

# **Rechtsbescherming is niet alleen iets van de rechter, het is een gezamenlijke verantwoordelijkheid van rechter, wetgever en bestuur**

**Jurgen de Poorter, 6 december 2023**

## **1. De bestuursrechtelijke rechtsbescherming onder een vergrootglas**

Het systeem van bestuursrechtelijke rechtsbescherming ligt tegenwoordig onder een vergrootglas van juristen, politici en opiniemakers. De kritische aandacht voor het functioneren van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming heeft een sterke impuls gekregen – u weet dat als geen ander – door de commotie over de toeslagenaffaire. De parlementaire ondervragingscommissie kinderopvangtoeslag (POK) constateerde onder meer dat de bestuursrechtspraak jarenlang een wezenlijke bijdrage heeft geleverd aan het in stand houden van de spijkerharde uitvoering van de regelgeving van de kinderopvangtoeslag. Daarmee heeft de bestuursrechtspraak volgens de POK zijn belangrijke functie van (rechts)bescherming van individuele burgers veronachtzaamd.

De toeslagenaffaire heeft ons inderdaad laten zien dat er iets hapert aan de manier waarop ons bestuursrecht de verhouding tussen burger en bestuur vormgeeft. Dat dwingt ons (opnieuw) na te denken over de vraag: wat mag de burger van die bestuursrechtelijke rechtsbescherming verwachten? In de nasleep van de toeslagenaffaire is er door de rechtspraak in zijn verschillende geledingen op die vraag gereflecteerd en worden er inmiddels initiatieven ontwikkeld die beogen bij te dragen aan een betere rechtsbescherming tegen de overheid. Algemeen is de gedachte dat het burgerperspectief meer voorop moet worden gesteld en er beter rekening moet worden gehouden met de persoonlijke omstandigheden van de burger door meer maatwerk te bieden in de uitvoering. In het juridische, politieke en maatschappelijke debat over de verbetering van de rechtsbescherming in het post-toeslagentijdperk zijn de kernwoorden dan ook: maatwerk, responsiviteit, empathische en burgervriendelijke rechtsbescherming. Daarbij wordt voor de rechtspraak een handelwijze gepropageerd waarbij overheidsbesluiten indringend worden getoetst en eventueel vernietigd met oog voor de positie van kwetsbare natuurlijke personen die zich minder goed staande kunnen houden in bureaucratisch georiënteerde omgevingen. De nadruk ligt daarbij

sterk op individuele rechtvaardigheid in het concrete geval. Inmiddels is tegen die achtergrond in de rechtspraak van de hoogste bestuursrechters een duidelijke ontwikkeling zichtbaar naar bijvoorbeeld een indringender evenredigheidstoetsing van overheidsbesluiten en zien we ook op andere punten een rechtsontwikkeling die sterk is betrokken op het burgerperspectief. Ik wijs in dat verband op de afschaffing van de trechtering in hoger beroep (althans in twee-partijengeschillen), op de soepeler toepassing van het vertrouwensbeginsel, op de toepassing van de burgerlus en op ontwikkelingen rond de verschoonbaarheid van termijnoverschrijding, waarover zo meteen nog iets meer.

## **2. Het belang van rechtsbescherming tegen de overheid en de politieke rationaliteit**

De toeslagenaffaire heeft ons nog maar een keer ingescherpt hoe fundamenteel het belang van rechtsbescherming tegen de overheid is voor het goed functioneren van onze democratische rechtsstaat. Opvallend is echter dat de bescherming van de rechtsorde daarbij vooral als taak van de rechter wordt gezien, zelfs in de Tweede Kamer.<sup>1</sup> Maar het bepalen van wat recht is, is niet alleen een taak van de rechter. Juist ook de wetgever formuleert het recht. De vroegere Israëliëse opperrechter Aharon Barak formuleerde het ooit zo: “De wetgever heeft het initiatief bij het aanpassen van het recht aan de zich veranderende maatschappelijke realiteit, maar de rechter heeft door zijn interpretatie de taak ‘de kloof tussen de wet en het leven’ te overbruggen”. Tjeenk Willink heeft er terecht op gewezen dat wetgever en rechter voor de kwaliteit en de effectiviteit van hun werk wederzijds van elkaar afhankelijk zijn: Die wederzijdse afhankelijkheid van wetgever en rechter betekent dat inzicht in de positie van de een niet goed mogelijk is zonder zicht op de positie van de ander.<sup>2</sup> Maar is dat besef (nog) levend, in het hart van onze parlementaire democratie? Een tweetal voorbeelden tonen aan dat een bevestigende beantwoording van deze vraag beslist geen vanzelfsprekendheid is.

