

I Vastlopend bestuur(srecht)?

I.1 Niet wéér een crisis, toch?

Loopt het bestuursrecht vast? Aanleiding voor deze vraag zijn onder meer de toeslagenaffaire, inclusief de (ogenschijnlijk eindeloze) hersteloperatie voor de slachtoffers, de onoplosbare stikstofdiscussie na de PAS-uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak¹ en de afhandeling van de aardbevingsschade in Groningen. Ook het parlementair onderzoek Uitvoeringsorganisaties en de parlementaire enquête naar het fraudebeleid kunnen als aanwijzingen worden gezien voor ‘vastlopend bestuursrecht’.² Alleen al het frame dat ‘het land op slot zit’ door de stikstofregels wijst op vastlopen, met in dit geval het bestuursrecht als oorzaak.

Toch is enige scepsis bij al deze geluiden gepast. Klagen over het recht is immers van alle tijden en het komt in alle kringen voor. Bestuurders en democratische politici (ook autocratische trouwens) voelen zich bekneld door regels die hun beslissingsruimte beperken en in de weg staan aan het ‘aanpakken van bestuurlijke opgaven’. Bedrijven willen ondernemen en innoveren zonder belemmerende regels. Burgers die van de overheid afhankelijk zijn, kunnen hun weg niet vinden in het complexe regelwoud voor een vergunning, belasting of uitkering. Niets nieuws onder de zon dus als we de dagelijkse klaagzang over het recht en over (bestuurs)juristen in het publieke en politieke vertoog tot ons nemen. Ook klagen over procedures en fijnzinnige juristerij waardoor onrechtvaardigheid ontstaat is zo oud als de weg naar Rome.

I.2 Maar nu loopt het écht vast... Toch?

De claim dat het bestuursrecht vastloopt, moet dus met enige scepsis worden onderzocht. Want wanneer loopt het bestuursrecht vast? Wat is ‘vastlopen’ en op welke manieren kan bestuursrecht, of in bredere zin, het publiekrecht (inclusief strafrecht en belastingrecht als bijzonder bestuursrecht) vastlopen? Kan ‘recht’ vastlopen? En zo ja, wat betekent het dat ‘hét recht’ vastloopt?

Omdat een rechtsorde en een rechtsstaat altijd ten minste drie verschijningsvormen hebben, kan ook het bestuursrecht op ten minste drie manieren vastlopen.³

1 ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603.

2 Klem tussen balie en beleid 2021; Blind voor mens en recht 2024.

3 Zouridis 2021a.

Een rechtsorde en een rechtsstaat zijn altijd ten minste tegelijkertijd een juridisch construct, een sociaal construct en een bestuurlijk construct. In elke verschijningsvorm loopt het (bestuurs)recht op een andere manier vast.

1. Juridisch construct. Om te beginnen is een rechtsorde of rechtsstaat een geheel van gepositieerde regels, normen, principes, rechten, beginselen en geformaliseerde structuren en procedures. In deze vorm verschijnt het recht als een 'papieren' geheel op basis waarvan rechtmatigheidsoordelen tot stand komen (is er sprake van een rechtmatige of onrechtmatige situatie?). Het bestuursrecht loopt in deze verschijningsvorm vast als het niet meer mogelijk is om tot (on)rechtmatigheidsoordelen te komen. Bijvoorbeeld omdat de regels tegenstrijdig zijn of zo onbepaald zijn dat rechtmatigheid onmogelijk kan worden vastgesteld, maar ook omdat het recht zo complex is geworden dat rechtsvinding niet meer mogelijk is (zie het preadvies van Van Everdingen en Hennevelt over complexiteit) of omdat bepaalde rechtsfiguren tot juridisch halsbrekende toeren leiden (zie het preadvies van Brugman over maatwerk).
2. Sociaal construct. De rechtsorde, maar ook de rechtsstaat, is niet alleen een juridisch construct, maar ook een sociale conventie of een 'manier van leven'. In de woorden van de Schotse rechtsgeleerde MacCormick is van een rechtsstaat (of rechtsorde) sprake 'if most of the people most of the time refrain from the things that the law stigmatizes as wrongdoing'.⁴ De rechtsorde is, met andere woorden, het gedrag dat de meeste mensen in een samenleving de meeste tijd laten zien, ongeacht wat er in het juridisch construct is vastgelegd. Denk aan de beroemde uitdrukking dat in Milaan een verkeerslicht een instrument voor verkeersregulering is, datzelfde verkeerslicht in Rome een zinvolle wenk is voor het verkeer en het verkeerslicht in Napels slechts decoratie is.⁵ Of denk aan nogal wat staten in de wereld die op papier een prima rechtsorde hebben of zelfs rechtsstaat zijn, maar waarvan daar in het dagelijks leven weinig van te merken valt (Mexico of Zuid-Afrika, om de wat ontwikkelder varianten hiervan te noemen). In sociologische bewoordingen: een rechtsorde of een rechtsstaat is ten minste altijd ook een normatieve institutionele orde in een samenleving. Het begrip normatieve institutionele orde verwijst naar normen die in een samenleving daadwerkelijk het gedrag van de meeste rechtsgenoten de meeste tijd sturen. In deze verschijningsvorm loopt het bestuursrecht (of breder: het recht) vast als de regels of normen geen maatschappelijke doorwerking hebben. Bijvoorbeeld omdat ze alweer veranderd worden alvorens ze daadwerkelijk het gedrag zijn gaan structureren of juist haaks staan op de sociale conventies in een samenleving en dus de facto heel weinig 'doen', dan wel als wegwerprecht kunnen worden gekwalificeerd.⁶
3. Bestuurlijk construct. Een rechtsorde of rechtsstaat is dus gebouwd op een deugdelijk juridisch construct, maar ook op een samenleving waarin het naleven van de regels de dagelijkse praktijk is voor de meeste mensen. Om een rechtsorde of rechtsstaat voor langere tijd stabiel te houden, volstaan het

