



**ONNODIG
RECENTRALISERENDE
RECHTERLIJKE
RECHTSVORMING**

**MASTERSCRIPTIE
STAATS- & BESTUURSRECHT
MEI 2020**

R.G. BECKER
PROF. MR. G. BOOGAARD



**Universiteit
Leiden**

Inhoudsopgave

<i>Inhoudsopgave</i> -----	2
<i>1. Inleiding & Onderzoeksvraag</i> -----	6
1.1. Algemeen-----	6
1.2. Vraagstelling-----	7
1.3. Opbouw-----	8
1.4. Context & aannname: decentralisatie -----	8
1.5. Achtergrond: rechtsopvattingen-----	10
<i>2. Het begrip “onnodig recentraliserende rechterlijke rechtsvorming”</i> -----	12
2.1. Algemeen-----	12
2.2. Conceptualisering -----	12
2.2.1. Algemeen-----	12
2.2.2. Rechterlijke Rechtsvorming -----	12
2.2.2.1. Algemeen-----	12
2.2.2.2. Meer of minder rechtsvormend? -----	14
2.2.2.3. Complicatie: wat is bepaald? -----	16
2.2.2.3.1. Welke feiten waren doorslaggevend? -----	16
2.2.2.3.2. Onuitgesproken redenen -----	17
2.2.2.4. Tussenconclusie -----	18
2.2.3. Recentraliserende rechterlijke rechtsvorming -----	18
2.2.4. Onnodig recentraliserende rechterlijke rechtsvorming-----	19
2.2.4.1. Algemeen-----	19
2.2.4.2. Uitgangspunten -----	20
2.2.4.3. Verschillende situaties-----	21
2.2.4.3.1. Buitengrenzen -----	21
2.2.4.3.2. Procesrecht-----	22
2.2.4.3.3. Twijfelgevallen-----	22
2.2.5. Tussenconclusie -----	23
2.3. Voorbeelden van onnodig recentraliserende rechterlijke rechtsvorming-----	24
2.3.1. Algemeen-----	24
2.3.2. Categorieën gevallen-----	24

2.3.2.1.	Minimumvereisten aan gemeenten in het sociaal domein -----	24
2.3.2.1.1.	Resultaatgericht indiceren-----	24
2.3.2.1.2.	Onderzoek bij gestructureerd huishouden -----	25
2.3.2.2.	Toetsing van onderzoeksmethoden bij uitkeringsfraude -----	26
2.3.2.2.1.	Peilbaken-----	26
2.3.2.2.2.	Privatisering -----	28
2.3.2.3.	Definiëren van termen in het bestemmingsplan aan de hand van het woordenboek-----	29
2.3.3.	Analyse -----	30
2.4.	Tussenconclusie -----	31
3.	<i>Problematisch karakter</i> -----	32
3.1.	Algemeen-----	32
3.2.	Precedenten en decentrale stelsels -----	32
3.2.1.	Algemeen-----	32
3.2.2.	Dworkins coherentietheorie-----	33
3.2.3.	Teuben: rechtsvorming, rechtsgelijkheid & rechtszekerheid-----	35
3.2.4.	Scholten-----	37
3.2.5.	De Legal Information Theory -----	39
3.2.6.	Sunstein: doorslaggevende redenen-----	40
3.2.7.	Implicaties en mogelijke bezwaren -----	41
3.2.8.	Tussenconclusie -----	42
3.3.	Brede motiveringen en exceptieve toetsing-----	42
3.3.1.	Algemeen-----	42
3.3.2.	Twee toetsingskaders -----	43
3.3.3.	Wanneer exceptief toetsen?-----	45
3.3.4.	Tussenconclusie -----	47
3.4.	Tussenconclusie -----	47
4.	<i>Aanbevelingen</i> -----	48
4.1.	Algemeen-----	48
4.2.	Probleemanalyse-----	48
4.2.1.	Zuivere onnodig recentraliserende rechtsvorming: rechters-----	49
4.2.2.	Onzuiver: literatuur & Praktijk -----	50
4.3.	Aanbevelingen voor rechters -----	50

4.3.1. Wijzigingen in beoordeling van geschillen -----	50
4.3.1.1. Algemeen: terughoudendheid -----	50
4.3.1.2. Test -----	52
4.3.1.3. Motivering -----	53
4.3.2. Wijzigingen in procesrecht -----	54
4.3.2.1. Belanghebbendheid -----	54
4.3.2.2. Exceptieve toetsing -----	54
4.4. Aanbevelingen voor de wetgever en procespartijen -----	55
4.4.1. Terugtrekkende wetgever -----	55
4.4.2. Amicus curiae -----	56
4.5. Andere actoren -----	56
4.5.1. Literatuur -----	56
4.5.2. Praktijk -----	57
4.5.3. Gemeenten & VNG -----	57
5. Conclusie -----	58
<i>Literatuurlijst -----</i>	<i>60</i>

1. Inleiding & Onderzoeksvraag

1.1. Algemeen

Op 8 oktober 2018 vernietigde de Centrale Raad van Beroep (“**de Raad**”) een besluit van het college van Steenberg en tot toekenning van hulp in het huishouden, omdat het college de hoeveelheid zorg waarop appellant recht had niet in uren had omschreven.¹ De gevolgen waren verstrekkend: tientallen gemeenten die tevens hadden gekozen voor een financieringswijze zonder concreet aantal uren moesten talloze besluiten op stel en sprong aanpassen.² Dit betekende lang niet altijd een verbetering; in sommige gemeenten had deze wijze van financiering tot geen enkele klacht geleid.³ Deze gemeenten hadden geen enkele mogelijkheid de Raad te overtuigen van de voordelen en wettigheid van hun financieringswijze en de Raad had op zijn beurt geen enkele mogelijkheid te onderzoeken hoe dit beleid in die gemeenten functioneerde. De gemeenten die geen partij waren konden alleen in een latere rechtszaak over een door hun genomen besluit hun argument naar voren brengen.

Dit “resultaatgericht indiceren” staat niet alleen. Steeds meer beleidsterreinen worden in Nederland gedecentraliseerd. Het beleid van mede-overheden⁴ op deze terreinen wordt, zoals bijna al het beleid in Nederland, door de rechter getoetst.⁵ Deze toetsing is echter bijzonder: de uitkomst van de toetsing van handelen van de ene mede-overheid kan gevolgen hebben voor de andere mede-overheid. Wordt immers een rechtsvraag beantwoord in één gemeente - bijvoorbeeld de vraag of bepaald beleid door de beugel kan - dan geldt deze conclusie in beginsel ook voor andere gemeenten. Zij mogen dit beleid dan niet langer uitvoeren.

Dit bijzondere karakter hoeft geen probleem te zijn. Als de hoogste rechter beoogt een bepaalde algemene rechtsregel te creëren (zoals de regel dat bepaald beleid inherent strijdig is met het recht), is het goed dat hij met één uitspraak deze rechtsregel ook voor andere gemeenten kan laten gelden. Het bijzondere karakter kan in andere gevallen wel problematisch zijn. Dit is het

¹ CRvB 8 oktober 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:3241, USZ 2018/354, m.nt. Vermaat en Lunenburg.

² Zie G. Boogaard ‘Resultaatgerichte indicaties vragen om een resultaatgerichte bescherming.’ *NJB* 2019/530.

³ VNG, ‘Binnenkort meer over uitspraken 'resultaatgericht indiceren’’, <https://vng.nl/nieuws/binnenkort-meer-over-uitspraken-resultaatgericht-indiceren>.

⁴ De thematiek van deze scriptie betreft in beginsel elke mede-overheid. Omdat de voorbeelden echter primair gemeenten betreffen, is omwille van de leesbaarheid met name die term gebruikt. Over het algemeen kan voor “gemeente” in deze scriptie dus ook een andere mede-overheid worden gebruikt.

⁵ De bestuursrechter toetst vanzelfsprekend alleen besluiten, maar het beleid krijgt door die besluiten vorm. Daarnaast wordt over de band van die besluiten beleid getoetst, zie §3.3.

geval wanneer de rechter een te brede conclusie trekt en bepaald beleid in zijn algemeenheid als onrechtmatig bestempelt op grond van de specifieke omstandigheden in één gemeente, terwijl die conclusie niet voor andere gemeenten geldt, bijvoorbeeld omdat andere gemeenten dat beleid op een manier uitvoeren die wel door de wettelijke beugel kan. In dat geval is sprake van onnodig recentraliserende rechtsvorming door de rechter.

Deze scriptie betreft die onnodig recentraliserende rechterlijke rechtsvorming, een fenomeen dat in de literatuur nog niet conceptueel beschreven is.⁶ Vanwege het gebrek aan literatuur wordt het begrip eerst uitgebreid geïntroduceerd en geconceptualiseerd. Daarna wordt vanuit verschillende hoeken beargumenteerd dat rechterlijke recentraliserende rechtsvorming een probleem vormt. Tot slot wordt een aantal mogelijke oplossingen geformuleerd om deze vorm van recentralisering tegen te gaan.

1.2. Vraagstelling

De hoofdvraag van deze scriptie luidt: moet onnodig recentraliserende rechterlijke rechtsvorming worden voorkomen en indien ja, op wat voor manier is dit mogelijk?

Om deze hoofdvraag te beantwoorden, moeten de volgende deelvragen worden beantwoord:

- Wat is onnodig recentraliserende rechterlijke rechtsvorming en komt het voor?
 - Wat is rechterlijke rechtsvorming?
 - Wanneer is rechterlijke rechtsvorming onnodig recentraliserend?
- Indien het voorkomt, dient onnodig recentraliserende rechterlijke rechtsvorming op juridische gronden te worden voorkomen?
- Indien het voorkomen van onnodig recentraliserende rechterlijke rechtsvorming wenselijk is, op wat voor manieren is dat mogelijk?
 - Op wat voor manier kunnen rechters onnodig recentraliserende rechtsvorming voorkomen?
 - Op wat voor manier kunnen andere partijen onnodig recentraliserende rechtsvorming voorkomen?

⁶ Boogaard 2019 introduceert het onderwerp, maar slechts ten aanzien van het specifieke geval van resultaatgericht indiceren.

1.3. Opbouw

De opbouw bestaat uit drie hoofdstukken, die elk een deelvraag behandelen. Eerst wordt onnodig recentraliserende rechterlijke rechtsvorming geïntroduceerd en geconceptualiseerd en wordt een aantal gevallen besproken (hoofdstuk 2). Hoofdstuk 3 bespreekt de onwenselijkheid aan de hand van precedentwerking en exceptieve toetsing. In hoofdstuk 4 worden aanbevelingen aan de verschillende betrokken partijen gedaan, om in hoofdstuk 5 te concluderen.

1.4. Context & aannname: decentralisatie

Voordat de deelvragen kunnen worden beantwoord, sta ik eerst kort expliciet stil bij decentralisatie. In het bijzonder is van belang dat decentralisatie betekent dat gemeenten stukken beleid – binnen grenzen – zelf mogen vormgeven en er dus ook gerechtvaardigde verschillen tussen gemeenten mogen bestaan.⁷ Dit belang is tweeledig: allereerst vormt onnodig recentraliserende rechterlijke rechtsvorming een ongerechtvaardigde bedreiging voor die gemeentelijke ruimte, daarnaast vormt zij een belangrijke aannname onder een aantal argumenten in deze scriptie.

Onnodig recentraliserende rechterlijke rechtsvorming speelt met name in het sociaal domein.⁸ In dit sociaal domein heeft in 2015 een grote decentralisatie plaatsgevonden.⁹ Deze hield onder meer in dat gemeenten primair verantwoordelijk werden voor uitkeringen en hulpvoorzieningen voor inwoners. Hierbij ging het niet puur om uitvoeringstaken, gemeenten mochten ook hun eigen beleid gaan vormgeven. Het is logisch dat deze ruimte leidt tot verschillen per gemeente: wanneer elke gemeente zijn eigen beleid mag vormgeven, ligt het niet in de rede dat elke gemeente dat op dezelfde manier doet. Differentiatie was dan ook het uitgangspunt van het

⁷ J.B.J.M. ten Berge, *Rechter en decentralisatie* (oratie UU), W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1987, p. 7-8 geeft bijvoorbeeld de volgende definitie: “het overlaten of het toekennen (c.q. de toestand waarbij die verwezenlijkt is) van de bevoegdheid tot regeling en bestuur aan lagere publiekrechtelijke lichamen of organen, waarbij deze in de mogelijkheid worden gesteld een eigen beleid te voeren”. Ten Berge baseert zich op het hier aangehaalde *Onderzoek naar de bestuurlijke organisatie, deel 2*, Eindrapport van het Instituut voor bestuurswetenschappen, Staatsuitgeverij: den Haag 1975.

⁸ Zie met name de voorbeelden in §2.3.

⁹ <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/gemeenten/decentralisatie-van-overheidstaken-naar-gemeenten>.

kabinet. Elke gemeente zou de ruimte krijgen te kijken waaraan behoefte bestond en het beleid daarop af te stemmen.¹⁰ Dit zou onder meer leiden tot een beter tegemoetkomen aan de individuele behoeften van ingezetenen, maar ook daadwerkelijk leiden tot een politiek debat.¹¹

Vijf jaar later lijkt de algemene conclusie dat de mate waarin differentiatie tussen gemeenten bestaat tegenvalt.¹² Naast gemeenten zelf,¹³ wordt de landelijke politiek aangewezen als belangrijke, veelbeschreven oorzaak. Deze grijpt te snel terug naar algemene regels op basis van individuele, schrijnende casus en bemoeit zich ook verder te veel met wat de decentrale overheden zelf zouden moeten bepalen.¹⁴ Deze scriptie biedt een andere, minstens zo belangrijke, maar tot dusver volledig onderbelicht gebleven verklaring; de (oneigenlijke) beperking van decentrale ruimte door rechters.¹⁵ Daarmee is het belang van deze scriptie gegeven: voor inzicht in de vraag in de vraag waarom de beoogde differentiatie nog niet is bereikt, is immers ook inzicht in juist deze factor nodig.

Deze context is ook van belang omdat hij een belangrijke aanname onder deze scriptie vormt. Ruimte voor verschillen tussen gemeenten is dus duidelijk het doel van decentralisatie. Een belangrijke manier om deze ruimte te gebruiken, is gemeentelijke regelgeving.¹⁶ Decentralisatie betekent dus ook verschillende regelgeving in verschillende gemeenten. Gemeentelijke regelgeving is recht, op dezelfde manier als bijvoorbeeld wetten in formele zin dat zijn. Op twee ingezetenen van twee verschillende gemeenten zijn dus gedeeltelijk andere rechtsregels van toepassing.

¹⁰ Afdeling Advisering van de Raad van State, *En nu verder! Vierde periodieke beschouwing over interbestuurlijke verhoudingen na de decentralisaties in het sociale en fysieke domein*. Den Haag 2016, met name p. 14, 18 en 21; zie ook <https://www.volkskrant.nl/nieuws-achtergrond/kabinet-gaat-door-met-decentralisatie-ondanks-forsekritiek-gemeenten~b861bebd/>.

¹¹ G. Boogaard, 'Het grondrecht op afwijken', *Binnenlands Bestuur* 9 maart 2018 citeert toenmalig minister Plasterk op het congres van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten.

¹² Idem; Afdeling Advisering 2016;

¹³ Boogaard 2018.

¹⁴ Idem; R. in 't Veld (al vooraf), 'Decentralisatie Revisited', *Beleid en Maatschappij* 2014/1, p. 53-57; R. Veltman, *De rol van de minister van BZK bij decentralisatie* (masterscriptie Universiteit Leiden). Leiden 2019.

¹⁵ Ten Berge 1987 lijkt een uitzondering. Hij focust echter nagenoeg volledig op interbestuurlijk toezicht, een onderwerp dat ondertussen bijna niet meer relevant is. Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, 16e dr., Deventer 2014, p. 536.

¹⁶ Zo zijn gemeenten op grond van de Wmo 2015 en Participatiewet verplicht verschillende verordeningen vast te stellen.

1.5. Achtergrond: rechtsopvattingen

Voor een goed begrip van de scriptie is nog een verduidelijking vereist. Onnodig recentraliserende rechterlijke rechtsvorming is een feitelijk gegeven: gemeenten hebben daadwerkelijk hun beleid aangepast op grond van de motivering dat resultaatgericht indiceren niet is toegestaan. De regel dat resultaatgericht indiceren niet langer nodig is, is in die zin recht. Tegelijkertijd verdedig ik de positie dat er juridische bezwaren tegen onnodig recentraliserende rechterlijke rechtsvorming bestaan en zelfs dat een onnodig recentraliserende uitspraak voor andere gemeenten niet bindend is.¹⁷ Ik stel me dus op het standpunt dat brede motiveringen als “resultaatgericht indiceren is niet toegestaan” geen recht zijn.

Deze spanning los ik op door twee verschillende vormen van rechtsvorming te onderscheiden, beide corresponderend met een eigen opvatting van het recht. De eerste opvatting van het recht is als een abstract systeem van normen, regels die moeten worden nagevolgd. Wetten, andere regels en rechterlijke uitspraken vormen samen een web voorschriften.¹⁸ Hoe mensen zich tot die voorschriften verhouden is niet van belang: recht is het systeem.¹⁹ Recht in deze opvatting kan worden vergeleken met wiskunde. Ook dit is een eigen, abstract systeem dat bestaat onafhankelijk van de omgang van mensen met dat systeem. Wordt een regel fout aangeleerd, dan is die regel daarmee niet waar. Ik noem deze opvatting de “abstracte” opvatting.

In de tweede opvatting is recht een sociaal systeem.²⁰ Niet de abstracte normen staan centraal, maar het gedrag van mensen al dan niet op grond van die normen. Recht bestaat dan uit een rechterlijke uitspraak, maar ook uit de wijze waarop ambtenaars en juridisch adviseurs de wet uitleggen. Recht is uiteindelijk een feitelijke aangelegenheid. Ik noem deze opvatting de “feitelijke” rechtsopvatting.

Het vormen van recht gebeurt in de tweede opvatting op een andere manier dan in de eerste. In de abstracte opvatting kunnen alleen bevoegde organen recht vormen, en slechts in de mate waarin zij daartoe bevoegd zijn. Een rechter kan dus een nieuwe rechtsverhouding tussen

¹⁷ Hoofdstuk 3 staat in het teken van deze argumenten.

¹⁸ Een duidelijke articulatie van deze opvatting is te vinden in H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press: Cambridge 1945.

¹⁹ Kelsen maakt één uitzondering op deze regel. Wil een systeem geldig zijn, dan moet het breed als geldig geaccepteerd worden. Dat is uiteraard een feitelijke aangelegenheid. Wordt een systeem eenmaal als feitelijk geaccepteerd, dan bepaalt alleen nog het systeem of een norm geldig is.

²⁰ Onder deze opvatting vallen bijvoorbeeld ook beschrijvingen van het recht als “sociaal feit. Vgl. E. Durkheim, *The Rules of the Sociological Method*, (bew. Steven Lukes; vert. W.D. Halls). New York: Free Press, 1982, p. 50-59 en J. R. Searle, *The Construction of Social Reality*, New York: Simon & Schuster 1995, p. 1-57.

partijen creëren, maar wanneer zijn oordeel niet breder bindt (geen precedentwerking heeft), ook niet meer dan dat doen. Partijen die geen officiële bevoegdheid hebben recht te vormen, zoals academici of schrijvers van artikelen, kunnen ook geen recht vormen. Dit ligt anders in de tweede rechtsopvatting. Het handelen van mensen, en daarmee de sociale praktijk, kan immers door van alles worden beïnvloed. Wanneer veel mensen bijvoorbeeld een bepaalde uitleg van het recht volgen, doet het er niet toe of die uitleg door een bevoegd orgaan is gegeven of de juiste is, maar maakt de navolging van die uitleg hem tot recht.