### *Een eerste voorbeeld*

Een eerste voorbeeld is dat de verontwaardiging over te weinig inhoudsvolle rechtsbescherming in de toeslagenzaken bij Kamerleden in het najaar van 2019 moeiteloos hand in hand ging met de kritiek dat diezelfde rechtsbescherming in andere

---

<sup>1</sup> H.D. Tjeenk Willink, Doet de wetgever nog recht?, Groene Amsterdammer 2020, nr. 5.

<sup>2</sup> Ibid.

zaken – denk aan de Urgenda-zaak<sup>3</sup> en de zaak over de Programmatische Aanpak Stikstof<sup>4</sup> – te ver doorschiet en de rechter zich daardoor in het politieke domein zou begeven. In een systeem van checks and balances, macht en tegenmacht, heeft de rechter per definitie een machtskritische functie en kan daardoor gemakkelijk de kritiek krijgen een daadkrachtig bestuur in de weg te staan of politiek te bedrijven. Kritiek op individuele rechterlijke beslissingen mag, tenminste zodra de rechter is uitgesproken, maar dat een volksvertegenwoordiger als Thierry Baudet uitspraken van de rechter aangreep om de rechterlijke macht als instituut aan te vallen en te beweren dat ‘Nederland is verworpen tot een dikastocratie’ en dat ‘door toedoen van de rechter de rechtsstaat wordt ondergraven en de democratie ondermijnd’ is ronduit schokkend. Dat vanuit de volksvertegenwoordiging elke vorm van principiële stellingname tegen deze aanval uitbleef was zo mogelijk nog verontrustender. Tjeenk Willink merkte naar aanleiding daarvan terecht op dat dit een gebrek aan constitutionele kennis en een collectieve onderschatting van de kwetsbaarheid van de democratische rechtsorde verraadt.<sup>5</sup>

### *Een tweede voorbeeld*

Een ander voorbeeld vormt het onlangs door minister Hugo de Jonge gelanceerde wetsvoorstel Versterking regie volkshuisvesting. Daarin wordt voorgesteld om in de Omgevingswet een grondslag op te nemen voor het behandelen van beroepen in zaken van groot maatschappelijk belang – lees: alle bouwprojecten van 12 woningen of meer – in één instantie, in plaats van in twee instanties. Bovendien wordt voorgesteld in de Omgevingswet een grondslag op te nemen om voor zaken van groot maatschappelijk belang te bepalen dat de Afdeling bestuursrechtspraak uitspraak moet doen binnen zes maanden na ontvangst van het verweerschrift. De voorzitter van de Afdeling wijst in zijn reactie terecht op de bewuste keuze die bij invoering van de Wet algemene bepalingen omgevingswet in 2010 is gemaakt voor beroep in twee instanties, waarbij aandacht is geschonken aan de zeefwerking van dat beroep, aan de werklast van de Afdeling, maar nadrukkelijk ook aan overwegingen die samenhangen met de zorgvuldigheid en de kwaliteit van rechtspraak.<sup>6</sup> Het wetsvoorstel geeft echter uiting aan politiek efficiency

---

<sup>3</sup> HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006.

<sup>4</sup> ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603.

<sup>5</sup> H.D. Tjeenk Willink, *Doet de wetgever nog recht?*, Groene Amsterdammer 2020, nr. 5.

<sup>6</sup> Brief van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 13 april 2023 aan de minister voor Volkshuisvesting en Ruimtelijke Ordening met een reactie op het

denken, waarbij zorgvuldige rechtsbescherming voor burgers gemakkelijk ondergeschikt wordt gemaakt aan de politieke rationaliteit van het belang van (de veronderstelde) versnelling van bouwprojecten.

Deze voorbeelden laten naar mijn mening zien dat het in het politieke denken soms verleidelijk is om de rechtsbescherming tegen de overheid als een product in plaats van als een intrinsieke waarde te zien. Het belang van rechtsbescherming wordt in die opvatting dan al snel gezien een af te wegen belang tegen de behoefte aan een voortvarende uitvoering en een daadkrachtig bestuur.

