 2022, p. 51-52; Kortmann/Bovend'Eert e.a. 2021, p. 51.

18 Vergelijk Boogaard 2013, p. 62.

19 Bovend'Eert 2009, p. 147-148 en recenter Bovend'Eert 2021a, p. 141-144.

stemming met het recht moeten worden uitgeoefend, is anders zinloos. Ook hier is duidelijk een overlap zichtbaar met de eis van machtenscheiding (en rechterlijke controle), in de zin dat uit de in het kader van de machtenscheiding aanwezige ‘checks and balances’ een controlerende taak voor de rechter voortvloeit ten opzichte van zijn collega-staatsmachten.

De eisen van rechterlijke controle, en als onderdeel daarvan: effectieve rechtsbescherming, en de fundamentele rechten hebben geen (expliciete) plaats in het *Landbouwwliefers*-arrest. Dat doet het vermoeden ontstaan dat die eisen voor de Hoge Raad en – in navolging daarvan – de bestuursrechters geen of in elk geval geen doorslaggevende rol speelden bij het bepalen van de rechterlijke opstelling voor het beoordelen van algemeen verbindende voorschriften in het licht van algemene rechtsbeginselen.

Uit het bovenstaande volgt dat er een aantal rechtsstatelijke eisen een bepalende betekenis hebben gehad voor hoe de rechter zich ten opzichte van de lagere regelgever heeft opgesteld bij het toetsen van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen. Dat zijn de eisen van machtenscheiding, het democratieprincipe en – daarmee sterk verbonden – het legaliteitsbeginsel. Op de fundamentele eisen van rechterlijke controle en fundamentele rechten lijkt minder nadruk te zijn gelegd, waarmee ik overigens niet wil beweren dat aan die eisen geen enkele betekenis toekwam. De traditionele Nederlandse invulling van de eis van machtenscheiding, in combinatie met het democratieprincipe, heeft een bepaalde taakverdeling tot gevolg bij het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften en de controle daarop. Daarbij heeft de niet democratisch gelegitimeerde rechter een beperkte rol in vergelijking met de direct of indirect democratisch gelegitimeerde lagere regelgever. Hoe die taakverdeling er – volgens een traditionele Nederlandse invulling – precies uit ziet in het Nederlandse staatsbestel, bespreek ik hieronder in paragraaf 2.2.2.

2.2.2 *Traditionele taakverdeling lagere regelgever – rechter*

2.2.2.1 **Taak van de lagere regelgever**

De leer van de machtenscheiding betekent in haar zuivere vorm dat de bevoegdheden van de staat (wetgeving, uitvoering en rechtspraak) zijn verspreid over verschillende personen of organen om zo te voorkomen dat alle machten in de handen van één persoon of orgaan liggen en daardoor machtsconcentratie plaatsvindt.²⁰ In Nederland kennen we geen zuivere vorm van machtenscheiding, maar een spreiding van machten, waarbij de verschil-

20 Kortmann/Bovend'Eert e.a. 2021, p. 44.