Er bestaat een tweede relevant verschil tussen beide opvattingen. In de zuivere opvatting kan geen recht bestaan dat binnen het systeem onjuist is.²¹ Als besproken is recht een systeem van normen, oftewel regels die moeten worden nagevolgd. Is een regel bijvoorbeeld strijdig met hoger recht, dan hoeft die regel niet te worden nagevolgd. Daarmee is het dus geen norm en geen onderdeel van het systeem. Onder de feitelijke opvatting kan “onjuist” recht wel recht zijn: wordt een regel breed nagevolgd, dan is die regel in de feitelijke opvatting recht, ook als die regel strijdig is met hoger recht.

Het staat vast dat onnodig recentraliserende rechterlijke rechtsvorming recht in de zin van de feitelijke opvatting is. Gemeenten passen op basis van de uitspraken (zoals die van de Raad over resultaatgericht indiceren) immers hun beleid aan. Daarmee is niet gegeven dat onnodig recentraliserende rechterlijke rechtsvorming ook recht in de abstracte opvatting, “juist” recht is. In deze scriptie onderzoek ik precies die vraag: is het feitelijke verschijnsel van brede oordelen die gemeenten nopen hun gedrag aan te passen rechtens juist, oftewel conform de andere juridische normen.

²¹ Dat betekent dus niet dat het niet moreel onjuist kan zijn. Slechts wordt bedoeld dat een norm geldig is of niet, en een niet-geldige norm op geen enkele manier onderdeel uitmaakt van het systeem.

2. Het begrip “onnodig recentraliserende rechterlijke rechtsvorming”

2.1. Algemeen

In dit hoofdstuk wordt de eerste deelvraag beantwoord door het begrip “onnodig recentraliserende rechterlijke rechtsvorming” in te leiden. Dit gebeurt allereerst door het begrip te conceptualiseren (§2.2) en vervolgens door voorbeelden te geven (§2.3).

2.2. Conceptualisering

2.2.1. Algemeen

Deze paragraaf staat in het teken van het conceptualiseren van het thema van deze scriptie. Omwille van de eenvoud en duidelijkheid gebeurt dat aan de hand van fictieve casus; “echte” voorbeelden zijn in de voetnoten en de volgende paragraaf opgenomen. Eerst wordt ingegaan op rechterlijke rechtsvorming (§2.2.2.3), vervolgens op de vraag wanneer rechtsvorming recentraliserend is (§2.2.2.4) en tot slot op de vraag wanneer deze recentraliserende werking onnodig is (§2.2.2.5). In §2.2.2.6 wordt geconcludeerd. Het gaat hier om het conceptualiseren van rechtsvorming als een feitelijk fenomeen (in de tweede opvatting van recht dus). Of dit fenomeen in de eerste opvatting gerechtvaardigd is, komt in de latere hoofdstukken aan bod.

2.2.2. Rechterlijke Rechtsvorming

2.2.2.1. Algemeen

Op de rechtenfaculteit geldt de regel dat studenten tijdens colleges niet hun telefoon mogen gebruiken. Een student die voor telefoongebruik een sanctie krijgt van een docent stelt dat hij zijn telefoon gebruikte om jurisprudentie op te zoeken. De decaan accepteert dit verweer en bepaalt dat geen straf wordt opgelegd. Vanaf dan gebruiken meerdere studenten hun telefoon om jurisprudentie tijdens het college op te zoeken. Ook tegen hen opgelegde sancties worden door de decaan teruggedraaid. De docenten houden daarom op met sancties opleggen voor dit

*specifieke telefoongebruik. Op de regel “geen telefoongebruik tijdens college” bestaat de uitzondering dat gebruik om jurisprudentie op te zoeken wel is toegestaan.*²²

Als besproken brengen de abstracte en de feitelijke opvatting van recht verschillende benaderingen van rechtsvorming met zich mee. De vraag of de rechter in de abstracte opvatting recht vormt (of zijn uitspraken binden voor anderen dan partijen), is voer voor veel discussie en wordt uitgebreid besproken in paragraaf 3.2. Voor nu volstaat het op te merken dat de rechter in de feitelijk opvatting recht vormt: doet hij een uitspraak met een brede motivering, dan wordt deze breed nageleefd.²³

Dit roept de vraag op wat die rechtsvorming dan precies inhoudt. Recht bestaat uit rechtsregels. Een rechtsregel bestaat uit een aantal feitelijke voorwaarden en een gevolg dat intreedt als aan die voorwaarden is voldaan.²⁴ Is bijvoorbeeld voldaan aan de voorwaarde dat een student zijn telefoon gebruikte om jurisprudentie op te zoeken, dan treedt het gevolg in dat geen sanctie wordt opgelegd. Deze rechtsregels worden gecreëerd door regelgevers, maar kunnen ook

²² In het voorbeeld vervult de docent de rol van (decentraal) bestuursorgaan en de decaan die van rechter. Omwille van de overzichtelijkheid is er geen mogelijkheid van hoger beroep.

²³ Zie bijvoorbeeld F.T. Groenewegen, *Wetsinterpretatie en rechtsvorming* (diss. UvA), Den Haag: Bju 2006, i.h.b. p. 219 en p. 35-36; K. Teuben, *Rechtshandelingen in het burgerlijk (proces)recht* (diss. Leiden), Kluwer: Deventer 2004, p. 268-271, p. 291; A. Hammerstein, ‘Rechtsvorming door de Hoge Raad is onvermijdelijk’, *AA* 2009, p. 672; J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten. Over effectieve rechtsbescherming, rechterlijk absteren en de dialoog tussen rechter en wetgever* (diss. Leiden), Kluwer: Deventer 2013, p. 152/153, onderschreven door en aangehaald in J.E.M. Polak, ‘Rechtsvorming bij en de dialoog met de bestuursrechter’, *NJB* 2014/4; M. Jacob, *Precedents and Case-Based Reasoning in the European Court of Justice*, Cambridge University Press: Cambridge 2014; J.B.M. Vranken, *Algemeen deel***, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 120 (nr. 184); Kelsen 1945; A.S.K. Martens, ‘Motivering van uitspraken van de cassatierechter’, in: J.L.W. Sillevius Smitt e.a. (red.), *Gemotiveerd gehuldigd. Opstellen aangeboden aan mr. C.D. van Boeschoten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 133-153. Een mooi overzicht wordt gegeven in E.M.H. Hirsch Ballin, R. Ortlep & A. Tollenaar, *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter (VAR-adviezen)*, Bju: Den Haag 2015; J.C.A. de Poorter en H.J.Th.M. van Roosmalen, *Motivering bij rechtsvorming. Over de motivering van uitspraken met een rechtsvormend element door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State*, Den Haag: Raad van State 2009 Anders C.A.J.M. Kortmann, ‘De rechtsvormende taak van de Hoge Raad’, in: Keukens & van den Nieuwenhuijzen 2008, p. 31-37, aangehaald in het hierna genoemde vervolg; hij geeft echter zelf ook al aan een buitengewoon beperkte definitie van rechtsvorming te hanteren, C.A.J.M. Kortmann, ‘De rechtsvormende taak van de rechter. Reactie op ‘Rechtsvorming door de rechter is onvermijdelijk’ van A. Hammerstein en ‘Een “rechtsvormende taak” van de rechter? Een kritische noot’ van C. Schutte’, *AA* 2009, p. 765-766; Artikel 81 lid 1 Wet op de Rechterlijke Organisatie: “Indien de Hoge Raad oordeelt dat een aangevoerde klacht niet tot cassatie kan leiden en niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling, kan hij zich bij de vermelding van de gronden van zijn beslissing beperken tot dit oordeel.”; zie uitgebreid E.M.H. Hirsch Ballin, ‘Onafhankelijke Rechtsvorming. Staatsrechtelijke aantekeningen over de plaats en functie van de Hoge Raad in de Nederlandse rechtsorde’, in: *De Hoge Raad der Nederlanden. De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988 en J.B.M. Vranken, ‘Toeval of beleid. Over rechtsvorming door de hoogste rechters’, *NJB* 2000/1, p. 1-5; *Kamerstukken II*, 29279/577.

²⁴ Vgl. het normbegrip van Kelsen: Kelsen 1945, p. 30-49.

ontstaan in jurisprudentie. Wordt een rechterlijke uitspraak zo opgevat dat een bepaald feitencomplex tot een bepaald gevolg leidt, dan vormt hij recht.²⁵

Deze formulering betekent wel dat een rechter bijna altijd recht vormt. De rechter buigt zich zelden over twee volstrekt identieke casus. In elke uitspraak die hij doet bepaalt hij dus voor het eerst dat bepaalde omstandigheden tot een bepaald gevolg leiden. In de volgende alinea wordt onderzocht aan de hand waarvan onderscheid kan worden gemaakt tussen meer en minder rechtsvormende uitspraken.

2.2.2.2. Meer of minder rechtsvormend?

In lang niet elk geval waarover de decaan oordeelt speelt de uitzondering een rol. Een aantal studenten speelt een spelletje op hun telefoon of wisselt berichten uit. Als deze zich na een sanctie al tot de decaan wenden, wordt de sanctie gewoon in stand gelaten. Ook een student die zich verweert door te zeggen dat hij masterstudent in plaats van bachelorstudent is en daarom beter vertrouwd kan worden, vangt bot.

*Op een dag wordt weer een student betrapt. De student verweert zich door te zeggen dat hij slechts jurisprudentie opzoekt, maar de docent achterhaalt dat het ging om gemakkelijke, maar voor het vak totaal niet relevante jurisprudentie. Ditmaal laat de decaan de opgelegde sanctie in stand. Vanaf dat moment bestaat een uitzondering op de uitzondering: telefoongebruik is verboden, behalve als **relevante** jurisprudentie wordt opgezocht.*

De differentiatie in de mate van rechtsvormendheid van verschillende uitspraken kan plaatsvinden aan de hand van drie factoren: de mate waarin een uitspraak bij een eerdere regel aansluit, de mate waarin de uitspraak breder toepasbaar is en de vraag of een hogere of lagere rechter de uitspraak doet.²⁶

²⁵ Vgl. R.J.B. Schutgens, '100 jaar Lindenbaum/Cohen', *RMThemis* 2019, p. 1-2.

²⁶ Een vierde factor is wat mij betreft de verstrekkendheid van het gevolg dat intreedt als aan de voorwaarden is voldaan. Een uitspraak met een regel die leidt tot een verstrekkend gevolg is rechtsvormender dan een regel die leidt tot een minder verstrekkend gevolg. Deze factor is echter niet van belang voor deze scriptie, aangezien in het bestuursrecht (behoudens enkele uitzonderingen) vernietiging van het besluit het enige mogelijke gevolg is.

De eerste factor betreft de mate waarin een in een uitspraak geformuleerde regel bij een eerdere regel aansluit.²⁷ In het eerste voorbeeld gaat het om feiten die duidelijk vallen onder de voorwaarden die de faculteit in de regel “telefoongebruik leidt tot een sanctie” heeft gesteld en ten aanzien waarvan voor zeer vergelijkbare feiten al eerder een sanctie is opgelegd. De decaan verbindt aan deze feiten hetzelfde gevolg als de facultaire regel en eerdere uitspraken. In het tweede geval gaat het om feiten (het opzoeken van jurisprudentie) die eerder tot een bepaald gevolg (geen sanctie) hebben geleid, maar nu leiden deze feiten tot een ander gevolg (wel een sanctie). De uitspraak sluit daarmee minder aan en is dus meer rechtsvormend.²⁸

De tweede factor betreft de algemene toepasbaarheid van een regel. De uitspraak waarin voor het eerst de uitzondering betreffende relevante jurisprudentie werd gecreëerd, is op relatief veel gevallen van toepassing. De tweede, waarin werd bepaald dat deze uitzondering in een aantal specifieke gevallen niet opgaat, betreft minder gevallen. Daarmee is de eerste uitspraak rechtsvormender dan de tweede. Meer specifiek gaat het om het aantal mogelijke gevallen die onder een voorwaarde kunnen vallen. Kunnen de voorwaarden uit een regel door zeer veel feitencomplexen worden vervuld (“een student zoekt jurisprudentie op”), dan is de uitspraak rechtsvormender dan wanneer slechts een bepaald aantal feitencomplexen onder de voorwaarde kan worden geschaard (“een masterstudent zoekt jurisprudentie op”).

De derde factor is eenvoudig: een uitspraak van een hogere rechter is rechtsvormender dan die van een lagere. Door hogere rechters geformuleerde regels worden in de regel immers nagevolgd door lagere rechters, terwijl lagere rechters wat minder genegen zijn zich iets van elkaars keuzes aan te trekken.²⁹

²⁷ Onderschreven door Schutgens 2019.

²⁸ Vgl. ook J.B.M. Vranken, ‘Keuzevrijheid en verantwoordingsplicht van de rechter in civiele zaken’, in: L.W. Sillevius Smitt e.a. (red.), *Gemotiveerd gehuldigd. Opstellen aangeboden aan mr. C.D. van Boeschoten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, p. 229-243.

²⁹ Teuben 2004, p. 267.

2.2.2.3. Complicatie: wat is bepaald?

2.2.2.3.1. Welke feiten waren doorslaggevend?

Na afloop van zijn termijn zwaait de decaan af. Een docent ziet zijn kans schoon en bestraft vrij snel een student voor telefoongebruik. De nieuwe decaan komt tot het volgende oordeel:

“De student heeft zich onbeleefd opgesteld tegenover de docent, was tien minuten te laat, had zijn opdrachten niet voorbereid en het is onduidelijk of alle door hem opgezochte jurisprudentie relevant was. Een sanctie is daarom op zijn plaats.”

In de in de vorige paragrafen gegeven voorbeelden was het steeds duidelijk welke regel gecreëerd werd. Dit is lang niet altijd het geval. De hierboven gegeven beslissing kan op heel veel manieren worden geïnterpreteerd. Om enkele voorbeelden te noemen: stapt de decaan af van de uitzondering voor relevante jurisprudentie? Moet de student voortaan aantonen dat de jurisprudentie relevant was? Is het opzoeken van jurisprudentie niet toegestaan als het wordt gecombineerd met ander wangedrag? En indien ja, moet dan van alle aspecten van wangedrag sprake zijn, of is één aspect afdoende? Vaak moet de regel uit de uitspraak worden afgeleid.³⁰

Een juridische uitspraak volgt altijd de vorm van een syllogisme.³¹ Eerst wordt een regel gegeven met de vorm “als aan bepaalde voorwaarden is voldaan, volgt een bepaald gevolg”, vervolgens wordt gesteld (en als het goed is gemotiveerd) waarom wel of niet aan die voorwaarden is voldaan. In gevallen als deze is het echter niet direct duidelijk hoe de regel precies luidt en wanneer een bepaald gevolg wel of niet intreedt.

Soms maken latere verwijzingen naar een uitspraak duidelijk welke regel is gehanteerd.³² Daarnaast is in deze gevallen een grote rol weggelegd voor de bespreking van uitspraken. Stelt een annotator of andere auteur dat een bepaalde regel is geformuleerd, dan is het waarschijnlijk dat die conclusie in de praktijk wordt gedeeld en gebruikt, ook als de conclusie niet strikt uit de uitspraak blijkt.

Ook persberichten spelen een bijzondere rol. Dit zijn geen officiële uitspraken, maar omdat ze worden uitgegeven door de instantie die de uitspraken ook doet, wordt er in de praktijk wel

³⁰ Zie ook Kelsen 1945, p. 149; Hirsch Ballin 1988.

³¹ J.H. Nieuwenhuis, ‘Legitimatatie en heuristiek van het rechterlijk oordeel’, *RM Themis* 1976.

³² Een voorbeeld is de al besproken casus van het resultaatgericht indiceren, waarin het latere proces-verbaal de omvang van de rechtsvormende strekking van de eerste uitspraak duidelijk maakte.

waarde aan toegekend. Dit belang wordt groter doordat in persberichten vaak wordt gesteld dat de rechter een algemene regel heeft geformuleerd.³³

Door literatuur en persberichten kan dus het beeld ontstaan dat een rechter een bepaalde keuze heeft gemaakt, ook als andere interpretaties op basis van de uitspraak mogelijk zijn. Kopt het universiteitsblad op basis van de beslissing van de decaan dat telefoons niet langer mogen worden gebruikt om jurisprudentie op te zoeken, dan ligt het voor de hand dat docenten weer sancties opleggen en ook studenten hun gedrag aanpassen. Hoewel dit fenomeen afwijkt van klassieke rechtsvorming – waarin in een uitspraak, een meer algemeen geaccepteerde rechtsbron, een keuze is gemaakt – verdient het ook aandacht. Gesproken kan wat mij betreft worden van “onzuivere rechtsvorming”.³⁴

2.2.2.3.2. Onuitgesproken redenen

Tijdens een (openbare) vergadering beklagen hoogleraren zich over de decaan. Hij bemoeit zich te veel met hun wijze van onderwijs geven en ondermijnt hun autoriteit. De decaan belooft beterschap, maar geeft tegelijkertijd aan een onafhankelijke controle op de hoogleraren te willen blijven en het sanctiebeleid eerlijk te willen houden. Een week later legt de meest kritische en prominente hoogleraar een student een sanctie op wegens telefoongebruik. De student verweert zich door te zeggen dat het gaat om het opzoeken van jurisprudentie, maar de decaan zegt simpelweg dat hij in de concrete omstandigheden geen aanleiding ziet de sanctie te vernietigen.

Rechterlijke colleges zijn onderdeel van de samenleving en verhouden zich tot die samenleving. Dit kan ervoor zorgen dat gronden die strikt genomen niet juridisch zijn toch van belang zijn voor de uiteindelijke keuze. Het gaat hierbij vaak om rechtspolitieke gronden. Deze gronden worden in de uitspraak echter niet genoemd.^{35/36} Deze onzichtbaarheid vormt een probleem

³³ Persberichten worden immers alleen uitgebracht bij belangrijke, spraakmakende zaken. Dit zullen vaker zaken zijn waarin een algemene regel wordt geformuleerd.

³⁴ Zie ook C. R. Sunstein, *One case at a time. Judicial minimalism on the Supreme Court*, Massachusetts: Harvard University Press 1999, p. 22.

³⁵ Een goed voorbeeld is rechterlijke vrees voor autoriteitsverlies. Zie G. Boogaard, *Het wetgevingsbevel: over constitutionele verhoudingen en manieren om een wetgever tot regelgeving aan te zetten*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2013.

³⁶ Sunstein 1999, p. 28.

voor mensen die toekomstige oordelen van de rechter willen voorspellen. Het blijft immers onduidelijk onder welke omstandigheden de rechter tot een bepaalde uitkomst komt of er juist vanaf ziet. In dit voorbeeld is bijvoorbeeld onduidelijk of de decaan hoogleraren inderdaad meer ruimte wil toekennen, of dat het gaat om een wat slordig gemotiveerde uitspraak maar er wezenlijk niets verandert. In dergelijke gevallen is de precieze reikwijdte en toepasbaarheid van een oordeel nog veel moeilijker te bepalen.

2.2.2.4. Tussenconclusie

Rechters vormen dus per definitie recht. Dat doen zij echter niet altijd in dezelfde mate: is een uitspraak breder toepasbaar, of sluit zij minder aan bij een bestaande uitspraak, dan is zij meer rechtsvormend. Soms is niet geheel duidelijk hoe een rechter precies tot een oordeel is gekomen. De mate van waarin een uitspraak rechtsvormende werking heeft, wordt dan medebepaald door de literatuur en persberichten.

2.2.3. *Recentraliserende rechterlijke rechtsvorming*

Nadat onduidelijkheid over de precieze reikwijdte van de uitzondering tot gemor heeft geleid, voelt de decaan zich geroepen de term “relevante jurisprudentie” verder in te kleuren. Hij stelt dat jurisprudentie alleen relevant is (en dus met de telefoon opgezocht mag worden), als de docent die jurisprudentie in de betreffende werkgroep bespreekt. De vaardighedendocenten van de faculteit zijn het hiermee oneens: studenten moeten in hun werkgroepen vaak jurisprudentie opzoeken die door de docent zelf niet is besproken, maar zouden onder de nieuwe regel hiervoor strikt genomen wel gestraft moeten worden.