### **3. Het belang van rechtsbescherming en het werk van de BAC Herstel Toeslagen**

Als de toelagenaffaire ons iets heeft geleerd dan is het wel dat een inhoudsvolle rechtsbescherming tegen de overheid een intrinsieke kernwaarde is van onze democratische rechtsstaat is. U wordt daar in uw waardevolle werk dagelijks aan herinnerd. Maar ook in het kader van de hersteltrajecten zoals die waarbij u bent betrokken, doet zich de hiervoor beschreven spanning gevoelen. In een op 24 oktober j.l. uitgebracht rapport concludeert de Ombudsman in algemene zin over de door hem bestudeerde tien hersteltrajecten dat overheidsinstanties te weinig aandacht hebben voor de behoeften van gedupeerde burgers: hun focus ligt vaak op snel handelen en werken vanuit de eigen systemen.<sup>7</sup> Daarmee worden de behoeften van de gedupeerden volgens de Ombudsman nogal eens uit het oog verloren.

De vraag rijst of de wijziging van de Instellingsregeling van uw Bezwaarschriftenadviescommissie die per 26 oktober j.l. plaats vond, welbeschouwd niet ook een uiting van diezelfde bureaucratisch-bedrijfsmatige benadering vormt die de Ombudsman in zijn rapport beschrijft. Om enige versnelling te bewerkstelligen besloot het kabinet dat Uitvoeringsorganisatie Herstel Toeslagen (UHT) niet meer alle bezwaren hoeft voor te leggen aan uw Bezwaarschriftenadviescommissie (BAC) en dat meer bezwaren zullen worden behandeld zonder advies van de BAC. Nu vormt snelheid ontegenzeggelijk ook een onderdeel van de kwaliteit van de rechtsbescherming. We kennen het allemaal: 'Justice delayed, is justice denied'. En we kennen ook de uitspraken

---

consultatieverzoek over het wetsvoorstel Versterking regie volkshuisvesting, te raadplegen via [Wetsvoorstel Versterking regie volkshuisvesting - Raad van State](#).

<sup>7</sup> Nationale Ombudsman, Herstel bieden: een vak apart. Een vergelijkend onderzoek naar tien hersteltrajecten, rapportnummer 2023/157, 24 oktober 2023.

van de verschillende rechtbanken en op 23 augustus van dit jaar die van de Afdeling bestuursrechtspraak over de niet tijdige afdoening van zaken en de onrealistische beslistermijnen die zijn opgenomen in de Wet hersteloperatie toeslagen.<sup>8</sup> Snelheid is belangrijk, maar mag nooit ten koste gaan van een zorgvuldige zaaksbehandeling. Op de lange termijn werkt dat ook contraproductief omdat een versnelling in één procedurele fase die ten koste gaat van de zorgvuldige behandeling, juist aanleiding zal geven door te procederen waardoor de totale duur van de rechtsbescherming per saldo toch weer toeneemt.

Kijk ik nu naar de wijziging van de Instellingsregeling van uw BAC dan valt mij in het bijzonder op dat aan artikel 3 van de regeling een derde lid is toegevoegd waarin een aantal situaties wordt genoemd waarin een bezwaar niet meer wordt voorgelegd aan uw BAC. Dat is onder meer het geval als de beslissing op het bezwaar naar het oordeel van de UHT strekt tot kennelijk niet-ontvankelijkverklaring of tot kennelijk ongegrondverklaring van het bezwaar of als de beslissing op bezwaar en de motivering ervan naar het oordeel van de UHT evident in lijn is met eerdere adviezen van uw adviescommissie. Als gezegd is het streven naar een voortvarende afdoening van zaken zeker legitiem, maar de vraag is of de analyse die aan deze maatregelen ten grondslag ligt de juiste is. Uw BAC heeft inmiddels de behandelingsduur van bezwaarschriften weten terug te dringen tot 14 weken. Dat is nog weliswaar twee weken boven de ingevolge artikel 7:10, eerste lid, Awb geldende termijn van 12 weken, maar de behandeling door uw commissie is dus niet de voornaamste reden dat de doorlooptijd van een bezwaarschrift nog steeds 52 weken bedraagt. Die oorzaak lijkt elders te liggen. Naar ik begrijp heeft dat veel te maken met het beschikbaar krijgen van de stukken bij de Belastingdienst/Toeslagen en dát los je dus niet op door minder zaken naar uw BAC te sturen.

