
Dilemma tussen menselijke maat en angst voor precedentwerking en willekeur



Februari 2023

Open Universiteit, Faculteit Rechtswetenschappen, Afdeling
Publiekrecht/Bestuursrecht

Universiteit van Amsterdam, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Afdeling
Publiekrecht/Staats- en bestuursrecht

Dit rapport is opgesteld in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK).

Aanbevolen citeerwijze:

R. Ortlep, J.E. van den Brink, Y. Habicht & A.A. Mulder, *Dilemma tussen menselijke maat en angst voor precedentwerking en willekeur (in opdracht van BZK)*, Amsterdam/Heerlen: UvA/OU 2023.

Auteurs

Prof. mr. R. (Rolf) Ortlep (projectleider)

Prof. mr. J.E. (Jacobine) van den Brink

Mr. Y. (Yacintha) Habicht

Mr. A.A. (Amber) Mulder

Illustratie omslag

Margot Westermann, Solomoos

Inhoud

Samenvatting **4**

Aanleiding **4**

Inzichten **4**

Oplossingsrichtingen **5**

Gewenst vervolgonderzoek **5**

1 Inleiding **6**

1.1 Aanleiding **6**

1.2 Doel **10**

1.3 Onderzoeksmethode en eerder verricht onderzoek **10**

1.4 Afbakening **11**

1.5 Leeswijzer **12**

2 Dilemma verkennend in kaart **13**

2.1 Inleiding **13**

2.1 Aard van het bestuursrecht **13**

2.3 Gewenste menselijke maat **14**

2.3.1 Herijking evenredigheidsbeginsel: consequenties uitvoeringspraktijk **17**

2.4 Algemene reflectie **20**

2.4.1 Gelijkheidsbeginsel **20**

2.4.2 Rechtszekerheidsbeginsel **23**

3 Oplossingsrichtingen **26**

3.1 Inleiding **26**

3.2 Vertrouwen in en ruimte voor de uitvoeringspraktijk **26**

3.2.1 Discretionaire bevoegdheden **27**

3.2.2 Gebonden bevoegdheden zonder hardheidsclausule **28**

3.2.3 Gebonden bevoegdheden met hardheidsclausule **31**

3.2.4 Balans **33**

3.3 Situationele gelijkheid **38**

3.4 Ambtelijk vakmanschap **42**

3.5 Maatwerkplaatsen **44**

4 Slotbeschouwing en gewenst vervolgonderzoek **46**

4.1 Slotbeschouwing **46**

4.2 Gewenst vervolgonderzoek **47**

Geraadpleegde bronnen **48**

Literatuur **48**

Rechtspraak **52**

Parlementaire stukken, adviesrapporten & jaarverslagen **54**

Internetbronnen **56**

Samenvatting

Aanleiding

Het is inmiddels een gegeven, zoals recent ook tot uitdrukking komt in het conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb,^{*} dat de menselijke maat in het bestuursrecht moet worden vergroot en dat de overheid meer responsief dient te zijn. Met name vanuit de uitvoeringspraktijk is tegen de wens om meer oog te hebben voor de menselijke maat ingebracht dat er angst voor precedentwerking en willekeur is, met bijvoorbeeld het volgende angstbeeld: als een uitzondering wordt gemaakt, dan volgt door de werking van het gelijkheidsbeginsel de zondvloed.

Inzichten

Het dilemma tussen enerzijds de gewenste menselijke maat en anderzijds de angst voor precedentwerking en willekeur is geen dilemma van een eenduidige keuze of oplossing. Het is mede daarom een dilemma dat voornamelijk moet worden 'bevochten' in de (totstandkoming van de) motivering van de beslissing. Dit is inherent aan het gegeven dat de toepassing van het recht niet is gebaseerd op dwingende logica en met bovennatuurlijke begrippen die eeuwige gelding hebben; het betreft altijd een keuze die volgt uit de afweging van de betekenis van regelgeving tegen de betekenis van ongeschreven rechtsnormen die voor het individuele geval van belang kunnen zijn.