Nu is vastgesteld wat rechterlijke rechtsvorming is, kan worden gekeken hoe het zich verhoudt tot decentralisatie. Decentralisatie is het toekennen van beleidsruimte aan gemeenten.³⁷ Wanneer een rechterlijke uitspraak ertoe leidt dat gemeenten minder beleidsruimte hebben, is

³⁷ Zie §1.4.

een deel van die decentralisatie ongedaan gemaakt. Rechtsvorming werkt dan recentraliserend. In dit voorbeeld hebben docenten minder “beleidsruimte” te bepalen wanneer wel en geen smartphone mag worden gebruikt.

2.2.4. *Onnodig recentraliserende rechterlijke rechtsvorming*

2.2.4.1. Algemeen

Rechterlijke rechtsvorming kan dus recentraliserend zijn. Onder bepaalde omstandigheden is dit geen probleem: niemand zal er moeite mee hebben als de rechter duidelijk maakt dat in geen enkele gemeente mag worden gemarteld, ook als dat bijvoorbeeld niet uit de wet blijkt.³⁸ Onder andere omstandigheden is het dat wel. In het bovenstaande geval lijkt er bijvoorbeeld weinig reden te zijn de vakdocenten niet zelf te laten bepalen welk telefoongebruik zij wel en niet willen toestaan. In deze paragraaf ontwikkel ik criteria voor beantwoording van de vraag of de recentraliserende werking van een uitspraak in een bepaald geval wel of niet wenselijk is. Van tevoren is een verduidelijking op zijn plaats: de vraag of een uitspraak onnodig recentraliseert heeft niets te maken met het dictum van die uitspraak. In elk van de te bespreken voorbeelden valt er weinig op af te dingen dat het getoetste besluit vernietigd werd. Het verschil zit in de motivering van die uitkomst. Deze kan worden opgebouwd aan de hand van specifieke feiten in een bepaald geval of meer algemene regels bevatten.³⁹

Concreet wordt de volgende positie verdedigd: een rechterlijke uitspraak moet in zijn motivering zoveel mogelijk afzien van formuleren van regels die een bredere gelding hebben dan het specifieke onderliggende geschil, tenzij het gaat (i) om het formuleren van een regel waarvan het doorbreken ook zonder die regel strijd met hoger recht oplevert of (ii) situaties waarin een politiek en normatief karakter ontbreekt en het belang dat een situatie eenduidig wordt geregeld groter is dan de vraag hoe het geregeld wordt. In andere gevallen is de recentraliserende werking in beginsel onnodig.

³⁸ Een wat reëler voorbeeld is ABRvS 12 mei 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM4174. Daarin werd bepaald dat gemeenten een fiets die buiten een stalling staat maar geen hinder veroorzaakt niet zomaar mogen verwijderen. Dat beperkt gemeentelijke autonomie, maar op een redelijke en niet onnodige manier.

³⁹ Vgl. Sunstein 1999, p. 10.

2.2.4.2. Uitgangspunten

Het uitgangspunt bij elke (bestuursrechtelijke) toetsing is terughoudendheid: de rechter controleert of de door het bestuursorgaan genomen beslissing voldoet aan de eisen van het recht, maar binnen die grenzen mag het bestuursorgaan beslissen.⁴⁰ Dit is niet anders in het geval van decentralisatie: daar komt de gemeente immers beleidsruimte toe. De besproken decentralisatie beoogde juist gemeenten meer beleidsruimte toe te kennen en differentiatie mogelijk te maken.

Rechterlijke terughoudendheid is ook op een andere manier geboden. Maakt een regelgever een regel, dan moet hij de regel kiezen die in het merendeel van de gevallen tot de beste uitkomst leidt. Er zal ongetwijfeld een student zijn die zich juist beter kan concentreren als hij fanatiek *New Star Soccer* zit te spelen, maar de universiteit kan dat onmogelijk accommoderen. Een rechter hoeft geen algemene regels vast te stellen, hij kan zich ook elke keer beperken tot een zo specifiek mogelijke uitkomst.⁴¹ Dit geldt des te meer in het bestuursrecht, waar de rechter de norm van een orgaan dat is aangewezen die te formuleren toetst, in plaats van zelf de rechtsverhouding tussen partijen te bepalen.⁴² Formuleert hij een algemene regel, dan beperkt hij de ruimte die het aangewezen orgaan heeft de juiste norm voor een concreet geval te formuleren. De rechter dient het privilege niet gehouden te zijn tot het stellen van (algemene) normen te gebruiken om te voorkomen dat een algemene regel in een concrete situatie een gevolg voorschrijft dat in het licht van de specifieke omstandigheden onwenselijk is. De rechter zou de deur op zijn minst op een kiertje moeten laten voor de mogelijkheid *New Star Soccer* te spelen.

De beleidsruimte is niet onbegrensd. Bij elk handelen dient het bestuursorgaan binnen de grenzen van het recht te blijven en de rechter dient deze grenzen te bewaken. Deze “buitengrenzen” van gemeentelijke bevoegdheid moeten altijd worden beschermd.

⁴⁰ Zie bijvoorbeeld T. Barkhuysen, R.G. Becker & M.L. Emmerik, ‘Toetsing van overheidshandelen in het Nederlandse publiekrecht’, in: L.F. Wiggers-Rust & S. Lierman (red.) ‘*Naar een eenvormige(r) toetsing*’. nr. 1 Oisterwijk: Wolf 2020, p. 13-32.

⁴¹ Door smalle oordelen te geven, vgl. Sunstein 1999.

⁴² “norm” betekent hier ook en vooral individuele norm. Een individuele norm is een verplichting voor een specifiek individu. De meeste besluiten formuleren een dergelijke individuele norm. Vgl. Kelsen 1945, p. 275-279.

Daarnaast vormen coherentie, efficiëntie en rechtszekerheid een factor.⁴³ Procederen is duur, tijdrovend en kan voor veel lasten zorgen. Daarnaast is het voor de praktijk van belang te weten welke regels gelden en welke beslissing een rechter zal nemen.

2.4.4.3. Verschillende situaties

Op grond van deze uitgangspunten kunnen situaties worden geformuleerd waarin de recentiserende werking van uitspraken geen probleem vormt. Van belang is wel dat het hier gaat om analytische uitgangspunten; in §4.3.3.1 wordt uitgebreid ingegaan op de moeilijkheid deze uitgangspunten te operationaliseren.

2.4.4.3.1. Buitengrenzen

Aangezien deze scriptie bestuursrecht betreft, draait zij om regels die besluiten reguleren. Een regel kan bepalen dat een besluit, zolang het aan een bepaalde voorwaarde voldoet, per definitie vernietigd wordt. (Indiceert een besluit niet in uren, dan wordt het vernietigd.) Soms bestrijkt die regel ook gevallen waarin sprake is van omstandigheden die vernietiging tot een onwenselijke optie maken. (De rechtszekerheid is op een andere manier afdoende gewaarborgd.) De algemene regel leidt dan tot een onnodige vernietiging. Om de formulering van een dergelijke, te algemene regel te voorkomen, is een bijna paradoxale richtlijn noodzakelijk: een algemene regel kan alleen worden geformuleerd, op het moment dat elk door de regel bestreken besluit ook zonder die specifieke regel zou kunnen worden vernietigd. Zoekt een student jurisprudentie op die een goed voorbeeld is, maar heeft de docent deze jurisprudentie niet behandeld, dan zou de student zonder de algemene regel geen sanctie worden opgelegd. Raakte een student afgeleid doordat hij een spelletje zat te spelen, dan is geen situatie

⁴³ Kritisch over rechtszekerheid is onder Schutgens 2019. Pels Rijcken benadrukt juist het belang van rechtszekerheid: L.D. Pels Rijcken, 'Rechtszekerheid, Assepoester van de rechtsvindingstheorieën, in: P. Abas e.a. (red.), *Non sine causa, Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. M.J. Scholten*, Tjeenk Willink, Zwolle 1979, p. 309-318.

denkbaar waarin dat geen reden voor sanctie was. De eerste regel recentraliseert dus wel onnodig, de tweede niet.

2.4.4.3.2. Procesrecht

Er zijn rechtsvragen waarvan het belangrijker is dat ze beantwoord worden, dan hoe dit gebeurt.⁴⁴ De vraag of bezwaarschriften bij de decaan op papier of per app moeten worden ingediend roept weinig fundamentele vragen over de rechtstaat op, maar het is van groot belang dat zij beantwoordt wordt. Hetzelfde geldt voor bijvoorbeeld de meeste termijnen, of andere onderdelen van het procesrecht. Wanneer de wetgever geen algemene regels stelt om dergelijke vraagstukken te beslechten, is het weinig bezwaarlijk dat de rechter dat doet.

2.4.4.3.3. Twijfelgevallen

De hierboven geschreven gevallen zijn relatief eenvoudig, aangezien er geen sprake is van politieke ruimte. Politieke ruimte bestaat immers niet bij strijd met hoger recht en het eigene aan ordeningsgevallen is dat geen (politieke) afweging te maken valt. Beduidend complexer zijn situaties waarin het wel gaat om een politieke keuze, maar de rechter door de ruimte voor deze keuze in stand te laten minder rechtszekerheid en eenduidigheid op de koop toeneemt. Het is wat mij betreft niet ondenkbaar dat onduidelijkheid over een rechtsvraag zo deregulerend werkt, dat het respecteren van geringe politieke ruimte niet opweegt tegen het creëren van de gewenste duidelijkheid. In een dergelijk geval kan een rechter wel de knoop doorhakken.

Wat mij betreft kan van dergelijke situaties echter slechts zeer sporadisch sprake zijn. In de eerste plaats omdat rechtszekerheid in algemene zin derogeert aan de juiste uitkomst in een specifiek geval. Het recht is complexer en minder voorspelbaar dan strikt genomen nodig is,

⁴⁴ Vgl. P. Scholten, *Algemeen deel**, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1931/1974, p. 28; Vranken rept van een achterhaald onderscheid tussen technische en politieke wetten. J.B.M. Vranken, 'Le bon juge en onbillijke rechtspraak. Een trendbreuk in het hedendaagse denken over de rechtsvormende taak van de rechter' in: *Met hoofd en hart, opstellen aangeboden aan J.C.M. Leijten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991 verwijst naar H.H. Jakobs, *Wissenschaft und Gesetzgebung in bürgerlichen Recht*, Paderborn: Ferdinand Schöningh 1983.

juist om bestuursorganen te faciliteren het goede te doen in een individueel geval. Dit geldt wat mij betreft des te sterker wanneer de wetgever decentrale organen bewust ruimte heeft gelaten. Hij heeft dan minder rechtszekerheid op de koop toegenomen in het belang van beslissingsruimte. De tweede reden is eigen aan het bestuursrecht. In het civiel- en strafrecht beoordeelt de rechter gedrag van burgers. Door de rechter gecreëerde regels reguleren dan zelf dat gedrag. Burgers moeten hun gedrag aan die regels kunnen aanpassen, waarmee het belang van rechtszekerheid is gegeven. In het bestuursrecht reguleert de rechter besluiten en voor zover het deze scriptie betreft zelfs ook beleid. De regels worden gecreëerd door die besluiten en dat beleid.⁴⁵ Niet alleen is het daarmee niet primair aan de rechter voor rechtszekerheid te zorgen, ook zorgen brede uitspraken die veel gemeenten dwingen hun beleid aan te passen dus juist voor minder rechtszekerheid.

2.2.5. Tussenconclusie

In deze paragraaf is onnodig recentraliserende rechterlijke rechtsvorming geconceptualiseerd. Wanneer rechters in de motivering van een uitkomst (expliciet of impliciet) benoemen dat over het algemeen een bepaald rechtsgevolg intreedt wanneer aan bepaalde voorwaarden is voldaan, heeft dat oordeel ook buiten het concrete geschil feitelijke invloed. Dit kan betekenen dat decentrale organen minder beleidsruimte toekomt. Dat hoeft geen probleem te zijn, wanneer besluiten ook zonder die regel waren vernietigd of het gaat om recht waarvan ordening belangrijker is dan de politieke ruimte tot een keuze te komen. In “twijfelgevallen” kan het belang van duidelijkheid zo groot zijn dat de ruimte niet gerespecteerd hoeft te worden, maar dit is moeilijk denkbaar.

⁴⁵ Dit argument wordt nog versterkt onder Kelsens conceptie van normen. Volgens hem is recht niets anders dan normen en legt zowel een wet (een algemene) als een besluit (een specifieke) norm op. Kelsen 1945, p. 275-279.

2.3. Voorbeelden van onnodig recentraliserende rechterlijke rechtsvorming

2.3.1. Algemeen

Dit onderdeel bespreekt een aantal gevallen van onnodig recentraliserende rechterlijke rechtsvorming. Dat doet het primair met het doel de eerste deelvraag te beantwoorden – het toont aan dat rechters in meerdere gevallen onnodig en niet afdoende gemotiveerd beleidsruimte van gemeenten inperken. Daarnaast dragen de genoemde gevallen bij aan de conceptualisering: nadat eerst enkele categorieën gevallen (§2.3.2) zijn besproken, wordt in §2.3.3 een aantal algemene observaties over het begrip gedaan.

De gevallen zijn in eerste instantie ingedeeld aan de hand van het beleidsterrein waarop gemeenten in hun handelen beperkt zijn: §2.3.2.1 staat in het teken van de wijze waarop gemeenten hun financiering in het sociaal domein vormgeven, §2.3.2.2 betreft de manier waarop zij uitkeringsfraude tegengaan en §2.3.2.3 behandelt begrippen uit regelingen die gemeenten zelf vormgeven.

2.3.2. Categorieën gevallen

2.3.2.1. Minimumvereisten aan gemeenten in het sociaal domein

2.3.2.1.1. Resultaatgericht indiceren

Resultaatgericht indiceren is een manier om de hoeveelheid ondersteuning waarop iemand recht heeft te bepalen. In plaats van een specifiek aantal uren wordt bij resultaatgericht indiceren besloten dat iemand recht heeft op een bepaald resultaat – bijvoorbeeld een schoon en leefbaar huis, in plaats van acht uren huishoudelijke hulp per week. Cliënt en zorgaanbieder maken vervolgens zelf uit hoeveel concrete ondersteuning nodig is om dat doel te bereiken.⁴⁶ Het college van Steenberghe indiceerde resultaatgericht bij de toekenning van ondersteuning aan iemand met COPD en huisstofmijtallergie. De ondersteuning bleek niet afdoende: de GGD stelde vast dat het huis vervuild en niet stofvrij was. Toen de cliënt bij de Raad in beroep kwam, beperkte deze zich niet tot de directe vernietiging van het specifieke besluit. Hij bepaalde dat

⁴⁶ Zie vollediger Boogaard 2019.

elke toekenning waarin geen concreet aantal uren is opgenomen, strijdig is met de rechtszekerheid.⁴⁷

Zoals Boogaard opmerkt, valt op deze generalisering wel wat af te dingen.⁴⁸ Ook bij resultaatgericht indiceren kan immers wel voldaan worden aan het beginsel van rechtszekerheid. Zo kan worden vastgesteld dat cliënt een flink geldbedrag toekomt als de GGD vaststelt dat het huis niet afdoende schoon is of dat een nieuwe beschikking wordt verleend.⁴⁹

Door de motivering van de Raad is voor deze vormen echter ook geen ruimte meer. Zo kopte *Binnenlands Bestuur* dat resultaatgericht indiceren “de doodssteek is toegebracht”⁵⁰ en namen het *Algemeen Dagblad*⁵¹ en Barkhuysen & den Ouden⁵² deze conclusie over. De Raad heeft bevestigd dat resultaatgericht indiceren per definitie strijdig is met de rechtszekerheid: vier maanden na de oorspronkelijke uitspraak publiceerde hij het proces-verbaal van een mondelinge uitspraak, waarin onder verwijzing naar die eerdere uitspraak werd geoordeeld dat “resultaatgericht indiceren” strijdig is met de rechtszekerheid.⁵³

2.3.2.1.2. Onderzoek bij gestructureerd huishouden

Op grond van zowel de Wet maatschappelijke ondersteuning (“**Wmo**”) als zijn opvolger de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 (“**Wmo 2015**”) dragen gemeenten passend bij aan de zelfredzaamheid van ingezetenen die daarbij beperkingen ondervinden. Het is aan gemeenten zelf te bepalen wat een passende bijdrage inhoudt, waarbij hun een grote beleidsvrijheid is toegekend.⁵⁴ Onder meer de gemeenten Eindhoven⁵⁵ en Utrecht kennen een van deze bijdragen, die voor huishoudelijke verzorging, toe in modules. Deze modules worden

⁴⁷ CRvB 8 oktober 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:3241, *USZ* 2018/354, m.nt. M.F. Vermaat en I.M. Lunenburg.

⁴⁸ Boogaard 2019.

⁴⁹ Wat mij betreft valt ook te denken aan andere vormen van externe controle, of door de gemeente gesanctioneerde geschilbeslechting tussen zorgaanbieder en cliënt.

⁵⁰ ‘Uitspraak CRvB doodsteek resultaatgericht indiceren’, Binnenlands Bestuur 26 oktober 2018.

⁵¹ ‘Tientallen gemeenten moeten opnieuw onderhandelen over huishoudelijke hulp’, *Algemeen Dagblad* 29 oktober 2018.

⁵² T. Barkhuysen & W. den Ouden, ‘Kroniek van het algemeen bestuursrecht’, *NJB* 2019/826, p. 1024-1025.

⁵³ CRvB 6 februari 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:676.

⁵⁴ Ik gebruik de term “beleidsvrijheid” nu de Raad dit zelf ook doet. Bij de Afdeling zou waarschijnlijk de term “beleidsruimte” zijn gebruikt.

⁵⁵ CRvB 11 mei 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:4262, *AB* 2016/64 m.nt. A. Tollenaar.

gebaseerd op het voor hulp beschikbare budget, de definitie van het college van het begrip “schoon huis”, een “dialooggerichte aanbesteding” bij de zorgaanbieders en overleg met de cliëntenraad. Geven omstandigheden daartoe aanleiding, dan worden overige modules toegevoegd of wordt van de modules afgeweken.⁵⁶

Volgens de Raad kan deze praktijk niet door de beugel. In een zaak over de Wmo vernietigt een op dit beleid gestoeld besluit van de gemeente Amersfoort, aangezien overleg met de cliëntenraad en zorgaanbieders niet afdoende garantie is voor een “objectief” onderzoek, waaruit objectieve standaarden kunnen voortvloeien.⁵⁷ In een zaak over de Wmo 2015 verwijst hij simpelweg naar de Amersfoortse uitspraak⁵⁸ en concludeert dat het onderzoek door derden moet worden gedaan.⁵⁹

Wat mij betreft is niet a priori duidelijk dat onderzoek door anderen dan derden automatisch tot niet-objectieve standaarden leidt. Het is in het bestuursrecht volstrekt normaal dat beleidsregels geformuleerd worden aan de hand van door het bestuursorgaan zelf verricht onderzoek, ook als het een (financieel) belang bij die beleidsregels heeft.⁶⁰ Een beoordeling of de regels in een specifiek geval afdoende objectief zijn lijkt dan ook beter te passen. Daarbij komt dat de Raad niet in algemene zin overweegt waarom onderzoek door derden niet afdoende objectief is en wanneer wel aan de vereisten voor het onderzoek zou worden voldaan.

2.3.2.2. Toetsing van onderzoeksmethoden bij uitkeringsfraude

2.3.2.2.1. Peilbaken

De Regionale Dienst Werk en Inkomen Kromme Rijn Heuvelrug constateert mede aan de hand van een onder het busje van een fraudeur geplaatst peilbaken uitkeringsfraude. Deze fraudeur stelt dat de regionale dienst door gebruik van het peilbaken artikel 8 van het Europees Verdrag

⁵⁶ CRvB18 mei 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1403, *AB* 2016/203 m.nt. C.W.C.A. Bruggeman; *NJB* 2016/1092.