Hoewel het dus maar zeer de vraag is of het nieuwe artikel 2, derde lid, van de Instellingsregeling bijdraagt aan de beoogde versnelling, bestaat bij velen wel de vrees dat de maatregel afbreuk doet aan de rechtsbescherming van de burger. Niet voor niets heeft een grote groep van toeslagadvocaten zich geroerd over de wijzigingen en vraagt zich af wat dit betekent voor hun cliënten. Zij geven aan het zeer ernstig te vinden dat

---

<sup>8</sup> ABRvS 23 augustus 2023, ECLI:NL:RVS:2023:3209.

tijdens de wedstrijd de spelregels worden gewijzigd, de ouders niet op een juiste wijze worden gehoord en dat hun zaken niet meer aan de BAC worden voorgelegd. Helemaal onterecht lijken me die zorgen niet. Als een bezwaar kennelijk niet-ontvankelijk is of kennelijk ongegrond is dat ingevolge artikel 7:3 Awb weliswaar een reden om af te zien van het horen, maar deze uitzondering is wel bedoeld voor heel bijzondere gevallen waarin er op voorhand redelijkerwijs geen twijfel over mogelijk is dat het bezwaar niet-ontvankelijk of ongegrond is. Dat deze route nu zo nadrukkelijk wordt gepresenteerd als een instrument om versnelling te realiseren geeft op zijn minst niet een gelukkig signaal. Bovendien is de jurisprudentie als het gaat om bijvoorbeeld niet-ontvankelijkverklaringen vanwege termijnoverschrijdingen erg in beweging, in het bijzonder in twee partijengeschillen. Tegen die achtergrond past juist terughoudendheid in plaats van voortvarend bezwaren op de grond van kennelijk niet-ontvankelijkheid aan de BAC onthouden. De meest belangrijke reden waarom ik aarzelingen heb bij deze wijzigingen in het instellingsbesluit is dat zij precies lijken te doen waarvoor de Ombudsman in zijn recente rapport waarschuwt: ze verliezen de behoeften van gedupeerde burgers teveel uit het oog. Ik citeer: 'Persoonlijk contact met de betrokken overheidsinstantie is belangrijk voor burgers en ondernemers die in een hersteltraject zitten. Zij willen graag hun verhaal vertellen en serieus worden genomen'.<sup>9</sup> Die mogelijkheid wordt hen ontnomen als ze zonder zitting worden overvallen met een kennelijk niet-ontvankelijkverklaring of een kennelijk ongegrondverklaring van hun bezwaar.

Scheltema heeft er in dat verband terecht op gewezen dat de hersteloperatie toch al sterk vanuit een juridisch overheidsperspectief is vormgegeven.<sup>10</sup> Dat perspectief sluit naar zijn mening onvoldoende aan op de noden van de gedupeerde ouders, want zij gaat voorbij aan de emotionele component, de breuk in de relatie burger-overheid en het vertrouwensverlies in die relatie. Als het herstel van vertrouwen het doel is, is meer nodig dan een juridisch juiste beslissing over schadevergoeding.<sup>11</sup> De problematiek van de ouders is veelsoortig en wat ze in de eerste plaats nodig hebben is erkenning dat hun

---

<sup>9</sup> Nationale Ombudsman, Herstel bieden: een vak apart. Een vergelijkend onderzoek naar tien hersteltrajecten, rapportnummer 2023/157, 24 oktober 2023.

<sup>10</sup> M. Scheltema, 'Herijking hersteloperatie toeslagouders, voorbode van een nieuwe bestuurscultuur?', NTB 2022, p. 1 e.v.