4 MacCormick 2007.

5 Guala 2016, p. XXIV.

6 Zouridis 2008.

juridisch en het sociaal construct niet. Er is immers altijd het risico van mensen die zich niet aan de regels houden. Als dat gedrag wordt beloond omdat er geen (sanctionerende of herstellende) reactie op volgt, doet zich het risico voor dat de rechtsorde als sociale conventie steeds meer erodeert omdat steeds meer mensen dat gaan doen. De rechtsorde en daarmee ook het bestuursrecht moeten dus daadwerkelijk uitgevoerd en gehandhaafd worden, doorgaans of ten minste ook door de overheid. In een rechtsstaat als ‘mode of government’ vinden uitvoering en handhaving plaats op een voorspelbare manier (vanuit legaliteit en rechtszekerheid) in de vorm van gelijke behandeling (vanuit rechtsgelijkheid). Als uitvoering of handhaving van wet- en regelgeving niet mogelijk meer zijn op een voorspelbare en voor iedereen gelijke manier, loopt de rechtsstaat (inclusief bestuursrecht) in de derde verschijningsvorm vast.

In dit preadvies over vastlopend bestuursrecht staat de verschijningsvorm van het bestuursrecht als bestuurlijk construct centraal en dus de vraag of het bestuursrecht als bestuurlijk construct vastloopt. Hoewel het bestuursrecht vooropstaat, worden af en toe uitstapjes gemaakt naar aanpalende terreinen als het strafrecht. De reden voor deze uitstapjes is dat de mechanismen die het bestuursrecht als bestuurlijk construct doen vastlopen waarschijnlijk ook in het strafrecht en het fiscaal recht als bijzonder bestuursrecht te vinden zijn. In ieder geval zijn er a priori geen redenen waarom deze mechanismen alleen (bepaalde gebieden van) het bestuursrechtstoepassing betreffen en niet bijvoorbeeld ook de fiscaliteit en de strafrechtspleging.

1.3 Opzet van het preadvies

In dit preadvies wordt verkend of het bestuursrecht (inclusief fiscaal recht en strafrecht) als bestuurlijk construct vastloopt. Daaraan vooraf gaat de vraag wat het uitmaakt of het bestuursrecht vastloopt als bestuurlijk construct. Wat staat er op het spel? Stel bijvoorbeeld dat het bestuursrecht als bestuurlijk construct volledig vastloopt, ‘so what’? Voor wat er op het spel staat, grijpen we in dit preadvies terug op de rationale achter het bestuursrecht (en het strafrecht). De rationale van deze publiekrechtelijke rechtsgebieden is de rechtsstaatidee. Als het bestuursrecht en het strafrecht vastlopen als bestuurlijk construct, komt ook de onderliggende rationale (de rechtsstaatidee) in het gedrang. In paragraaf 2 is de rechtsstaatidee uitgewerkt.

In paragraaf 3 wordt verkend of het bestuursrecht (en het strafrecht) als bestuurlijk construct vastloopt, dus hoe het staat met de uitvoering en handhaving ervan. Omdat dit een veel te breed en groot veld is, worden slechts enkele signalen en speldenprikken beschreven. Hoe het staat met de uitvoering en handhaving over de volle breedte van het bestuursrecht (laat staan met daarbij het strafrecht), kan niet in het bestek van een preadvies worden behandeld en een simpel overzicht of ‘dashboard’ daarvoor bestaat niet. Toch geven de beschikbare studies er wel een indicatie voor waar sprake is van vastlopen, zo laat paragraaf 4 zien. Voorzichtigheid is geboden bij de interpretatie hiervan, want er is niet gezocht naar ‘tegensignalen’ voor vastlopen en dus is het beeld per definitie niet evenwichtig (waar gaat het in de uitvoering van het bestuursrecht juist heel goed en hoe is dat te verklaren?).

Vertrekpunt voor paragraaf 5 zijn de signalen voor vastlopend bestuursrecht uit paragraaf 4. In paragraaf 4 zijn de mechanismen achter het vastlopen op een rij gezet. Deze mechanismen, die slechts de wetenschappelijke status van hypothesen hebben omdat ze niet systematisch zijn getoetst, zijn in paragraaf 5 desondanks gebruikt voor de zoektocht naar uitwegen voor vastlopend bestuursrecht. Het preadvies sluit af met enkele voorlopige conclusies en stellingen voor het debat ter jaarvergadering.