⁵⁷ Vgl. CRvB 10 januari 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:430.

⁵⁸ En naar CRvB 11 mei 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:4262, *AB* 2016/64 m.nt. A. Tollenaar, daarin is de regel geheel niet geformuleerd.

⁵⁹ CRvB18 mei 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1403, *AB* 2016/203 m.nt. C.W.C.A. Bruggeman; *NJB* 2016/1092, r.o. 5.8.2.

⁶⁰ Denk bijvoorbeeld aan het boetebeleid van de Autoriteit Consument en Markt (“ACM”): <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/13186/Beleidsregels-voor-boetes-en-clementie>.

ter Bescherming van de Mens en de fundamentele vrijheden (“EVRM”) heeft geschonden. De Raad stelt allereerst vast dat door de inzet van een peilbaken een inbreuk wordt gemaakt op het recht op privéleven als neergelegd in artikel 8 EVRM. Daarmee is een wettelijke grondslag voor inzet vereist. Volgens het bestuurs van de regionale dienst kan deze grondslag worden gevonden in de algemene onderzoeksbevoegdheid van 53a negende lid WWB.⁶¹ De Raad acht deze grondslag niet afdoende: niet is bepaald wanneer en voor hoelang peilbakens mogen worden ingezet, daarnaast is er geen sprake van effectieve en adequate waarborgen tegen willekeurige inzet. Dit klemmt des te meer, nu een peilbaken een potentieel zeer ingrijpend middel is. Er is dus niet voldaan aan het vereiste van een duidelijke en voorzienbare met waarborgen omklede grondslag.⁶²

Deze redenering lijkt mij op zich begrijpelijk, in dit geval ontbrak inderdaad een afdoende grondslag.⁶³ Dat hoeft echter niet in elke gemeente zo te zijn. Een wettelijke regeling in de zin van artikel 8 EVRM hoeft niet per se een wet in formele zin te zijn, een lokale regeling kan ook afdoende reguleren en duidelijk voorzienbare waarborgen verschaffen.⁶⁴ Het is dus absoluut niet uit te sluiten dat een andere gemeente of regionale dienst wel een peilbaken zou mogen gebruiken.⁶⁵

Dit is echter niet de boodschap die breed is gecommuniceerd en begrepen. De Raad zelf concludeert in de uitspraak al dat door de inzet van een peilbaken artikel 8 EVRM is

⁶¹ Voor de volledigheid, deze bepaling luidt “Het college (lees hier: het dagelijks bestuur) is bevoegd onderzoek in te stellen naar de juistheid en volledigheid van de verstrekte gegevens en zo nodig naar andere gegevens die noodzakelijk zijn voor de verlening dan wel de voortzetting van bijstand. Indien het onderzoek daartoe aanleiding geeft kan het college besluiten tot herziening van de bijstand.”

⁶² CRvB 15 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:947, RSV 2016/66, JWVB 2016/100, Gst. 2016/86, m.nt. Stijnen, AB 2016/329, m.nt. Barkhuysen & van Emmerik, USZ 2016/165, m.nt. A. Moesker & A.I. Moesker.

⁶³ Nog los van het decentralisatieaspect had het wel mijn voorkeur gehad als de Raad de concrete inzet van het middel en niet zijn potentiële ingrijpendheid in abstracto had getoetst. Hij had dan waarschijnlijk geconcludeerd dat zeer licht gebruik van een peilbaken geen wettelijke grondslag behoeft, maar meer ingrijpende inzet wel. Concrete toetsing biedt een meer adequate rechtsbescherming, nu in de methodiek van de raad een relatief ingrijpende inbreuk met het ene middel eerder wordt toegestaan dan veel minder intensief ingrijpen met een zwaarder middel.

⁶⁴ Zie EHRM, *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights*, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_ENG.pdf, p. 10-11 en de daar aangehaalde jurisprudentie.

⁶⁵ Het zou overigens kunnen dat artikel 10 van de Grondwet in de weg staat aan het inperken van het recht op een persoonlijke levenssfeer met een decentraal artikel. Dat betwijfel ik echter (de bepaling bevat “bij of krachtens”) en de Raad heeft in ieder geval niet aan dit artikel getoetst.

geschonden,⁶⁶ het bijgaande persbericht doet er nog een schepje bovenop en kopt “Waarnemingen met behulp van een peilbaken is [sic] ontoelaatbaar”.⁶⁷ Ook de annotatoren Barkhuysen & van Emmerik,⁶⁸ Stijnen⁶⁹ en Moesker & Moesker⁷⁰ delen deze conclusie expliciet. *Gemeentestem* heeft de uitspraak opgenomen onder de kop “Gebruik peilbaken is ontoelaatbaar”.⁷¹

2.3.2.2.2. Privatisering

Het college van Amstelveen maakt bij de bestrijding van bijstandsfraude gebruik van een particulier opsporingsbureau. Dit onderzoeksbureau observeert onder meer stelselmatig, legt huisbezoeken af (waarbij zijn medewerkers zich voordoen als medewerkers van de gemeente) en hoort mogelijke fraudeurs. De Raad oordeelt dat het op deze manier vergaarde bewijs voor fraude moet worden uitgesloten: het gaat bij uitstek om kerntaken die als uitdrukkelijke opgave aan het college zijn geformuleerd en niet kunnen worden uitbesteed aan private partijen.⁷²

Colleges mogen kerntaken dus niet overlaten aan private partijen. De Raad noemt zelf als kerntaken “het nemen van besluiten inzake de bijstandsverlening, de individuele gevalshandeling, de beoordeling van de aanspraak en de afweging van individuele omstandigheden, de opsporing, en de verificatie en validatie van voor de bijstand relevante gegevens, bijvoorbeeld door middel van vergelijking in geautomatiseerde bestanden”.⁷³

Vanuit het oogpunt van recentralisering vallen bij deze uitspraak twee kanttekeningen te plaatsen. Ten eerste is ook deze uitspraak in verschillende (digitale) vakmedia te breed opgepikt. Meerdere media schreven artikelen met titels als “Gemeenten mogen onderzoek naar

⁶⁶ “Uit het voorgaande volgt dat de inbreuk die met de inzet van een peilbaken wordt gemaakt op het recht op respect voor het privéleven niet berust op een voldoende duidelijke en voorzienbare en met waarborgen omklede wettelijke grondslag. Reeds om die reden is door de inzet hiervan artikel 8 van het EVRM geschonden.” r.o. 4.5.5.

⁶⁷<https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Centrale-Raad-van-beroep/Nieuws/Paginas/Waarnemingen-met-behulp-van-een-peilbaken-is-ontoelaatbaar.aspx>. De grammatica van deze kop is dus misschien nog wel het minst grote probleem.

⁶⁸ T. Barkhuysen & M.E. van Emmerik, annotatie bij CRvB 15 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:947, *AB* 2016/329.

⁶⁹ R. Stijnen, annotatie bij CRvB 15 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:947, *Gst.* 2016/86.

⁷⁰ A. Moesker & I.A. Moesker, annotatie bij CRvB 15 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:947, *USZ* 2016/165.

⁷¹ *Gst.* 2016/86, CRvB 15 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:947.

⁷² CRvB 16 september 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:2947, *AB* 2014/422, m.nt. H.E. Bröring, i.h.b. r.o. 4.5.1.

⁷³ *Idem.*

bijstandsfraude niet uitbesteden aan commercieel bedrijf⁷⁴ en “Gemeente mag onderzoek bijstandsfraude niet commercieel uitbesteden”.⁷⁵ Deze titels zijn te kort door de bocht: bepaalde delen van het onderzoek mogen immers nog steeds worden uitbesteed. Denk hierbij aan het ontwikkelen van software of het ontwikkelen van risicoprofielen.⁷⁶

Niet alleen op de ontvangst in de genoemde media, maar ook op de conclusie van de Raad zelf valt af te dingen. Het is niet vanzelfsprekend dat alles dat in alle gemeenten wordt gebruikt in het kader van het tegengaan van bijstandsfraude vanzelfsprekend ook een kerntaak is. Een gemeente die graag commercieel advies wil voor individuele gevalbehandeling, krijgt nu ook het deksel op de neus.

2.3.2.3. Definiëren van termen in het bestemmingsplan aan de hand van het woordenboek

Een ander soort onnodig recentraliserende rechterlijke rechtsvorming betreft de definitie van woorden.⁷⁷ Wanneer een term in een bestemmingsplan niet gedefinieerd is, gebruikt de rechter soms de definitie uit de Dikke van Dale. Zo zijn onder meer de termen “paardenweide”,⁷⁸ “in oprichting zijn” en “oprichten”⁷⁹ aan de hand van het woordenboek gedefinieerd. Is dit eenmaal gebeurd, dan maakt deze definitie deel uit van de standaardjurisprudentie. Zo bepaalde de Afdeling in 2012 dat “wonen”, als de term niet nader gedefinieerd is, ook bewonen door individuele huurders betekent.⁸⁰ Toen dezelfde vraag in 2016 aan de orde kwam werd deze simpelweg beantwoord met een verwijzing naar de eerdere uitspraak.⁸¹ De uitspraak uit 2016

⁷⁴<https://rechtenuws.nl/42779/gemeente-mag-onderzoek-naar-bijstandsfraude-niet-uitbesteden-aan-een-commercieel-bedrijf>.

⁷⁵<https://www.bijzonderstrafrecht.nl/home/gemeente-mag-onderzoek-bijstandsfraude-niet-commercieel-uitbesteden>.

⁷⁶ Aangenomen dat hierbij geen persoonsgegevens worden gebruikt, vanzelfsprekend.

⁷⁷ Het is behulpzaam twee categorieën woorden te onderscheiden. Aan de ene kant zijn er zogeheten vage termen, die de wetgever gebruikt om gemeenten beoordelingsruimte toe te kennen (“openbare orde”). Deze categorie voorbeelden betreft vooral woorden die feitelijk zijn (“paardenweide”), maar waarvan het toch de voorkeur verdient geen algemene uitleg te geven.

⁷⁸ Vzt. ABRvS 12 juni 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1860.

⁷⁹ ABRvS 29 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1812.

⁸⁰ ABRvS 21 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY3690, r.o. 4.

⁸¹ ABRvS 16 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3046, r.o. 2.1.

haalde vervolgens de kroniek, waar deze interpretatie van “wonen” als algemene regel werd omschreven.⁸²

Deze algemene vorm van definiëren miskent dat decentralisatie meebrengt dat eenzelfde term in andere gemeenten iets anders kan betekenen. Bij het bepalen van de definitie ligt het meer in de rede ook te kijken naar teleologische en systematische argumenten, of het primaat van uitleg bij het college of de raad te leggen. Dit gebeurt overigens al vaak.⁸³

2.3.3. *Analyse*

Met uitzondering van definities, gaat het in alle besproken gevallen om situaties waarin een concreet besluit wordt getoetst aan hoger recht (een EVRM-artikel of een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur). Op de vernietiging van het concrete besluit is steeds weinig af te dingen: het huis was niet schoon genoeg of een afdoende wettelijke grondslag ontbrak. In de motivering is echter steeds een algemene regel geformuleerd: “uitbesteden van opsporing mag niet” of “het gebruik van peilbakens” is ontoelaatbaar. Vervolgens valt op dat deze algemene regel niet als zodanig wordt gemotiveerd. De Raad legt alleen uit dat de vermeende wettelijke grondslag niet afdoende is, niet waarom andere grondslagen niet toereikend zijn⁸⁴ en stelt dat resultaatgericht indiceren onder elke denkbare omstandigheid strijdig is met de rechtszekerheid, maar legt niet uit waarom. Toegegeven, dit soort motiveringen zijn erg lastig, zeker voor een rechterlijk college,⁸⁵ maar dat lijkt eerder een reden niet dergelijke regels te formuleren.

Daarnaast verdient de receptie aandacht. Niet in alle gevallen is immers gezegd dat de rechter een algemeen oordeel wilde geven. Het meest in het oog springt de zaak over het peilbaken. Het ligt niet voor de hand dat de rechter artikel 8 EVRM zo slecht kent dat hij niet weet dat andere grondslagen wel afdoende kunnen zijn. Hetzelfde geldt voor definities: wellicht beoogde de Afdeling slechts in dit specifieke geval tot een definitie te komen, zonder deze algemeen geldig te laten zijn. Het is dan aan de literatuur, specifiek de annotatoren en samenstellers van

⁸² J.C. van Oosten & H. Doornhof, ‘Ontwikkelingen in het ruimtelijk ordeningsrecht in 2016’, *TBR* 2017/45, p. 329.

⁸³ Zie uit vele voorbeelden ABRvS 31 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2345.

⁸⁴ Overigens is een steekhoudende dergelijk brede argumentatie wat mij betreft onmogelijk. Het EHRM maakt immers geen onderscheid tussen lokaal en nationaal recht en stellen dat het gebruik van een peilbaken nooit toelaatbaar is, is wel heel drastisch.

⁸⁵ Zie uitgebreid §4.2.1 **Fout! Verwijzingsbron niet gevonden.**

kronieken, voorzichtiger te zijn in hun conclusies.⁸⁶ Een bijzondere rol daarbij is weggelegd voor persberichten. Zowel in de zaak over resultaatgericht indiceren als over het peilbaken had het officiële persbericht van de Raad als kop de (te) breed geformuleerde regel.⁸⁷ Hoewel persberichten vanzelfsprekend geen rechtsbron in klassieke zin zijn, is het niet onlogisch dat schrijvers op officiële persberichten afgaan. In deze scriptie worden daarom niet alleen suggesties geformuleerd voor de rechter, maar ook voor de literatuur en praktijk en wordt besproken hoe uitspraak en receptie elkaar beïnvloeden.

2.4. Tussenconclusie

De tussenconclusie is gerechtvaardigd dat onnodig recentraliserende rechterlijke rechtsvorming bestaat. Het gaat hierbij om gevallen van regelformulering door de rechter, waarbij een mogelijke politieke afweging achter de regel ligt en het niet gaat om besluiten die ook zonder die regel vernietigd dienden te worden. Hierbij is het van belang onderscheid te maken tussen “zuivere” onnodig recentraliserende rechtsvorming, waarbij de onnodig recentraliserende werking door de rechter zelf veroorzaakt wordt, en de “onzuivere” variant, waar die werking door een te brede conclusie in de literatuur wordt gecreëerd

⁸⁶ Deze zijn immers verantwoordelijk voor de manier waarop de meeste juristen kennisnemen van uitspraken. Dat neemt niet weg dat ook de praktijk voorzichtiger kan en moet zijn in de interpretatie van deze koppen.

⁸⁷ Ietwat knullige complicatie hierbij is wel dat lidwoorden in koppen sowieso vaak worden weggelaten. Het is me dan niet helemaal duidelijk of het gaat om de klassieke journalistieke stijl, of daadwerkelijk wordt geprobeerd een algemene stelling te poneren.

3. Problematisch karakter

3.1. Algemeen

Dit hoofdstuk beantwoordt de tweede deelvraag: is onnodig recentraliserende rechterlijke rechtsvorming problematisch? Het antwoord lijkt eenvoudig; deze vorm van rechtsvorming beperkt gemeentelijke autonomie en ruimte voor differentiatie, en daarmee het doel van decentralisering. Dat antwoord is echter niet toereikend: ten eerste mag de rechter in bepaalde gevallen deze ruimte beperken, ten tweede is de vraag naar de wenselijkheid van decentralisering een politieke, geen strikt juridische.⁸⁸

In dit hoofdstuk worden twee argumenten geformuleerd voor de stelling dat onnodig recentraliserende rechtsvorming niet allen onwenselijk, maar ook niet rechtens in de zin van de abstracte opvatting van recht is. Ten eerste ontbreekt de grondslag voor deze vorm van rechtsvorming, aangezien een onnodig recentraliserend precedent bindende werking in andere gemeenten mist. Ten tweede betekent onnodig recentraliserende rechterlijke rechtsvorming het op foutieve wijze onmogelijk maken van beleid– door vernietiging van een individueel besluit met brede motivering, in plaats van door exceptieve toetsing.

3.2. Precedenten en decentrale stelsels

3.2.1. Algemeen

Zoals alle rechterlijke rechtsvorming, is ook onnodig recentraliserende rechterlijke rechtsvorming een vorm van precedentwerking. Meer in het bijzonder wordt een precedent dat is uitgesproken naar aanleiding van een geschil in een gemeente, een bron van recht in en voor andere gemeenten. In deze paragraaf wordt gekeken naar verschillende mogelijke grondslagen van precedentwerking en geconcludeerd dat in de gevallen waarin rechterlijke rechtsvorming onnodig recentraliserend is, geen binding aan die precedënten bestaat.

⁸⁸ Recentraliserende rechtsvorming betekent bijvoorbeeld ook een verbetering in de rechtszekerheid en de mogelijkheid van rechtsbescherming. Ik beoog bewust niet zelf afweging tussen die af- en toename te maken. Zie §4.3.1.1.

In §3.2.2 wordt de coherentietheorie als grondslag voor binding van precedentes besproken, in §3.2.3 de gedachten van Teuben. §3.2.4 bespreekt Scholtens rechtvaardiging, §3.2.5 de legal information theory en §3.2.6 Sunsteins rechtvaardiging. §3.2.7 bespreekt implicaties van en mogelijke bezwaren tegen het argument. In §3.2.8 wordt geconcludeerd.

Voor een goed begrip van deze paragraaf zijn twee herinneringen behulpzaam. Ten eerste is rechtsvorming onnodig recentraliserend wanneer de regel geen procesrecht betreft en geen vernietiging van een besluit voorschrijft, dat zonder die regel niet vernietigd was.⁸⁹ Ten tweede betekent decentralisatie dat op bepaalde terreinen gelegitimeerde verschillen in rechtspositie tussen inwoners van twee verschillende gemeenten kunnen bestaan.⁹⁰

3.2.2. *Dworkins coherentietheorie*

De door Dworkin ontwikkelde coherentietheorie beschrijft welke regel een rechter in een geval moet hanteren. Is een regel duidelijk, dan moet hij die hanteren. Is die regel echter niet duidelijk, of kan bijvoorbeeld worden gekozen tussen verschillende regels, dan dient de rechter de (formulering van een) regel te zoeken die tot de meest coherente interpretatie van het recht leidt. Meer concreet dient hij zich te baseren op de waarden en rechtsbeginselen die aan het juridisch systeem ten grondslag liggen. Uit deze gedachte vloeien twee vereisten voort, die van “fit” en die van “justification”. Smith formuleert deze vereisten als volgt: “aan het bestaande recht (regels, beslissingen en instellingen) moet een zo groot mogelijke samenhang worden verleend (de eis van ‘fit’) bij de best mogelijke politiek-juridische rechtvaardiging van dit gegeven juridisch normenstelsel (de eis van ‘justification’)”. Dworkin kent dan ook een groot belang aan precedentes toe: als elke inkleuring van of keuze voor een regel zoveel mogelijk in lijn met andere inkleuringen moet gebeuren, ligt het voor de hand veel waarde te hechten aan die eerdere rechtspraak. Het is dan ook geen toeval dat de coherentietheorie is ontwikkeld in een common law stelsel.⁹¹ Wat mij betreft houdt de theorie echter geen stand in het algemeen en in gedecentraliseerde stelsels in het bijzonder.

⁸⁹ Zie §2.2.4.

⁹⁰ Zie §1.4.

⁹¹ Dworkin was een Brit en Amerikaan.