<sup>11</sup> Zie ook D. Allewijn, 'Als herstel van vertrouwen het doel is, is herstellbemiddeling het middel. De hersteloperatie kinderopvangtoeslagaffaire', NJB 2022/1073.

onrecht is aangedaan. We kunnen ons afvragen of de wijzigingen in artikel 3 van het instellingsbesluit dat belang voldoende voor ogen hebben gehad. Als de termen responsiviteit, maatwerk en oplossingsgericht werken die in overheidsland zo veel gehoord zijn ergens op hun plaats zijn, dan is het in dit soort hersteltrajecten. Een dergelijke benadering vergt in ieder geval dat zo snel mogelijk in contact wordt getreden met de getroffen ouders, dat de problemen in kaart worden gebracht en dat de overheid meedenkt bij het oplossen van de problemen. Terecht is er vanuit uw commissie daarom aandacht gevraagd voor de mogelijkheden voor contact met gedupeerden in de zienswijzenfase. Als naar aanleiding van het voorgenomen compensatiebesluit een zienswijze wordt ingediend biedt dat bij uitstek de gelegenheid om met de gedupeerde ouder in gesprek te gaan. Dat vroegtijdig contact is belangrijk en het kan ook wat ik maar even 'zinloze bezwaren' noem, helpen voorkomen. Als nu inderdaad heel wat bezwaren voortkomen uit het niet begrijpen van berekeningen of eenvoudig te corrigeren fouten in de berekeningen dan hoeven die zaken helemaal niet tot een bezwaarschriftprocedure te leiden als al eerder in de zienswijzefase hierover met betrokkenen om te tafel wordt gezeten. Het lijkt me in elk geval het proberen waard en een vanuit het perspectief van de burger aantrekkelijker instrument om enige versnelling te realiseren dan het in een latere fase onthouden van zaken aan de BAC.

#### **4. Tot slot**

Om de overstap te maken van wat Scheltema heeft genoemd een bureaucratische, naar een responsieve rechtsstaat zijn nog heel wat stappen nodig.<sup>12</sup> Voor een responsief stelsel van rechtsbescherming hebben in de eerste plaats alle betrokken actoren in de verschillende procedurele fasen een gezamenlijke verantwoordelijkheid. Dit ligt niet alleen op het bord van de rechtspraak, maar daarbij speelt ook – en misschien wel juist – de fase van bestuurlijke heroverweging in bezwaar een belangrijke rol. Uw werk dus. U komt immers veel eerder in beeld dan de rechter en zeker dan de hoogste rechter. En we weten hoe belangrijk het is dat burgers snel een prettig contact met de overheid hebben en hun verhaal kunnen doen. De bezwaarfase is ook naar zijn aard meer geschikt om bij te dragen aan een responsievere rechtsbescherming dan de rechterlijke procedure. De bezwaarprocedure is immers niet noodzakelijkerwijs beperkt tot een

---

<sup>12</sup> M. Scheltema, Mag de rechtsstaat voor de burger worden gesloten? Bouwstenen voor een meer burgervriendelijk bestuursrecht, *Ars Aequi* 2022, p. 809-820.

juridische toetsing, maar biedt meer mogelijkheden om een heroverweging te verrichten met aandacht voor het werkelijke geschil.

Rechtsbescherming begint echter niet pas aan de achterkant als er al een geschil is ontstaan naar aanleiding van een uitgeoefende publiekrechtelijke bevoegdheid. Rechtsbescherming begint al eerder en is een verantwoordelijkheid van rechter, bestuur en wetgever gezamenlijk. Dat besef is echter niet springlevend. Wat daarvoor in elk geval nodig is, is dat wetgever, bestuur en rechtspraak nadenken over de constitutionele context waarbinnen ze werken en de functie die ze daarin geacht worden te vervullen. Daarvoor is het van belang dat ze daarover met elkaar contact onderhouden. Maar dan moeten ze wel belangstelling hebben voor elkaars werk, de dilemma's waarvoor ze staan en de knelpunten die ze in hun werk ondervinden. Voorwaarde voor onderling contact en debat is respect voor elkaars positie en de bereidheid van elkaar te leren, maar bovenal het besef dat wetgever, bestuur en rechter de pijlers van de democratische rechtsorde vormen.<sup>13</sup> Die boodschap lijkt me thans belangrijker dan ooit, want zoals Tjeenk Willink terecht schrijft: 'Alleen met een sterke democratische rechtsorde kunnen fundamentele problemen effectief worden aangepakt, nieuwe crises het hoofd worden geboden en kunnen burgers en overheid op elkaar vertrouwen'.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> H.D. Tjeenk Willink, Doet de wetgever nog recht?, Groene Amsterdammer 2020, nr. 5.

<sup>14</sup> Ibid.