



FORUM

RECHTSONTWIKKELING DOOR DE BESTUURSRECHTER

ERNST HIRSCH BALLIN - 23.04.2015

Op 22 mei bespreekt de VAR Vereniging voor Bestuursrecht de preadviezen van Rolf Ortlep, Albertjan Tollenaar en mij over rechtsontwikkeling door de bestuursrechter, een onderwerp dat veel lezers van de columns over staat en recht bij uitstek raakt. In dit preadvies staat de relatie tussen de rechtsontwikkeling en veranderingen in economie, politiek en samenleving centraal. De instituties en begrippen van het bestuursrecht hebben in de negentiende eeuw vorm gekregen, maar – dankzij democratisering en emancipatieprocessen – is de verhouding tussen overheid en burgers sindsdien verder geëvolueerd.

Die evolutie kan men van twee kanten bezien. De overheid is het bestuursrecht intensief, soms zelfs overmoedig, als instrument gaan gebruiken, maar vanuit het perspectief van de burger valt vooral de versterking van diens rechtspositie op. Hij heeft mogelijkheden om belangen naar voren te brengen, bezwaar te maken en beroep in te stellen. Vroeger lag het accent vaak op een beoordeling of iemand aan de eisen voldeed om een bedrijf te beginnen of een bouwwerk op te richten, het startpunt dus van een activiteit. Intussen is het accent steeds meer komen te liggen op beoordelingen die een prognose inhouden: de te verwachten milieubelasting, de mogelijkheden van het vinden van aangepast werk, het risico van onmenselijke behandeling bij terugkeer naar het land van herkomst. In de realisering van zulke prognoses speelt het bestuur vaak zelf een rol, als toezichthouder of door het creëren van faciliteiten. Die ontwikkeling weerspiegelt een verandering in de samenleving. Het is niet alleen de overheid die plannen maakt, ook burgers en ondernemingen doen dat. Dat geldt onder meer voor mensen die – zoals migranten – een moeizame weg omhoog vinden of die – zoals medeburgers met een beperking – méér kunnen dan in afhankelijkheid hun levensdagen slijten, mits ze daarin geruggensteund worden. Bij het vormgeven aan hun levensprojecten en bedrijfsplannen ontmoeten ze de overheid. Die is hun partner in een patroon van bestuurlijke interactie (governance) – of is hun tegenstander in rechterlijke procedures. Veel meer dan men zich realiseert, bepalen de kleine bestuurlijke beslissingen de mate waarin mensen zich vrij en erkend voelen in hun persoonlijke identiteit. Hun levensprojecten kunnen alleen gestalte krijgen als het bestuur zijn publieke taken betrouwbaar vervult. Gezag van de overheid erodeert als het bestuur de rechtzoekende niet respecteert in zijn identiteit als gelijkwaardig en vrij subject.

Het bestuur moet daarom oog hebben voor het bijzondere, de afwijking van wat

men normaliter verwacht. Besturen en handhaven volgens met ijzeren hand toegepaste beslissingsschema's kunnen uitdraaien op schending van het evenredigheidsbeginsel, zoals de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State – haar eigen vroegere rechtspraak corrigerend – op 4 maart 2015 inzake het alcoholslotprogramma oordeelde. Daarom is het niet alleen een eis van de rechtsstaat, maar ook een eis van bestuurlijke kwaliteitsborging dat de burger een serieuze toetsing door de rechter kan uitlokken. Dat dit af zou doen aan de democratische legitimatie van het bestuur is onjuist. Een politieke aansturing van de bestuurlijke beslissingen van alledag is onuitvoerbaar en zou bovendien botsen met de – ook in de Algemene wet bestuursrecht voorgeschreven – onpartijdigheid die van het bestuur mag worden verwacht.

De dynamiek van de samenleving is in de inrichting en werking van het bestuur volop zichtbaar. Daaraan moet het bestuur met zijn expertise en resources beantwoorden, maar ook moet de rechtspraak het bestuur scherp houden. Door dat te doen dient de rechtspraak het vertrouwen in de overheid meer dan met dogmatische afstandelijkheid.

Dit artikel verscheen op 21-04-2015 ook in SC Wetten en regels verklaard.