Het klassieke bezwaar tegen de coherentietheorie is dat altijd meerdere interpretaties mogelijk zijn en dus onduidelijk is hoe een regel wordt geselecteerd. Als gezegd stelt de theorie dat de rechter kijkt of de feiten aan de voorwaarden uit een regel voldoen en indien dit zo is, het rechtsgevolg uit die regel doet intreden. Eerst komt dus de regel, dan pas de feiten. Wanneer onduidelijk is welke regel moet worden toegepast, moet een analyse van het systeem achter het recht de doorslag geven.⁹² Dit impliceert dat die analyse daadwerkelijk tot één uitkomst kan leiden. Volgens onder meer Fish,⁹³ Peczenik⁹⁴ en MacCormick^{95/96} is dit niet het geval. Het gaat om interpretatie en daarbij bestaan altijd meerdere mogelijkheden. Deze kunnen ondersteund worden met beginselen en (voor deze scriptie met name relevant) jurisprudentie, maar het is onmogelijk te zeggen dat een bepaalde interpretatie daadwerkelijk beter is dan een ander. Het criterium is daarmee onbruikbaar. De doorslag bij de keuze tussen interpretaties zal daarmee door iets anders moeten worden gegeven, zoals de voorkeur voor de ene interpretatiemethode boven een andere of een andere waardering van gevolgen.⁹⁷ Coherentie in het systeem volstaat in ieder geval niet.

Dit bezwaar legt wat mij betreft goed uit waarom de coherentietheorie als exclusief voorschrift aan rechters niet volstaat. Het ontkent echter niet dat aan precedents wel degelijk een bepaalde waarde toekomt – zij ondersteunen de keuze voor een bepaalde interpretatie van het rechtssysteem. Wel wordt deze waarde gelijk gerelativeerd: precedents zijn geen leidende regels die gevolgd moeten worden, maar argumenten voor of tegen een bepaalde interpretatie van het systeem.

Mijn bezwaar is fundamenteeler en verstrekkender: het Nederlandse stelsel is geen eenduidig systeem.⁹⁸ Dworkin is een Angelsaksische filosoof die opereert vanuit een common law traditie. Zijn idee van één systeem is in een dergelijke traditie begrijpelijk. Daar wordt immers begonnen met heel fundamentele beginselen, die steeds verder verfijnd worden. Wanneer een verdere

⁹² Het probleem hiermee is wel dat het niet duidelijk is hoe een regel gevonden moet worden en hoe moet worden vastgesteld dat die regel duidelijk is. Dat is gelijk de grote zwakke plek in de theorie van Dworkin. C.E. Smith, *Feit en rechtsnorm* (diss. Leiden), Maastricht: Shaker Publishing 1999.

⁹³ S. Fish, 'Working on the Chain Gang: Interpretation in Law and Literature', *Texas Law Review*, 1982/60, p. 551-567, aangehaald in Smith 1999.

⁹⁴ A. Peczenik, *On Law and Reason*, Dordrecht 1989, aangehaald in Smith 1999.

⁹⁵ N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1978, aangehaald in Smith 1999.

⁹⁶ Overigens is deze kritiek eigenlijk niet op een hoop te gooien (wat ik nu doe); zij verschillen van mening over de mate waarin meerdere interpretaties mogelijk zijn en de juiste wijze van interpreteren.

⁹⁷ Smith 1999.

⁹⁸ Zie ook A T. Koopmans, 'De rol van de wetgever', in: *Honderd jaar rechtsleven*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1970, p. 221-235.

verfijning nodig is, ligt het voor de hand die vorm te geven aan de hand van diezelfde beginselen en de regels tot dusver. Dit ligt anders in een civil law “systeem”. Daar is immers geen sprake van één zorgvuldig opgebouwd systeem, maar van verschillende wetgevers die op hun eigen manier, vanuit verschillende doelen en beginselen, hebben geprobeerd de samenleving te sturen en vorm te geven.⁹⁹ Coherentie in de zin van het streven naar een overkoepelend systeem vanuit algemene beginselen bestaat dan simpelweg niet. Hiermee verliezen precedentes ook een groot deel van hun argumentatieve waarde – die waarde lag er namelijk in dat zij een bepaalde interpretatie van het systeem verdedigden.

Belangrijker is dat deze kritiek a fortiori geldt voor gedecentraliseerde stelsels. Als besproken gelden in verschillende gemeenten verschillende rechtsregels, gebaseerd op verschillende uitgangspunten en principes. Coherentie tussen de rechtsregels van verschillende gemeenten bestaat, waarmee precedentes in beginsel hun waarde verliezen.

3.2.3. *Teuben: rechtsvorming, rechtsgelijkheid & rechtszekerheid*

Teuben bespreekt in haar proefschrift de vraag of rechtersregelingen in het burgerlijk (procesrecht) kunnen binden.¹⁰⁰ In dit kader gaat zij vrij uitgebreid in op de vraag of precedentes naar Nederlands recht binden en waarom.¹⁰¹ Ik bespreek haar opvattingen vrij vroeg in deze paragraaf, nu haar theorie een mooie kapstok vormt voor de andere te bespreken opvattingen.

Teuben concludeert dat een zekere binding wel degelijk bestaat. Zij legitimeert deze binding op drie manieren. Ten eerste heeft de rechter een eigen rechtsvormende taak. Heeft hij deze taak, dan zijn rechterlijke uitspraken recht en hebben ze bindende werking.¹⁰² Deze legitimatie is vanzelfsprekend circulair: het doel van deze paragraaf is te onderzoeken welke rechtsvormende taak de rechter in het specifieke soort gevallen van recentraliserende

⁹⁹ Jacob stelt overigens wel dat rechters de fictie van één systeem vaak aanhouden, Jacob 2014. Het bestaan van systematische interpretatie (vgl. Groenewegen 2006) is wat mij betreft geen indicatie van het bestaan van of geloof in één systeem, het is dan immers het systeem van een wet of regeling die wordt geanalyseerd, niet per se dat van een heel rechtssysteem als zodanig.

¹⁰⁰ Teuben 2004.

¹⁰¹ Teuben 2004, p. 231-294.

¹⁰² Teuben 2004, p. 35-36; p. 268-271, p. 291.

rechtsvorming heeft. Het feit dat hij die taak in het algemeen heeft, helpt niet bij het antwoord. Teubens tweede en derde reden zijn daarom interessanter: het gelijkheids- en rechtszekerheidsbeginsel.^{103/104}

Het gelijkheidsbeginsel stelt kort gezegd dat gelijke gevallen gelijk behandeld moeten worden. Het voelt als onrecht wanneer een regel wel op het ene, maar niet op het andere geval wordt toegepast. Heeft de rechter een regel toegepast, dan dienen andere rechters die dus te volgen. Dat is precedentwerking. Ik vind dit in het algemeen een sterke legitimatie voor precedentwerking, maar zij mist toepassing in stelsels van decentralisatie. Gevallen tussen verschillende gemeenten zijn per definitie niet gelijk. De rechtsregels die op verschillende burgers van toepassing zijn, verschillen immers.¹⁰⁵ Hiermee is het “recht” anders, zijn verschillen gerechtvaardigd en geldt het gelijkheidsbeginsel niet volledig.

De waarde van het rechtszekerheidsbeginsel is complexer. Het ligt voor de hand dat een strikt volgen van precedents leidt tot meer zekerheid over eenieders juridische positie: resultaatgericht indiceren mag, of het mag niet. Ook ligt het voor de hand dat deze zekerheid iets nastrevenswaardigs is. Het probleem is echter dat rechtszekerheid aan de hand van een rechterlijke uitspraak impliceert dat de uitspraak dat recht betreft waarover zekerheid verkregen moet worden. Juist dit is niet het geval wanneer een uitspraak onnodig recentraliseert: de uitspraak betrof dan een andere gemeente met andere rechtsregels. Teubens omschrijving van het belang van rechtszekerheid maakt dit duidelijk: “iedere rechterlijke uitspraak heeft immers als kenmerk dat deze een oordeel inhoudt omtrent hetgeen rechtens geldt, dat afkomstig is van een met staatsmacht bekleed orgaan, hetgeen reeds uit de aard der zaak het vertrouwen wekt dat deze uitspraak ook in latere gevallen gevolgd zal worden.”¹⁰⁶ Regels die verschillen tussen gemeenten zijn uitgevaardigd door verschillende organen. Vertrouwen kan dan niet worden gewekt. Daarmee bestaat minder duidelijkheid over eenieders rechtspositie, maar dat is inherent aan de keuze voor decentralisatie.¹⁰⁷

¹⁰³ Teubens 2004, p. 291-293.

¹⁰⁴ Jacob 2014 benoemt deze beginselen overigens ook, zij het meer descriptief, op p. 231.

¹⁰⁵ Zie wederom §Fout! Verwijzingsbron niet gevonden. en ten Berge 1987, p. 11.

¹⁰⁶ Teubens, p. 292.

¹⁰⁷ Vgl. §4.4.3.3.

3.2.4. Scholten

In zijn *Algemeen deel* gaat Scholten in op de waarde van precedentes. Zijn analyse is onder meer interessant omdat deze is geschreven in de jaren '30, toen de waarde van precedentes nog beduidend controversiëler was.¹⁰⁸ Hij begint door de waarde van precedentes te verklaren: partijen willen niet verliezen en rechters zien hun uitspraak liever niet vernietigd worden. Een uitspraak doen of standpunt bepleiten dat bij de Hoge Raad hoe dan ook onderuitgaat, is daarmee kansloos.¹⁰⁹ Dit is een logische verklaring, maar heeft twee, hand in hand gaande, gebreken. Ten eerste gaat zij ervan uit dat de Hoge Raad zijn eigen precedentes volgt. Dit gebeurt over het algemeen ook, maar het verklaart niet waarom dit gebeurt. Het tweede gebrek is dat de verklaring slechts verklaart, maar niet legitimeert: zij legt niet uit waarom het volgen van precedentes goed of toegestaan is.

Scholten erkent dit zelf ook¹¹⁰ en geeft drie legitimaties voor het volgen van precedentes, die uiteindelijk zijn terug te voeren op rechtszekerheid.¹¹¹ De eerste legitimatie betreft ordening: volgens Scholten zijn er meerdere vragen waarvan het niet van groot belang is *hoe* ze worden geregeld, maar vooral *dat* ze worden geregeld. Hij geeft de vraag of een geldschuld moet worden betaald bij de schuldeiser of schuldenaar als voorbeeld.¹¹²¹¹³ Scholtens gedachtegang is hier te volgen, maar wat mij betreft verdient ze geen toepassing op het gebied van onnodig recentraliserende rechterlijke rechtsvorming: precies dit procesrecht is immers uitgezonderd.¹¹⁴

De tweede categorie betreft zedelijke kwesties van groot belang. Heeft de rechter deze eenmaal op een bepaalde manier geregeld, dan is het slechts aan de wetgever dit te veranderen en kan de rechter het precedent niet wijzigen.¹¹⁵ Scholten geeft het voorbeeld van echtscheiding met wederzijdse instemming.¹¹⁶ Ook deze categorie is niet van toepassing op onnodig recentraliserende rechterlijke rechtsvorming. Decentralisatie geeft gemeenten de ruimte fundamentele keuzes zelf te maken. Is in een kwestie van groot belang in een gemeente op een

¹⁰⁸ Zoals Scholten 1931 zelf opmerkt, p. 114.

¹⁰⁹ Scholten 1931, p. 116-117.

¹¹⁰ Scholten 1931, erkenning op p. 117, rechtvaardiging daarna.

¹¹¹ Scholten 1931, p. 121: "het is kort gezegd overal, waar *rechtszekerheid* van grooter waarde is dan de inhoud van het recht zelf".

¹¹² Scholten 1931, p.121.

¹¹³ Scholten zelf rept van ordeningsrecht, maar met het oog op de aansluiting met §2.4.4.3.2 gebruik ik de term "procesrecht".

¹¹⁴ §2.4.4.3.3.

¹¹⁵ Scholten 1931, p. 121.

¹¹⁶ Idem.

bepaalde manier geregeld, dan betekent dat niet dat die kwestie in een andere gemeente op dezelfde wijze is geregeld. Van een door Scholten gevreesde wijziging is dan geen sprake. Waarschijnlijk zou deze gedifferentieerde, en vanuit de rechter gezien dus beperktere, aanpak voor Scholten de voorkeur hebben, nu hij vindt dat fundamentele keuzes eigenlijk alleen door de wetgever mogen worden gemaakt.¹¹⁷

Scholtens derde categorie betreft gevallen waarin een groot deel van het maatschappelijk leven op een bepaald precedent is ingesteld.¹¹⁸ Zijn voorbeeld is de oprichting van stichtingen – (indertijd) nooit wettelijk mogelijk gemaakt, maar van groot belang voor de dagelijkse praktijk. Zou de Hoge Raad van de ene op de andere dag “omgaan”, dan brengt dit veel mensen in grote problemen.¹¹⁹ In een dergelijk geval moet de Hoge Raad dat dan ook niet doen. Deze categorie delegitimeert onnodig recentraliserende rechterlijke rechtsvorming wat mij betreft eerder dan dat hij hem legitimeert. Juist door de bredere binding van precedënten, moeten systemen binnen gemeenten immers halsoverkop worden aangepast.¹²⁰

Scholtens besproken legitimaties voor binding van precedënten gelden dus niet in het geval van rechterlijke recentraliserende rechtsvorming. Scholtens wat mij betreft sterkste verklaring voor en verdediging van binding door precedënten komt echter later in zijn *Algemeen Deel* en is impliciet. Hij overweegt in vrij algemene zin dat recht veralgemeniseert en behoort te veralgemeniseren. Een rechter dient de billijke uitkomst in een zaak te vinden, maar wel op gronden die algemeen kunnen gelden.¹²¹ Recht zoekt uit zijn aard naar veralgemenisering.¹²² Deze meer abstracte gedachte brengt in concreto binding aan precedënten met zich mee. Als je accepteert dat een uitspraak om recht te zijn meer algemeen moet kunnen gelden, dan is het logisch dat een uitspraak ook daadwerkelijk algemene gelding heeft.

Hoe waar deze gedachte in het algemeen moge zijn,¹²³ ook zij mist wat mij betreft toepassing in gevallen van rechterlijke recentraliserende rechtsvorming. Zij impliceert immers dat er een

¹¹⁷ Scholten 1931, p. 121.

¹¹⁸ Scholten 1931, p. 121-122.

¹¹⁹ Tegenwoordig is de stichting overigens wel wettelijk vastgelegd: Boek 2, Titel 6 van het Burgerlijk Wetboek.

¹²⁰ Dit leidde in het geval van resultaatgericht indiceren overigens ook tot veel problemen, aangezien de CIZ-normen waarop de Raad gemeenten verplicht liet terugvallen, ook niet altijd aan de door de Raad zelf gestelde regels voldeden.

¹²¹ Scholten 1931, bijvoorbeeld op p. 163: “Doch ook dan blijft de taak van wie recht zoekt om te onderzoeken of zijn beslissing veralgemeening verdraagt.”

¹²² In vergelijkbare zin, Nieuwenhuis 1976, p. 494-515, hier met een beroep op Aristoteles.

¹²³ Overigens ook interessant is dat zij een goede verklaring voor rechterlijke recentraliserende rechtsvorming vormt. Doordat rechters naar veralgemenisering zoeken, nemen zij te algemene beslissingen.

en hetzelfde recht is: “Als iets voor A. recht is, moet het dat ook voor B. zijn”.¹²⁴ Juist deze aanname gaat in gedecentraliseerde stelsels niet op.¹²⁵ In wezen steunt ook deze gedachte op het gelijkheidsbeginsel, dat, als besproken, toepassing mist.¹²⁶

3.2.5. *De Legal Information Theory*

De voorgaande theorieën baseerden de waarde van precedents met name op een beginsel. De volgende theorieën baseren de waarde van precedents op de informatie die het verschaft. Een duidelijk voorbeeld is Jacob: hij onderzoekt de wijze waarop het Hof van Justitie voor de Europese Unie (“HvJ”) precedents gebruikt.¹²⁷ Om de waarde van precedents te conceptualiseren en te legitimeren¹²⁸ ontwikkelt¹²⁹ hij de “legal information theory”. Hij introduceert de theorie aan de hand van drie stappen. De eerste stap is dat het menselijk begrip van elk concept, en dus ook van recht, beperkt is. We kunnen nooit zeker zijn van de precieze betekenis van een wettekst, bepaling of andere juridische bron. Dat betekent (de tweede stap) dat alles dat wij als recht kunnen zien – wetten, uitspraken van rechters, contracten – opgaat in “informatie over recht”.¹³⁰ Dit brengt weer mee (stap drie) dat EU-recht (of elk rechtssysteem) bestaat uit allerlei deeltjes informatie: wetsartikelen, commentaren en jurisprudentie. Het doen van een uitspraak is het toevoegen van een deeltje informatie aan het rechtssysteem. Dat betekent niet dat een precedent blindelings gevolgd moet worden (dat is ook onmogelijk, zie de eerste stap), maar wel dat het een belangrijk argument vormt dat het recht is zoals een jurist beweert dat het is.

¹²⁴ Scholten 1931, p. 163

¹²⁵ §Fout! Verwijzingsbron niet gevonden..

¹²⁶ Wederom §3.2.3.

¹²⁷ Hij levert een interessante historische verklaring en bespreekt de verschillen tussen civil en common law systemen uitgebreid. Jacob 2013, H.8, p. 218-275, i.h.b. p. 223. maar levert anders dan de hier besprokene geen nieuwe legitimatie.

¹²⁸ Het is een tikje onduidelijk in hoeverre hij zijn beschrijving ook normatief bedoelt, maar wat mij betreft vloeit vanuit zijn conceptualisering noodzakelijkerwijs voort dat precedents ook horen te binden.

¹²⁹ Er is bij mij weten een ander artikel dat stelt een inleiding in de legal information theory te zijn: K. P. Lee, ‘A Preface to the Philosophy of Legal Information’, *Science and Technology Law Review* 2017/15. Niet alleen is dit artikel van later datum, ook wordt niet heen en weer verwezen en lijken ze iets anders voor ogen te hebben staan. Lee richt zich op informatisering en de gevolgen die dat heeft voor het recht.

¹³⁰ Interessant, maar door Jacob onbesproken, is de verhouding van zijn theorie met het debat tussen natuur- en positief recht (zie ook uitgebreid Smith 1999). Op het eerste gezicht lijkt zijn theorie positivistisch, maar hij ontwijkt de discussie eigenlijk door te stellen dat ook in een natuurrechtelijke opvatting, het recht voor zover wij het kennen en daarmee voor zover relevant uit informatie bestaat.

Ik vind de legal information theory bijzonder interessant, maar niet zonder problemen.¹³¹ De legal information theory legt wat mij betreft uit waarom precedents binden in gevallen van procesrecht en wanneer zij een regel formuleren over gevallen die ook zonder die regel tot vernietiging zouden leiden. In beide gevallen is er geen andere, doorslaggevende informatie. Bij procesrecht berust het recht immers niet op een waardeninschatting en is dus uitgesloten dat andere informatie zwaarwegender wordt bevonden. Is puur omwille van de duidelijkheid afgesproken dat geldschulden bij de schuldenaar moeten worden betaald, dan zijn omstandigheden waarin dit niet hoeft moeilijk denkbaar. In het geval van een buitengrens is informatie die tot afwijking noopt eveneens uitgesloten: het gaat immers om gevallen die ook zonder die regel altijd tot vernietiging hadden moeten leiden. Er is, in andere woorden, geen overtuigender informatie denkbaar. De legal information theory legt dus uit waarom het precedent in die gevallen waarde heeft.

In andere gevallen is de legal information theory niet toereikend. Ten eerste gaat het als besproken niet om dezelfde rechtsregel.¹³² De informatie mist dus relevantie. Ten tweede kan de afwijkende afweging van een bestuursorgaan doorslaggevende informatie zijn die tot een andere uitkomst leidt. Een argument heeft dus wel een bepaalde argumentatieve waarde, maar is niet bindend.

3.2.6. Sunstein: doorslaggevende redenen

In zijn boek introduceert Sunstein “judicial minimalism”, een theorie die beschrijft hoe het Amerikaanse Hoogerechtshof steeds meer afziet van het doen van algemene oordelen met een brede reikwijdte en zich steeds meer beperkt tot argumenten op basis van de concrete omstandigheden van het voorliggende geval.¹³³ In dit licht besteedt hij ook aandacht aan de doctrine van “stare decisis” en de werking van precedents. Volgens Sunstein zijn argumenten abstract: elk argument heeft per definitie een bredere reikwijdte dan de conclusie waarvoor het

¹³¹ Zie ook de recensie van Jacobs boek van M. Payandeh, *International Journal of Constitutional Law*, 2014/3, 832-835, <https://doi.org/10.1093/icon/mou054>. Wanneer alle rechtsbronnen onder “juridische informatie” te vangen zijn, wordt het erg moeilijk te differentiëren tussen verschillende rechtsbronnen.

¹³² Zie wederom §1.4.

¹³³ Sunstein 1999 en C. R. Sunstein, ‘Beyond Judicial Minimalism’ (September 25, 2008). Harvard Public Law Working Paper No. 08-40; U of Chicago, Public Law Working Paper No. 237; U of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 432; Harvard Law School Program on Risk Regulation Research Paper No. 08-6.

wordt aangevoerd.¹³⁴ Sunstein werkt deze uitspraak niet verder uit, maar wat mij betreft klopt zij. Overweegt een rechter dat een bepaalde omstandigheid tot een gevolg moet leiden, dan moet die omstandigheid in andere situaties ook tot dat gevolg leiden. Sunsteins tweede stap is simpel: is een argument overtuigend in een concreet geval, dan moet het ook binden in vergelijkbare gevallen.

Ik beoordeel Sunsteins theorie als vergelijkbaar met die van Jacob. Gaat het om procesrecht of een buitengrens, dan zijn de argumenten per definitie altijd het meest zwaarwegend. Een algemene regel kan dan worden geformuleerd en is bindend. Is dat echter niet het geval, dan is altijd onduidelijk of geen sprake is van argumenten die een andere kant op leiden. Ook deze theorie geeft precedenten een bepaalde argumentatieve waarde, die sterker wordt naar mate gevallen meer gelijk worden. Een reden voor volledige binding is zij echter niet.

3.2.7. Implicaties en mogelijke bezwaren

De paragraaf leidt tot de volgende conclusie: wanneer een uitspraak onnodig recentraliseert (hij betreft geen procesrecht en noopt tot vernietiging in situaties waarin dat zonder die regel niet noodzakelijk was), mist die uitspraak de bindende kracht van precedentwerking. Deze conclusie voelt wellicht contra-intuïtief. Nederland is een eenheidsstaat, waarin rechtspraak niet is gedecentraliseerd. Dat klopt, maar is niet van belang voor binding: precedenten binden ook in een eenheidsstaat niet uit zichzelf. Zij hebben slechts bindende werking indien die werking uit een ander beginsel voortvloeit en dat gebeurt in gevallen van onnodig recentraliserende rechterlijke rechtsvorming niet.

Daarnaast kan men zich op het standpunt stellen dat fundamentele rechten moeten worden gehandhaafd, waaronder dat op gelijke behandeling.¹³⁵ Ook dat is correct, maar in dergelijke gevallen is wel degelijk sprake van precedentwerking. De rechter dient immers de buitengrenzen van decentralisatie te bewaken en kan dit (mede) doen aan de hand van algemene

¹³⁴ Sunstein 1999, p. 14.

¹³⁵ Zoals bijvoorbeeld neergelegd in artikel 1 van de Grondwet: “Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld. Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of op welke grond dan ook, is niet toegestaan.”

regels. Binnen die kaders bestaan geen precies gelijke gevallen, nu gemeenten juist is toegestaan te differentiëren.

De hier verdedigde positie komt er in wezen op neer dat de rechter gemeenten net zoveel ruimte als de wetgever moet laten. Grondrechten en bepaalde buitengrenzen moeten worden beschermd en omwille van de rechtszekerheid kunnen bepaalde procedurele regels worden vastgesteld. Binnen die grenzen en regels hebben gemeenten echter ruimte om te differentiëren. Het is niet aan de rechter de ruimte die de wetgever heeft toegekend te verkleinen.

3.2.8. Tussenconclusie

In deze paragraaf zijn zes grondslagen voor de bindende werking van precedënten besproken. Geen van deze grondslagen rechtvaardigt precedentwerking in gevallen van onnodig recentraliserende rechterlijke rechtsvorming. Dit komt met name doordat twee overigens gelijke gevallen in verschillende gemeenten verschillen en de informatie die een precedent oplevert niet met zekerheid het meest zwaarwegend is.

3.3. Brede motiveringen en exceptieve toetsing

3.3.1. Algemeen

In gevallen van onnodig recentraliserende rechterlijke rechtsvorming wordt het gemeenten vaak niet toegestaan een bepaald beleid te voeren. De geëigende weg om het bestuursorganen onmogelijk te maken bepaald beleid te voeren is exceptieve toetsing. Voor exceptieve toetsing geldt echter een eigen, specifiek toetsingskader. In deze paragraaf wordt de positie verdedigd dat rechters op dit moment geen goed criterium hanteren om te bepalen of zij exceptief of “regulier” toetsen, waardoor zeer vergelijkbare materiële gevolgen soms makkelijker dan anders worden bereikt. Onnodig recentraliserende rechterlijke rechtsvorming vindt dus plaats doordat rechters het verkeerde toetsingskader hanteren.

3.3.2. Twee toetsingskaders

In 2017 heeft Advocaat-Generaal Widdershoven een conclusie genomen over exceptieve toetsing.¹³⁶ Deze conclusie is grotendeels overgenomen in een uitspraak van de Raad, die is afgestemd met de andere hoogste bestuursrechters.¹³⁷ Hoewel de tendens van zowel conclusie als uitspraak is dat exceptieve en “gewone” toetsing meer naar elkaar toegroeien, bestaan mijns inziens nog wezenlijke verschillen tussen de wijzen van toetsing.

Betreffende de toetsingsintensiteit zijn deze verschillen klein.¹³⁸ De intensiteit van de toetsing neemt af op het moment dat het bestuursorgaan bij het nemen van de beslissing politiek-bestuurlijke afwegingen kan maken en neemt toe naarmate het te toetsen voorschrift meer ingrijpt in het leven van betrokkenen en daarbij fundamentele rechten aan de orde zijn.¹³⁹ Hoewel de jurisprudentie nog weinig is uitgekristalliseerd, lijkt dit overeen te stemmen met de toetsingsintensiteit bij toetsing van besluiten.¹⁴⁰

Een groter verschil ligt wellicht in de beginselen waaraan kan worden getoetst, al is hier de lijn van de Raad nog niet geheel duidelijk. In zijn conclusie stelt Widdershoven dat het rechtszekerheidsbeginsel uit drie sub-beginselen bestaat: het duidelijkheidsbeginsel, het verbod van terugwerkende kracht en het vertrouwensbeginsel.¹⁴¹ Van deze sub-beginselen komt alleen het verbod op terugwerkende kracht in aanmerking voor exceptieve toetsing.¹⁴² Een bestuursorgaan dwingen beleid niet uit te voeren op de grond dat het onduidelijk is, is door middel van exceptieve toetsing dus niet mogelijk. Dit vormt een groot verschil met de toetsing van besluiten, die regelmatig vernietigd worden op grond van het rechtszekerheidsbeginsel als de precieze voorschriften en aanspraken niet duidelijk zijn.¹⁴³ Of de Raad ook van mening is dat het duidelijkheidsbeginsel zich niet voor exceptieve toetsing leent, is onduidelijk. In de uitspraak waarin hij de conclusie grotendeels overneemt, rept hij slechts van toetsing aan

¹³⁶ Conclusie Advocaat-Generaal Widdershoven 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557 (*exceptieve toetsing*).

¹³⁷ CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2018, AB 2019/463 m.nt. van Zanten. De Afdeling heeft inmiddels ook een uitspraak gedaan waarin ze aangeven het toetsingskader over te nemen: ABRvS 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:452.

¹³⁸ Zie anders M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer 2003, p. 621-622.

¹³⁹ CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2018, r.o. 7.5.2.

¹⁴⁰ Barkhuysen, Becker & van Emmerik 2020.

¹⁴¹ Conclusie Advocaat-Generaal Widdershoven 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557 (*exceptieve toetsing*), 6.6.

¹⁴² Idem, 9. Overigens zet Widdershoven nergens uiteen waarom hij de andere beginselen en sub-beginselen niet geschikt acht voor exceptieve toetsing.

¹⁴³ Zie bijvoorbeeld de zaak over resultaatgericht indiceren,

algemene beginselen. Wel laat de Raad niet weten in dit opzicht af te wijken van de conclusie, waar hij dit ten aanzien van een ander punt wel expliciet doet.¹⁴⁴ Overigens stelt Widdershoven tevens dat het verbod op détournement de pouvoir en het verbod van willekeur niet voor exceptieve toetsing in aanmerking komen, waar deze wel tot vernietiging van een besluit kunnen leiden.¹⁴⁵

Een nog groter verschil bestaat bij de toetsing van formele beginselen. De Raad bepaalt allereerst dat strijd met formele beginselen nooit kan leiden tot (algemene) onverbindendverklaring, maar alleen tot het buiten toepassing laten van een voorschrift in een individueel geval. Dit buiten toepassing laten kan vervolgens alleen plaatsvinden indien een gebrekkige motivering of onzorgvuldige voorbereiding ertoe leidt dat de rechter niet kan beoordelen of een voorschrift strijdig is met hoger recht of beginselen.¹⁴⁶ Dit vormt een groot contrast met de toetsing van besluiten, waarbij schending van een formeel beginsel van behoorlijk bestuur wel tot vernietiging kan leiden.

Het laatste, meest voor de hand liggende, verschil is het onderwerp van toetsing. Bij de toetsing van een besluit wordt alleen dat besluit getoetst, bij exceptieve toetsing een geheel voorschrift. Dit betekent dat een voorschrift alleen kan worden vernietigd of buiten toepassing gelaten, indien het gebrek aan het voorschrift kleeft en niet aan het besluit dat op grond van dat voorschrift is genomen.

Er bestaan dus verschillen tussen de wijze waarop een voorschrift en een besluit worden getoetst. Een besluit kan vernietigd worden wegens strijd met meer beginselen dan een voorschrift, de toetsing van formele beginselen kan voor een voorschrift alleen buiten toepassing laten in een individueel geval meebrengen en voor vernietiging van een voorschrift moet een gebrek aan dat voorschrift als geheel kleven.

¹⁴⁴ CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2018, r.o. 7.5.3.

¹⁴⁵ Conclusie Widdershoven 2017, r.o. 9.

¹⁴⁶ CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2018, r.o. 7.5.3.

3.3.3. Wanneer exceptief toetsen?

Deze verschillen brengen behoefte aan een criterium om te bepalen wanneer exceptief moet worden getoetst met zich. Er zijn al een aantal gevallen besproken waarin de motivering van een uitspraak waarin een besluit werd getoetst zo verstrekkend was, dat een volledig beleid niet langer kon worden uitgevoerd. Daarmee lijkt het gevolg van een dergelijk beleid materieel erg op de uitkomst van een exceptieve toetsing, maar wordt een lichter toetsingskader toegepast. Een voorbeeld is het resultaatgericht indiceren: de wijziging in de verordening die resultaatgericht indiceren mogelijk moest maken had net zo goed niet doorgevoerd kunnen worden, nu de Raad in algemene zin overwoog dat resultaatgericht indiceren niet door de beugel kan.

Om de vraag wanneer een rechter exceptief toetst te beantwoorden, moet onderscheid worden gemaakt tussen drie gevallen: geschillen waarin een partij zich op de onverbindendheid of het buiten toepassing laten van een algemeen verbindend voorschrift beroept; gevallen waarin bij de vaststelling van het voorschrift voorziene gevallen tot een onrechtmatige uitkomst leiden en gevallen waarin een gebonden bevoegdheid wordt getoetst.

Stelt een partij in een geschil zelf een achterliggend voorschrift aan de orde, dan toetst de rechter dit voorschrift exceptief.^{147/148} Dit criterium is echter niet toereikend voor het wegnemen van de hiervoor besproken spanning. Een strategische appellant zal immers voorkeur hebben voor het “lichtere” toetsingskader, aangezien dit sneller tot vernietiging leidt en zijn verzoek daarom slechts richten op het individuele besluit.

Het tweede geval is complexer. Ook volstrekt rechtmatige algemeen verbindende voorschriften kunnen onrechtmatig worden toegepast. Dit roept de vraag op wanneer een voorschrift op zich rechtmatig is, maar (meermaals) onrechtmatig wordt toegepast en wanneer de onrechtmatigheid aan het voorschrift zelf kleeft. Een vergelijkbare discussie is gevoerd ten aanzien van beleidsregels.^{149/150} Hoewel van beleidsregels in tegenstelling tot algemeen verbindende

¹⁴⁷ Dit gebeurt op grond van lid 1 van artikel 8:69 Awb: “de bestuursrechter doet uitspraak op de grondslag van het beroepschrift, de overgelegde stukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting.”

¹⁴⁸ Dit aan de orde stellen hoeft overigens niet expliciet. De bestuursrechter kan het ook als rechtsgrond aanvullen op grond van het tweede lid van artikel 8:69 Awb.

¹⁴⁹ Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 1994/95, 23 700, nr. 5, p. 47.

¹⁵⁰ Zie voor een (oude) uitspraak en noot over deze thematiek ten aanzien van algemeen verbindende voorschriften ABRvS (vz.) 1 februari 1988, *AB* 1998/456, m.nt. H. J. Simon.

voorschriften inherent afgeweken kan worden,¹⁵¹ heeft deze discussie ook relevantie voor algemeen verbindende voorschriften. Ten aanzien van beleidsregels heeft het kabinet zich op het standpunt gesteld dat afwijking slechts mogelijk zou moeten zijn in geval van onvoorziene omstandigheden. Leidt het voorschrift in voorziene omstandigheden tot een onrechtmatige uitkomst, dan is het voorschrift zelf onrechtmatig.¹⁵² Ik vind deze redenering goed te volgen, zij het dat die onrechtmatigheid van het voorschrift wat mij betreft vervolgens door exceptieve toetsing moet worden bepaald. Leiden onvoorziene omstandigheden tot een onrechtmatige situatie, dan kan het besluit vernietigd worden met een motivering aan de hand van de specifieke omstandigheden; gaat het om voorziene omstandigheden, dan dient het algemeen verbindend voorschrift exceptief te worden getoetst en zo nodig onverbindend of buiten toepassing te worden verklaard.¹⁵³ Tot dusver volgt de Raad deze redenering in ieder geval niet: in bijvoorbeeld gevallen van resultaatgericht indiceren ging het om voorziene omstandigheden,¹⁵⁴ maar toetste de Raad toch niet exceptief.

Een laatste bijzondere categorie gevallen is die waarin een gebonden bevoegdheid wordt getoetst. In beginsel heeft een bestuursorgaan in die gevallen geen beleidsruimte, waarmee het besluit niet aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur kan worden getoetst.¹⁵⁵ Exceptieve toetsing van het achterliggende voorschrift is dan de enige mogelijkheid die resteert. Dit criterium leidt tot ongewenste uitkomsten. Een gemeente die resultaatgericht indiceren slechts mogelijk maakt, kan zich niet baseren op het sterkere kader van exceptieve toetsing, een gemeente die het verplicht wel. Niet alleen leidt dit tot willekeur, ook geeft het de regelgever een perverse prikkel tot het verkleinen van de mogelijkheid tot maatwerk en het verplicht stellen van beleid dat mogelijk de rechterlijke toets niet doorstaat.

¹⁵¹ Artikel 4:84 Awb: “Het bestuursorgaan handelt overeenkomstig de beleidsregel, tenzij dat voor een of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen.”

¹⁵² *Kamerstukken II 1994/95, 23 700, nr. 5, p. 47.*

¹⁵³ Dit betekent dus wel dat het uitgesloten is dat een rechtmatig voorschrift onder in dat voorschrift geanticipeerde omstandigheden tot een onrechtmatige uitkomst leidt. Ik kan zelf goed met die conclusie leven.

¹⁵⁴ Verdedigd zou nog kunnen worden dat de omstandigheden (een vies huis en kwetsbare cliënt) in de eerste zaak niet door de regelgever waren voorzien. In de zaak die ten grondslag lag aan het mondelinge proces-verbaal ging het echter om een vrij doorsnee cliënt en is het wel heel onwaarschijnlijk dat de relevante omstandigheden niet waren voorzien.

¹⁵⁵ Anders M. Scheltema, ‘De responsieve rechtsstaat: het burgerperspectief’, *NTB* 2019/24. Volgens hem moeten ook wetten in formele zin aan het evenredigheidsbeginsel worden getoetst. Hij geeft zelf ook al toe dat een expliciete verankering van deze plicht de voorkeur heeft.

3.3.4. *Tussenconclusie*

Er bestaan wezenlijke verschillen tussen het toetsingskader waarmee algemeen verbindende voorschriften aan de hand van reguliere toetsing de facto onverbindend kunnen worden verklaard en de geëigende weg voor onverbindendverklaring; exceptieve toetsing. Dit is problematisch, nu geen helder en hanteerbaar criterium bestaat voor de vraag wanneer op welke wijze moet worden getoetst. De huidige situatie leidt tot willekeur en een perverse prikkel controversieel beleid te verplichten, in plaats van slechts mogelijk te maken. In het volgende hoofdstuk wordt een aanzet gedaan een beter criterium te formuleren.

Voor deze scriptie is echter vooral van belang dat onnodig recentraliserende rechterlijke rechtsvorming via een oneigenlijk route plaatsvindt. Beleid wordt immers onmogelijk gemaakt, zonder dat het ooit exceptief is getoetst. Zou wel exceptief worden getoetst, dan zou niet alleen de correcte procedure worden gevolgd, maar ook het gemeente-overstijgende perspectief beperkt blijven: alleen de regel uit een specifieke verordening wordt dan onverbindend verklaard.¹⁵⁶

3.4. **Tussenconclusie**

Onnodig recentraliserende rechterlijke rechtsvorming is dus rechtens onjuist. Allereerst mist het een juridische basis: de precedentwerking waaraan zij haar kracht moet ontleen, kent in de specifieke gevallen van onnodige recentralisering geen grondslag. Daarnaast wordt onnodig recentraliserende rechterlijke rechtsvorming mede gecreëerd doordat rechters beleid de facto onmogelijk maken, zonder het geëigende toetsingskader te gebruiken.

¹⁵⁶ De motivering waarmee voorschriften onverbindend worden verklaard, kunnen natuurlijk ook een bredere werking hebben. In dat geval is dat waarschijnlijk echter minder problematisch: gemotiveerd moet dan worden waarom een regel problematisch is, hetgeen per definitie minder casuïstisch is dan de motivering van de vernietiging van een individueel besluit.

4. Aanbevelingen

4.1. Algemeen

Nu vast staat dat onnodig recentraliserende rechterlijke rechtsvorming een probleem is, kunnen mogelijke oplossingen worden onderzocht. Hiervoor is allereerst een analyse nodig van de redenen dat rechters soms onnodig recentraliserend recht vormen (§4.2). Dit gebeurt met name doordat zij relevante informatie missen. Hierna zal eerst worden onderzocht hoe zij het best kunnen omgaan met dit gebrek aan informatie (aanbevelingen aan rechters, §4.3) en daarna hoe de nodige informatie beter aan rechters kan worden verschaft (aanbevelingen aan de wetgever, §4.4). Tot slot wordt uiteengezet wat andere actoren kunnen doen om binnen het huidige systeem onnodig recentraliserende rechterlijke rechtsvorming tegen te gaan (§4.5).

Hierbij past een opmerking vooraf. De aanbevelingen in dit hoofdstuk, en tot op zekere hoogte de gehele scriptie, hinken op twee gedachten. Aan de ene kant willen zij de regelgevende functie van de rechter beperken, met name door hem minder verstrekkende uitspraken te laten doen. Aan de andere kant geven zij de rechter instrumenten die passen bij een bredere regelgevende rol. De aanbevelingen moeten dus gelaagd worden gelezen: de rechter dient af te zien van het doen van algemene oordelen, maar voor zover hij die toch doet, dient hij in staat te worden gesteld die zo goed mogelijk te doen. Daarnaast is het mijn hoop dat de aanbevelingen de rechter ertoe brengen op basis van de extra informatie minder verstrekkende uitspraken te doen.

4.2. Probleemanalyse

Tot dusver is besproken dat onnodig recentraliserende rechterlijke rechtsvorming voorkomt en een probleem is. Er is echter nog geen verklaring gegeven voor zijn verschijning. Dat wordt in deze paragraaf gedaan. Hiervoor moet onderscheid worden gemaakt tussen twee vormen van onnodig recentraliserende rechterlijke rechtsvorming: “zuivere”, door rechters en “onzuivere”, door de literatuur en praktijk.¹⁵⁷

¹⁵⁷ Voor alle duidelijkheid: dit is een ander onderscheid dan dat tussen de abstracte en de feitelijke opvatting van het recht. Onnodig recentraliserende rechterlijke rechtsvorming kan per definitie alleen onder de feitelijke opvatting van het recht plaatsvinden.

4.2.1. Zuivere onnodig recentraliserende rechtsvorming: rechters

Het is de hoofdtaak van rechters rechtsbescherming te bieden in een concreet geschil. Hun organisatie is daarop afgestemd: zij hebben in beginsel geen budget om aspecten die niet direct relevant zijn voor het bereiken van de juiste uitkomst in een zaak te onderzoeken en zijn ook anderszins afhankelijk van wat partijen hen aanleveren.¹⁵⁸ Tegelijkertijd heeft de rechter vaak te maken met schrijnende gevallen en laat de wetgever bestuursorganen steeds meer ruimte zelf beleid te formuleren, waardoor de rechter rechtsbescherming moet bieden aan de hand van vagere normen.

Ik acht het onwaarschijnlijk dat partijen de rechter de informatie die nodig is om onnodig recentraliserende rechtsvorming tegen te gaan aanleveren. Appellant heeft hier geen belang bij: hij wil immers dat het voor hem relevante besluit vernietigd wordt. De vraag of het beleid in andere gemeenten wel in stand kan worden gelaten is voor hem niet relevant. Het is ook onwaarschijnlijk dat het verwerende bestuursorgaan deze informatie zelf levert. Niet alleen is het maar de vraag of dit orgaan op de hoogte is van het beleid dat in andere gemeenten wordt gevoerd, ook is er een reëel risico dat hij zijn eigen procespositie verzwakt door het beleid in algemene zin te verdedigen. Indien de gevolgen van het beleid suboptimaal waren, dient de gemeente dan immers toe te geven dat deze tekortkomingen aan zijn eigen uitvoering liggen.

Het is voor rechters dus erg moeilijk zicht te krijgen op de gevolgen van een meer algemene uitspraak voor andere gemeenten. Of een uitspraak gemeente-overstijgende gevolgen heeft en of deze gerechtvaardigd zijn, is dus moeilijk vast te stellen.

¹⁵⁸ P.P. Rijkema, *Rechtersrecht. Over de rechtsvormende rol van de rechter in een democratische rechtsstaat*, Den Haag: BJu 2001; Schutgens 2019; G.E. Langemeijer, Een nieuwe episode in de rechtsvindingsleer, in: P. Abas e.a. (red.), *Non sine causa, Opstellen aangeboden aan prof. mr. G.J. Scholten*. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1979, p. 213-220, i.h.b. p. 215 en 219. Nieuwenhuis geeft nog een andere reden dat meer algemene regels door de wetgever dienen te worden geformuleerd: draagvlak. J.H. Nieuwenhuis, Münchenhausen of het probleem van de toereikende grond bij het vinden van het recht, in: E.T. Feteris e.a. (red.), *Op goede gronden: bijdragen aan het tweede symposium juridische argumentatie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1997, p. 8.; Sunstein 1999, p. 47; De Poorter & van Roosmalen 2009. Smith geeft een extra reden aan dat deze tekortkomingen problematisch zijn: in lastige beslissingen zijn het mogelijke beslissingen en niet beginselen die tegen elkaar worden afgewogen. C.E. Smith, 'Het belang van de casuïstiek: belangenafweging en vergelijkingsmethode', *Trema* 2009, p. 384- 389; ten Berge 1987, p. 38.

4.2.2. *Onzuiver: literatuur & Praktijk*

Als gezien zijn er ook gevallen waarin de rechterlijke uitspraak zelf niet onnodig recentraliseert, maar deze in de praktijk een bredere reikwijdte wordt toegedicht dan op basis van de uitspraak gerechtvaardigd is. Het is logisch dat partijen afgaan op wat in tijdschriften en websites wordt gepubliceerd: er moet veel jurisprudentie worden bijgehouden en deze is vaak complex, zeker voor mensen die niet volledig in een bepaald rechtsgebied zijn ingevoerd. De tendens lijkt versterkt door het gegeven dat met de opkomst van internet zeer veel nieuwsbrieven en blogs zijn ontstaan, die vaak ook een breed domein bestrijken.

Een belangrijke verklaring is de manier waarop rechters hun uitspraken vormgeven. Als besproken laten zij het vaak aan de literatuur om de rechtsregels uit hun uitspraken af te leiden en is het niet altijd duidelijk wanneer een uitspraak breder beoogt te werken en wanneer niet.¹⁵⁹ Het is dan niet verwonderlijk dat de literatuur soms te enthousiast een rechtsregel in een bepaalde uitspraak leest. Wanneer dat rechters duidelijker formuleren en motiveren wanneer zij een nieuwe rechtsregel beogen te creëren, is het voor de literatuur ook makkelijker vast te stellen wanneer zij dit niet doen.¹⁶⁰

4.3. **Aanbevelingen voor rechters**

4.3.1. *Wijzigingen in beoordeling van geschillen*

4.3.1.1. Algemeen: terughoudendheid

Als besproken is het voor rechters moeilijk in te zien of en welke gevolgen hun uitspraken hebben buiten het concrete geschil. Dit betekent dat ze terughoudend moeten zijn in het formuleren van uitspraken met een strekking die het individuele geval overstijgt.

Sunstein heeft (een beetje) geschreven over de wijze waarop rechters deze terughoudendheid kunnen vormgeven.¹⁶¹ Hij maakt onderscheid tussen de breedte en diepte van een uitspraak. De breedte van een uitspraak is de mate waarin die uitspraak van toepassing is op andere

¹⁵⁹ Zie §2.3.3.3.1. Een voorbeeld is het resultaatgericht indiceren, waar pas in de tweede uitspraak duidelijk werd dat de eerste algemeen bedoeld was.

¹⁶⁰ Zie ook §4.1.3.3.

¹⁶¹ Sunstein 1999, i.h.b. p. 10-19.

gevallen.¹⁶² Als beschreven wordt de algemene toepasbaarheid van een regel bepaald door de hoeveelheid situaties waarin aan de voorwaarden van de regel voldaan kan worden. Rechters dienen er dus naar te streven zo specifiek mogelijke voorwaarden op te stellen.

De diepte van een uitspraak ziet op de wijze waarop die uitspraak wordt onderbouwd. Een zeer fundamentele uitspraak, die teruggaat tot de essentie van een rechtsregel, heeft waarschijnlijk (maar niet noodzakelijk) een bredere reikwijdte dan een uitspraak die meer op voor de zaak specifieke feiten steunt.¹⁶³ Zo sprak de Raad een vrij fundamenteel oordeel over het rechtszekerheidsbeginsel uit toen hij bepaalde dat dit beginsel met zich brengt dat toekenningen van hulp een concreet aantal uren moeten bevatten. Een grotere focus op de feiten had een minder diep en minder breed toepasbare uitspraak betekend. Bij het bewaren van de vereiste specificiteit doen rechters er dus goed aan meer te motiveren aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval, dan op basis van meer fundamentele uitspraken over artikelen en beginselen. Specifiek in het geval van decentralisatie heeft deze wijze van motiveren een tweede voordeel. Elke gemeente kent een eigen relatief gewicht aan belangen en beginselen toe. Dit gewicht is voor de rechter moeilijk te kennen. Tot de concrete feiten van een geschil heeft hij beduidend meer toegang.

Aan deze suggestie kleeft een duidelijk nadeel: wanneer rechters minder algemene regels in hun uitspraken formuleren, bestaat voor zowel gemeente als burger minder duidelijkheid over de toelaatbaarheid van bepaalde besluiten en (daarmee) de rechtspositie van burgers. Dat gaat gedeeltelijk ten koste van rechtsbescherming en betekent dat meer over de verschillende rechtsposities moet worden geprocedeerd. Zoals betoogd is dat wat mij betreft tot op zekere hoogte inherent aan decentralisatie: wanneer iedere gemeente zijn eigen beleid mag vaststellen, bestaat daarover minder duidelijkheid dan wanneer één beleid voor heel Nederland geldt. Daarnaast heeft de rechter nog steeds veel ruimte om rechtsbescherming te bieden. Gaat het om regels waarvan overtreding altijd, dus ook zonder die regel, een schending van het recht betekent, dan is de recentraliserende werking van de uitspraak niet onnodig. Dergelijke algemene regels kunnen dus nog steeds worden geformuleerd. Daarnaast kan rechtsbescherming ook op een andere manier dan door middel van algemene regels worden geboden: in het bestuursrecht is sprake van een ontwikkeling naar intensievere toetsing, waarbij

¹⁶² Sunstein 1999, p. 10.

¹⁶³ Sunstein 1999, p. 11-14; de Poorter & van Roosmalen 2019 gebruiken dezelfde methodiek (zij het op een iets andere wijze), zie in het bijzonder p. 112-113.

het steeds meer aan de rechter in plaats van het bestuursorgaan is om regels uit te leggen.¹⁶⁴ Deze scriptie staat grotendeels los van die ontwikkeling. Slechts wordt betoogd dat in de gevallen waarin een rechter het recht ten aanzien van een gemeente heeft uitgelegd, deze uitleg in een aantal gevallen andere gemeenten niet bindt. Rechtsbescherming wordt dus niet noodzakelijk versoberd, maar wel geïndividualiseerd.

De vraag of deze beperking van de rechtszekerheid en de mogelijkheid rechtsbescherming te bieden meer of minder belangrijk is dan de toename in autonomie van gemeenten, is een politieke. Voor mij persoonlijk geeft de ratio van decentralisering uiteindelijk de doorslag: wanneer de wetgever expliciet bepaalde ruimte aan een gemeente heeft toegekend, is het niet aan de rechter die ruimte op een wijze waaraan juridische problemen kleven in te perken. Voor de goede orde merk ik op dat de andere in dit hoofdstuk geformuleerde aanbevelingen ook een belangrijke oplossing voor het probleem vormen zonder dat zij ten koste gaan van rechtsbescherming en rechtszekerheid.

4.3.1.2. Test

Dit alles neemt niet weg dat er, als besproken, gevallen zijn waarin een algemene uitspraak wel op zijn plaats is. Het gaat hierbij om procesrecht en de situatie waarin buitengrenzen moeten worden beschermd. Er kunnen specifiekere criteria worden ontwikkeld om de vraag te beantwoorden wanneer van deze categorieën sprake is.

Procesrecht is recht waaraan geen of nauwelijks een politieke afweging ten grondslag ligt (denk bijvoorbeeld aan termijnen). Het is voor een rechter relatief eenvoudig vast te stellen of van een dergelijke politieke afweging sprake is.¹⁶⁵ Wanneer sprake is van de bescherming van buitengrenzen is moeilijker vast te stellen. Wanneer de rechter buitengrenzen beschermt, worden slechts besluiten “verboden”¹⁶⁶ die onder geen enkele omstandigheid de toets van het recht kunnen doorstaan. Of de rechter veilig een dergelijke algemene regel kan formuleren, kan

¹⁶⁴ Deze ontwikkeling is ingezet door E.M.H. Hirsch Ballin, ‘Dynamiek in de bestuursrechtspraak’, in: Hirsch Ballin, Ortlep & Tollenaar 2015, een overzicht wordt geboden door Becker, Barkhuysen & van Emmerik 2020. Zie ten aanzien van beleidsregels

¹⁶⁵ De bestuursrechter kijkt nu immers ook al naar de mate waarin een beleids- of politieke afweging ten grondslag ligt aan een regel of besluit. Zie bijvoorbeeld de al aangehaalde Conclusie Widdershoven 2017.

¹⁶⁶ Meer specifiek: wordt de regel opgesteld dat besluiten die aan die voorwaarde voldoen worden vernietigd.

wat mij betreft aan de hand van het volgende criterium worden vastgesteld: de rechtsvormende werking van een uitspraak is niet onnodig wanneer elk besluit dat door die uitspraak wordt verboden ook zonder die uitspraak vernietigd zou zijn. In die gevallen gaat immers geen beslissingsruimte verloren, maar is de rechtszekerheid geholpen.

4.3.1.3. Motivering

Wenst de rechter een meer algemene regel te formuleren, dan dient ook gemotiveerd te worden waarom hij voor die regel kiest. Er bestaat een verschil tussen de motivering van een beslissing in een individueel geval en die van een algemene regel. De beslissing in een individueel geval kan immers steunen op de feiten van dat algemene geval. Een meer algemene regel heeft betrekking op meerdere situaties. Het volstaat dan niet te verwijzen naar de specifieke omstandigheden van de voorliggende casus, maar uitgelegd moet worden waarom de voorwaarden uit die regel per definitie tot een bepaald gevolg moeten leiden.¹⁶⁷ Deze wijze van motivering is niet alleen van belang omdat daarmee de beslissing inzichtelijk wordt gemaakt,¹⁶⁸ maar ook omdat de motivering een controle op de rechter vormt.¹⁶⁹ Kan hij situaties bedenken waarin wel aan de voorwaarden uit de regel is voldaan, maar vernietiging niet op zijn plaats is, dan is aan het vereiste dat vernietiging *per definitie* moet plaatsvinden dus niet voldaan en is een minder algemene regel op zijn plaats.

¹⁶⁷ Dit gebeurde bijvoorbeeld niet in de zaak van het resultaatgericht indiceren, waarin slechts naar de specifieke omstandigheden van de casus werd verwezen.

¹⁶⁸ Volgens Hirsch Ballin 1988 onder verwijzing naar Belinfante is motivering zelfs de wijze waarop de rechter verantwoording aflegt.

¹⁶⁹ H.F.M. Crombach, J.L. de Wijkerslooth & M.J. Cohen, *Een theorie over rechterlijke beslissingen*, Tjeenk Willink: Groningen 1977, p. 14; Martens 1993, p. 136; de Poorter & van Roosmalen 2009, p. 15 verwijzen ook naar Martens. Overigens heeft Wiarda met zijn vergelijkingsmethode in zijn *Drie typen van rechtsvinding* een vergelijkbaar doel. G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1972.

4.3.2. *Wijzigingen in procesrecht*

4.3.2.1. Belanghebbendheid

Aan de hand van jurisprudentie kan het procesrecht verbeterd worden om onnodig recentraliserende rechtsvorming tegen te gaan. Artikel 1:2 lid 2 van de Awb bepaalt dat aan het bestuursorgaan toevertrouwde belangen als belangen van dat bestuursorgaan worden beschouwd.¹⁷⁰ Deze regel kan wat mij betreft zo worden uitgelegd dat een gemeente die eigenlijk geen procespartij is, maar beleid voert dat mogelijk beperkt of ingeperkt gaat worden, in een bepaalde zaak belanghebbende is. Deze belanghebbendheid betekent vervolgens dat de gemeente als procespartij kan uitleggen waarom het beleid in algemene zin wel kan standhouden en hoe onnodig recentraliserende werking van de uitspraak kan worden voorkomen.

4.3.2.2. Exceptieve toetsing

In paragraaf 3.3 is al betoogd dat een nieuw criterium voor exceptieve toetsing nodig is. Een rechtmatig voorschrift kan immers tot een onrechtmatige toepassing leiden. Wat mij betreft moet eerst onderzocht worden waaruit de gestelde onrechtmatigheid voortvloeit. Is de onrechtmatigheid gebaseerd op bijvoorbeeld een onzorgvuldige toepassing van de regel, zoals een foutieve feitenvergaring of niet ingaan op aangevoerde argumenten in bezwaar, dan hoeft niet exceptief te worden getoetst. Er bestaat dan ook geen gevaar voor het voortbestaan van de regel (en daarmee niet voor recentraliserende rechtsvorming), omdat een eventuele vernietiging op specifieke omstandigheden zal zijn gebaseerd. Is toepassing van de regel mogelijk onrechtmatig zonder dat er in die toepassing overige fouten zijn gemaakt, dan moet worden onderzocht of de omstandigheden van het geval in de regel voorzien waren. Is wel in de omstandigheden voorzien, dan moet het voorschrift exceptief getoetst worden. Is dit niet zo, dan kan ook worden bepaald dat het specifieke voorschrift buiten toepassing blijft. Dit oordeel

¹⁷⁰ Ten aanzien van bestuursorganen worden de hun toevertrouwde belangen als hun belangen beschouwd.”

wordt dan echter gebaseerd op niet-voorzien omstandigheden, waarmee de bredere gevolgen voor het voorschrift beperkt blijven.

Dit nieuwe criterium gaat onnodig recentraliserende rechtsvorming tegen en zorgt voor duidelijkheid wanneer welk toetsingskader dient te worden gebruikt. Daarnaast heeft het nog twee andere voordelen. Ten eerste is het oordeel dogmatisch logischer: regels worden vastgesteld om in een bepaald geval tot een rechtmatige uitkomst te komen. Leiden voorzien omstandigheden tot een onrechtmatige uitkomst, dan schort iets aan het voorschrift. Gaat het om niet-voorzien omstandigheden, dan zegt dat niets over het functioneren van de regel in de gevallen waarvoor het is vastgesteld. Daarnaast sluit het criterium beter aan bij de democratische legitimatie die algemeen verbindende voorschriften hebben. In de literatuur is betoogd dat dit democratisch primaat een meer terughoudende toetsing met zich moet brengen.¹⁷¹ Dit democratisch primaat kan echter per definitie slechts zien op voorzien omstandigheden. Is een bepaalde omstandigheid niet voorzien, dan kan daarover geen democratische keuze zijn gemaakt.

4.4. Aanbevelingen voor de wetgever en procespartijen

4.4.1. Terugtrekkende wetgever

Onnodig recentraliserende rechterlijke rechtsvorming wordt onder meer veroorzaakt door “de terugtrekkende wetgever”.¹⁷² Met dit begrip wordt het fenomeen bedoeld dat de wetgever minder specifieke regels stelt, maar meer ruimte toekent aan andere organen, zoals gemeenten. Rechter verlenen dan rechtsbescherming en voldoen aan de behoefte aan algemene regels door zelf meer rechtsvormend op te treden en intensiever te toetsen aan hoger recht. Rechter zijn daar, als besproken, echter slecht toe geëquipeerd. De wetgever kent juist wel een proces waarin alle belangen naar voren kunnen komen en gevolgen duidelijk kunnen worden uitgezocht. Het verdient dus de voorkeur wanneer de wetgever dergelijke algemene regels zelf formuleert en dit niet aan de rechter overlaat.

¹⁷¹ Conclusie Widdershoven 2017, *passim*.

¹⁷² Dit fenomeen is wat mij betreft al erg goed beschreven in Koopmans 1970; zie ook Hirsch Ballin 2015.

4.4.2. *Amicus curiae*

De *amicus curiae* biedt actoren die geen procespartij zijn de mogelijkheid inbreng te leveren aan de rechter. Na een experiment¹⁷³ is op dit moment een wetsvoorstel aanhangig dat ertoe strekt de *amicus curiae* voor de hoogste bestuursrechters te introduceren.¹⁷⁴ Dit is aan te bevelen: een *amicus curiae* biedt gemeenten en uitvoeringsinstanties de mogelijkheid uiteen te zetten hoe het te toetsen beleid in hun gemeente functioneert en waarom het niet in algemene zin onmogelijk dient te worden gemaakt. Een mogelijk probleem is wel dat de *amicus curiae* in het wetsvoorstel slechts mogelijk is indien de rechter expliciet de mogelijkheid te reageren opent. Rechters kunnen juist slecht inschatten of en welke bredere gevolgen hun uitspraak heeft. In dit licht is het dan ook aan te bevelen de *amicus curiae* in alle gevallen open te stellen.

Als mogelijk nadeel van de *amicus curiae* is de werkdruk die hij met zich meebrengt genoemd.¹⁷⁵ Inderdaad kan deze werkdruk aanzienlijk zijn, indien allerlei gemeenten en uitvoeringsinstanties inbreng voor een zaak leveren. Dit probleem kan grotendeels ondervangen worden door de Vereniging Nederlandse Gemeenten (“VNG”) een speciale rol te geven. De VNG zou dan als enige intervisierecht hebben en zelf in kaart kunnen brengen in welke gemeenten bepaald beleid met welke reden wordt gehanteerd. Deze inbreng kan door de VNG worden samengebracht tot één stuk. De belasting voor de bestuursrechter wordt dan aanmerkelijk verlicht

4.5. **Andere actoren**

4.5.1. *Literatuur*

¹⁷³ Zie R. Stolk, Y.E. Schuurmans & J.E. Esser, ‘De *amicus curiae*: een instrument voor rechtsvorming of ook voor rechtsbescherming?’, *AA* 2019, p. 9-19; J.C.A. de Poorter, L.A. van Heusden & C.J. de Lange, *De amicus curiae geëvalueerd*, Den Haag: Raad van State 2018, te raadplegen op www.raadvanstate.nl.

¹⁷⁴ Zie <https://www.internetconsultatie.nl/bestuursrechtspraak>.

¹⁷⁵ Stolk, Schuurmans & Esser 2019.

Zoals besproken zijn er gevallen waarin de literatuur te algemene conclusies baseert op een rechterlijke uitspraak. Annotatoren, medewerkers van nieuwsbrieven en dergelijke doen er goed aan zich bewust te zijn van de problematiek van onnodig recentraliserende rechterlijke rechtsvorming en alleen een meer algemene conclusie te trekken wanneer zij relatief zeker zijn van hun zaak.

4.5.2. Praktijk

Vaak biedt een rechterlijke uitspraak dus meer ruimte dan een persbericht of nieuwsbericht impliceert. In de praktijk werkzame juristen doen er goed aan de uitspraken uit de literatuur scherp te (laten) controleren om te onderzoeken of bepaalde ruimte echt niet bestaat.

4.5.3. Gemeenten & VNG

Tot slot doen procederende gemeenten er goed aan te beseffen dat de gevolgen van een uitspraak ook mogelijke andere gemeenten kunnen raken. Zij kunnen de rechter er dan op attenderen dat een andere gemeente mogelijk vergelijkbaar beleid voert, of inbreng van die gemeente vragen voor hun processtukken. De VNG kan in dit proces ook een coördinerende rol spelen, door bijvoorbeeld bij te houden welk beleid in verschillende gemeenten wordt gevoerd en waarover geprocedeerd wordt, met als doel procederende en uitvoerende gemeenten eventueel samen te brengen.

5. Conclusie

De onderzoeksvraag kan nu worden beantwoord. In het begin van deze scriptie is rechterlijke rechtsvorming geconceptualiseerd als het verbinden van gevolgen aan bepaalde voorwaarden. Deze conceptualisering is gebruikt om onderscheid te maken tussen meer en minder rechtsvormende uitspraken: is een uitspraak gedaan door een hogere rechter, zijn de voorwaarden uit de geformuleerde regel op meer situaties toepasbaar en sluiten zij minder goed aan bij eerdere regels, dan is een uitspraak meer rechtsvormend. De conceptualisering van rechtsvorming is vervolgens toegepast op decentralisatie. Rechtsvorming kan immers beleidsruimte van gemeenten inperken. Deze inperking is gerechtvaardigd indien het gaat om procesrecht – recht waarvan belangrijker is dat het wordt geregeld dan hoe – en indien slechts besluiten uitgesloten worden die ook zonder de regel waren vernietigd. In andere gevallen is de rechterlijke rechtsvorming onnodig recentraliserend. Er zijn gevallen denkbaar waarin het belang van rechtszekerheid zwaarder moet wegen dan de recentraliserende werking van een uitspraak, maar deze zijn zeldzaam. Soms vloeit de recentraliserende werking niet voort uit de uitspraak zelf, maar uit onterechte interpretaties in de literatuur.

Deze onnodig recentraliserende rechterlijke rechtsvorming dient om ten minste twee redenen te worden voorkomen. Ten eerste is er geen goede rechtvaardiging voor precedentwerking tussen verschillende rechtssystemen van verschillende gemeenten. De basis voor dergelijke rechtsvorming ontbreekt dus. Daarnaast vloeit onnodig recentraliserende rechterlijke rechtsvorming vaak voort uit het de facto onmogelijk maken van beleid aan de hand van toetsing van een individueel besluit, terwijl het striktere toetsingskader van exceptieve toetsing moet worden gebruikt om dergelijke gevolgen te bereiken.

Dit voorkomen kan op een aantal manieren gebeuren. De belangrijkste aanbeveling is aan de rechter. Hij doet er goed aan zijn uitspraak meer toe te snijden op het individuele geval. Naast zorgen dat hij minder brede vereisten in zijn regel gebruikt, kan dit door zijn motivering meer te baseren op de individuele omstandigheden van het geval, zij het dat dit nadelige gevolgen heeft voor de rechtszekerheid en rechtsbescherming. Wil een rechter toch een algemene regel formuleren, dan dient hij ook te motiveren waarom die regel in het algemeen gelding heeft, los van de feiten van de specifieke uitspraak waarin die regel werd geformuleerd. Verder zijn buitenwettelijke wijzigingen in het procesrecht mogelijk: bestuursorganen die ter discussie staand beleid hanteren kunnen worden aangemerkt als belanghebbende. Ten aanzien van exceptieve toetsing kan het criterium worden gehanteerd dat regels pas, de facto of de jure,

onverbindend worden verklaard als omstandigheden die de wetgever bij het opstellen van de verordening heeft voorzien tot onbillijke uitkomsten leiden.

Onnodig recentraliserende rechterlijke rechtsvorming heeft ook gevolgen voor de wetgever: allereerst is het reden zijn “terugtrek” te heroverwegen. Daarnaast kan hij de figuur van de amicus curiae uitbreiden, al dan niet met een bijzondere rol voor de VNG. Verder geldt dat partijen rekening kunnen houden met onnodig recentraliserende rechterlijke rechtsvorming in hun procedures. Daarnaast kunnen opstellers en gebruikers van juridische literatuur zorgvuldiger zijn bij zowel het opstellen als het interpreteren van brede conclusies op basis van uitspraken.

Ik heb allermint de pretentie de figuur van “onnodig recentraliserende rechterlijke rechtsvorming” in volledigheid te hebben beschreven, of zaligmakende oplossingen voor haar probleem te hebben gevonden. Wel hoop ik de lezer ervan te hebben overtuigd dat het een probleem is dat nadere overweging en onderzoek verdient.

Literatuurlijst

Literatuur

In de voetnoten van de hoofdtekst is de literatuur eerst volledig en daarna verkort aangehaald. Is een werk daarna verkort aangehaald, dan wordt eerst de afkorting genoemd. Werken die slechts volledig zijn aangehaald worden alleen volledig vermeld.

Barkhuysen, Becker & van Emmerik 2020

T. Barkhuysen, R.G. Becker & M.L. Emmerik, 'Toetsing van overheidshandelen in het Nederlandse publiekrecht', in: L.F. Wiggers-Rust & S. Lierman (red.) *Naar een eenvormige(r) toetsing*. Oisterwijk: Wolf 2020, p. 13-32

T. Barkhuysen & M.E. van Emmerik, annotatie bij CRvB 15 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:947, AB 2016/329

T. Barkhuysen & W. den Ouden, 'Kroniek van het algemeen bestuursrecht', *NJB* 2019/826, p. 1024-1025.

G. Boogaard, *Het wetgevingsbevel: over constitutionele verhoudingen en manieren om een wetgever tot regelgeving aan te zetten*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2013

Boogaard 2018

G. Boogaard, 'Het grondrecht op afwijken', *Binnenlands Bestuur* 9 maart 2018

Boogaard 2019

G. Boogaard 'Resultaatgerichte indicaties vragen om een resultaatgerichte bescherming.' *NJB* 2019/530.

H.F.M. Crombach, J.L. de Wijkerslooth & M.J. Cohen, *Een theorie over rechterlijke beslissingen*, Groningen: Tjeenk Willink 1977

De Poorter & van Roosmalen 2009

J. C.A. de Poorter en H.J.Th.M. van Roosmalen, *Motivering bij rechtsvorming. Over de motivering van uitspraken met een rechtsvormend element door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State*, Den Haag: Raad van State 2009

E. Durkheim, *The Rules of the Sociological Method*, (bew. S. Lukes; vert. W.D. Halls). New York: Free Press, 1982

S. Fish, 'Working on the Chain Gang: Interpretation in Law and Literature', *Texas Law Review*, 1982, p. 551-567

Groenewegen 2006

F.T. Groenewegen, *Wetsinterpretatie en rechtsvorming* (diss. UvA), Den Haag: Bju 2006

A. Hammerstein, 'Rechtsvorming door de Hoge Raad is onvermijdelijk', *AA* 2009, p. 672

Hirsch Ballin 1988

E.M.H. Hirsch Ballin, 'Onafhankelijke Rechtsvorming. Staatsrechtelijke aantekeningen over de plaats en functie van de Hoge Raad in de Nederlandse rechtsorde, in: *De Hoge Raad der Nederlanden. De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988

Hirsch Ballin 2015

E.M.H. Hirsch Ballin, 'Dynamiek in de bestuursrechtspraak', in: Hirsch Ballin, Ortlep & Tollenaar 2015

Hirsch Ballin, Ortlep & Tollenaar 2015

E.M.H. Hirsch Ballin, R. Ortlep & A. Tollenaar, *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter (VAR-preadviezen)*, BJu: Den Haag 2015

Jacob 2014

M. Jacob, *Precedents and Case-Based Reasoning in the European Court of Justice*, Cambridge: Cambridge University Press 2014

H.H. Jakobs, *Wissenschaft und Gesetzgebung in bürgerlichen Recht*, Paderborn: Ferdinand Schöningh 1983.

Kelsen 1945

H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press: Cambridge 1945

H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt & R. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht* (16^e druk), Kluwer: Deventer 2014

Koopmans 1970

A. T. Koopmans, 'De rol van de wetgever', in: *Honderd jaar rechtsleven*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1970

C.A.J.M. Kortmann, 'De rechtsvormende taak van de Hoge Raad', in: W.M.T. Keukens & M.C.A. van den Nieuwenhuijzen (red.), *Raad en Daad*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, p. 31-37

C.A.J.M. Kortmann, 'De rechtsvormende taak van de rechter. Reactie op 'Rechtsvorming door de rechter is onvermijdelijk' van A. Hammerstein en 'Een "rechtsvormende taak" van de rechter? Een kritische noot' van C. Schutte', *AA* 2009, p. 765-766

G.E. Langemeijer, Een nieuwe episode in de rechtsvindingsleer, in: P. Abas e.a. (red.), *Non sine causa, Opstellen aangeboden aan prof. mr. G.J. Scholten*. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1979, p. 213-220

K. P. Lee, 'A Preface to the Philosophy of Legal Information', *Science and Technology Law Review* 2017/15

N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1978

Martens 1993

A.S.K. Martens, 'Motivering van uitspraken van de cassatierechter', in: J.L.W. Sillevius Smitt e.a. (red.), *Gemotiveerd gehuldigd. Opstellen aangeboden aan mr. C.D. van Boeschoten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 133-153

A. Moesker & I.A. Moesker, annotatie bij CRvB 15 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:947, *USZ* 2016/165

Nieuwenhuis 1976

J.H. Nieuwenhuis, 'Legitimatie en heuristiek van het rechterlijk oordeel', *RM Themis* 1976

J. H. Nieuwenhuis, Münchhausen of het probleem van de toereikende grond bij het vinden van het recht, in: E.T. Feteris e.a. (red.), *Op goede gronden: bijdragen aan het tweede symposium juridische argumentatie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1997

J.C. van Oosten & H. Doornhof, 'Ontwikkelingen in het ruimtelijk ordeningsrecht in 2016', *TBR* 2017/45

M. Payandeh, Recensie van Jakob 2014, *International Journal of Constitutional Law*, 2014/3, 832-835, <https://doi.org/10.1093/icon/mou054>¹⁷⁶

¹⁷⁶ Deze recensie heeft geen titel.

A. Peczenik, *On Law and Reason*, Dordrecht 1989

L.D. Pels Rijcken, 'Rechtszekerheid, Assepoester van de rechtsvindingstheorieën, in: P. Abas e.a. (red.), *Non sine causa, Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. M.J. Scholten*, Zwolle: Tjeenk Willink 1979, p. 309-318.

J. E.M. Polak, 'Rechtsvorming bij en de dialoog met de bestuursrechter', *NJB* 2014/4

J.C.A. de Poorter, L.A. van Heusden & C.J. de Lange, *De amicus curiae geëvalueerd*, Den Haag: Raad van State 2018, te raadplegen op www.raadvanstate.nl

P.P. Rijkema, *Rechttersrecht. Over de rechtsvormende rol van de rechter in een democratische rechtsstaat*, Den Haag: BJu 2001;

M. Scheltema, 'De responsieve rechtsstaat: het burgerperspectief', *NTB* 2019/24

Scholten 1931

P. Scholten, *Algemeen deel**, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1931/1974

M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer 2003

Schutgens 2019

Vgl. R.J.B. Schutgens, '!00 jaar Lindenbaum/Cohen', *RMThemis* 2019

J. R. Searle, *The Construction of Social Reality*, New York: Simon & Schuster 1995, p. 1-57

Smith 1999

C.E. Smith, *Feit en rechtsnorm (diss. Leiden)*, Maastricht: Shaker Publishing 1999

C.E. Smith, 'Het belang van de casuïstiek: belangenafweging en vergelijkingsmethode', *Trema* 2009, p. 384- 389

Stolk, Schuurmans & Esser 2019

R. Stolk, Y.E. Schuurmans & J.E. Esser, 'De amicus curiae: een instrument voor rechtsvorming of ook voor rechtsbescherming?', *AA* 2019, p. 9-19;

R. Stijnen, annotatie bij CRvB 15 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:947, *Gst.* 2016/86

Sunstein 1999

R. Sunstein, *One case at a time. Judicial minimalism on the Supreme Court*, Massachusetts: Harvard University Press 1999

C. R. Sunstein, 'Beyond Judicial Minimalism' (September 25, 2008). Harvard Public Law Working Paper No. 08-40; U of Chicago, Public Law Working Paper No. 237; U of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 432; Harvard Law School Program on Risk Regulation Research Paper No. 08-6

Teuben 2004

K. Teuben, *Rechtersregelingen in het burgerlijk (proces)recht* (diss. Leiden), Kluwer: Deventer

Ten Berge 1987

J.B.J.M. ten Berge, *Rechter en decentralisatie* (oratie UU), W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1987

J.B.M. Vranken, 'Toeval of beleid. Over rechtsvorming door de hoogste rechters', *NJB* 2000/1, p. 1-5

J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten. Over effectieve rechtsbescherming, rechterlijk abstinieren en de dialoog tussen rechter en wetgever* (diss. Leiden), Kluwer: Deventer 2013

R. in 't Veld (al vooraf), 'Decentralisatie Revisited', *Beleid en Maatschappij* 2014/1

R. Veltman, *De rol van de minister van BZK bij decentralisatie* (masterscriptie Universiteit Leiden). Leiden 2019

J.B.M. Vranken, 'Le bon juge en onbillijke rechtspraak. Een trendbreuk in het hedendaagse denken over de rechtsvormende taak van de rechter' in: *Met hoofd en hart, opstellen aangeboden aan J.C.M. Leijten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991

J.B.M. Vranken, 'Keuzevrijheid en verantwoordingsplicht van de rechter in civiele zaken', in: L.W. Sillevius Smitt e.a. (red.), *Gemotiveerd gehuldigd. Opstellen aangeboden aan mr. C.D. van Boeschoten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 229-243.

J.B.M. Vranken, *Algemeen deel***, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995

G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1972.

Jurisprudentie

Voorzitter Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State

Vzr. ABRvS 12 juni 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1860.

ABRvS (vz.) 1 februari 1988, *AB* 1998/456, m.nt. H. J. Simon

Conclusies Advocaat-Generaal bij de Raad van State

Conclusie Widdershoven 2017

Conclusie Advocaat-Generaal Widdershoven 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557

(exceptieve toetsing).

Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State

ABRvS 12 mei 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM4174

ABRvS 21 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY3690

ABRvS 29 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1812

ABRvS 31 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2345

ABRvS 16 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3046

ABRvS 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:452

Centrale Raad van Beroep

CRvB 16 september 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:2947, *AB* 2014/422, m.nt. Bröring

CRvB 11 mei 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:4262, *AB* 2016/64 m.nt. Tollenaar

CRvB 10 januari 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:430

CRvB 15 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:947, *RSV* 2016/66, *JWWB* 2016/100, *Gst.* 2016/86, m.nt. Stijnen, *AB* 2016/329, m.nt. Barkhuysen & van Emmerik

CRvB 18 mei 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1403, *AB* 2016/203 m.nt. Bruggeman; *NJB* 2016/109

CRvB 8 oktober 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:3241, *USZ* 2018/354, m.nt. Vermaat en Lunenburg.

CRvB 6 februari 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:676.

CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2018, *AB* 2019/463 m.nt. van Zanten

Overig

<https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/13186/Beleidsregels-voor-boetes-en-clementie>

<https://www.internetconsultatie.nl/bestuursrechtspraak>

Afdeling Advisering 2016

Afdeling Advisering van de Raad van State, *En nu verder! Vierde periodieke beschouwing over interbestuurlijke verhoudingen na de decentralisaties in het sociale en fysieke domein*. Den Haag 2016

<https://www.bijzonderstrafrecht.nl/home/gemeente-mag-onderzoek-bijstandsfraude-niet-commercieel-uitbesteden>

EHRM, Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_ENG.pdf

Kamerstukken II 1994/95, 23 700, nr. 5

Kamerstukken II, 29279/577

Onderzoek naar de bestuurlijke organisatie, deel 2, Eindrapport van het Instituut voor bestuurswetenschappen, Staatsuitgeverij: den Haag 1975

<https://rechtennieuws.nl/42779/gemeente-mag-onderzoek-naar-bijstandsfraude-niet-uitbesteden-aan-een-commercieel-bedrijf/>

<https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/gemeenten/decentralisatie-van-overheidstaken-naar-gemeenten>.

<https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Centrale-Raad-van-beroep/Nieuws/Paginas/Waarnemingen-met-behulp-van-een-peilbaken-is-ontoelaatbaar.aspx>.

Uitspraak CRvB doodsteek resultaatgericht indiceren', Binnenlands Bestuur 26 oktober 2018.

'Tientallen gemeenten moeten opnieuw onderhandelen over huishoudelijke hulp', Algemeen Dagblad 29 oktober 2018.

VNG, 'Binnenkort meer over uitspraken 'resultaatgericht indiceren'', <https://vng.nl/nieuws/binnenkort-meer-over-uitspraken-resultaatgericht-indiceren>.

<https://www.volkskrant.nl/nieuws-achtergrond/kabinet-gaat-door-met-decentralisatie-ondanks-forse-kritiek-gemeenten~b861bebd/>“.