De angst voor precedentwerking en willekeur is voornamelijk ingegeven door het gelijkheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel; beginselen die, gelet op de aard van het bestuursrecht, ook in een bestuursrecht dat gericht is op de menselijke maat in acht moeten worden genomen. Een belangrijk inzicht van dit onderzoek is dat een beroep van een burger op het gelijkheidsbeginsel blijkens de rechtspraak zelden slaagt en het alleen al daarom moeilijk te begrijpen is dat de door dat beginsel ingegeven angst voor precedentwerking een succesvol argument zou zijn om *geen* menselijke maat te betrachten. Het gelijkheidsbeginsel staat ook niet zozeer tegenover de gewenste menselijke maat, omdat juist het (materiële) gelijkheidsbeginsel vereist dat ongelijke gevallen ongelijk naar de mate van hun ongelijkheid worden behandeld. De precedentwerking is daarbij in eigen hand. Door bijvoorbeeld in een specifiek geval van wetgeving af te wijken wordt namelijk alleen een precedent geschapen voor het specifieke geval waaronder het is aanvaard.

Een volgend belangrijk inzicht van dit onderzoek ziet op het rechtszekerheidsbeginsel, een beginsel dat voornamelijk ten grondslag ligt aan de angst voor willekeur. Waar binnen het bestuursrecht voorheen het belang van rechtszekerheid louter leek te worden opgevat als voorspelbaarheid van het recht, wordt zowel in de doctrine als in het conceptwetsvoorstel steeds meer benadrukt dat het belang van rechtszekerheid op meer ziet, namelijk ook op de zekerheid dat *recht* wordt gedaan.

Oplossingsrichtingen

De hiervoor beknopt weergegeven belangrijke inzichten van dit onderzoek kunnen wellicht door de lezer (uit in het bijzonder de uitvoeringspraktijk) worden ervaren als weliswaar toe te juichen inzichten, maar tevens de gedachte (of het gevoel) oproepen dat het dilemma tussen enerzijds de gewenste menselijke maat en anderzijds de angst voor precedentwerking en willekeur een reële praktijk blijft. Deze tweestrijd is verklaarbaar omdat, zoals gezegd, voor dat dilemma geen eenduidige keuze of oplossing bestaat. In dit onderzoek zijn in hoofdstuk 3 wel oplossingsrichtingen aangereikt.

De belangrijkste oplossingsrichting, in de zin dat het daarmee begint, is om meer ruimte te creëren voor de uitvoeringspraktijk en aan die praktijk meer vertrouwen, middelen en capaciteit te geven om het recht toe te passen. Hierdoor kan ook het meest recht worden gedaan aan de menselijke maat. Dat hierdoor wellicht niet meer kan worden voldaan aan de idealen van gelijkheid en rechtszekerheid, in de zin van voorspelbaarheid van het recht, zou dan ook meer kunnen worden omarmd met daarbij het inzicht dat het altijd voldoen aan die idealen zekerheid van onrecht tot gevolg heeft. Bij dat inzicht past – naast een ander inzicht van situationele gelijkheid – het inzetten op ambtelijke vakmanschap en maatwerkplaatsen. Dat zowel het kabinet als de uitvoeringspraktijk hiervan (meer) werk maken geeft in elk geval op dat punt vertrouwen.

Gewenst vervolgonderzoek

Hoewel in dit onderzoek verschillende oplossingsrichtingen zijn besproken, vergt het toetsen van de effectiviteit van die oplossingen empirisch onderzoek. Hierbij zal niet alleen meer aandacht moeten worden besteed aan de gewenste professionele denkhouding (ambtelijke vakmanschap) waarbij niet alleen de rechtsstatelijke, juridische en ethische perspectieven van belang zijn, maar ook aan perspectieven vanuit de sociale en organisatiepsychologie (organisatiecultuur). Op basis hiervan zal door middel van praktijkvoorbeelden een beproefde handleiding voor de uitvoeringspraktijk over het dilemma tussen enerzijds de gewenste menselijke maat en anderzijds de angst voor precedentwerking en willekeur kunnen worden ontwikkeld.

* Conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb, versie pre-consultatie 18 januari 2023, bijlage bij *Kamerstukken II 2022/23*, 29279, nr. 763.

1 Inleiding

1.1 Aanleiding

De huidige discussie over het bestuursrecht staat voornamelijk in het teken van de responsieve opstelling van de overheid, dat wil zeggen van de wetgever, het bestuur en de rechter. Deze discussie is voornamelijk ingezet door Scheltema.¹ Met een responsieve opstelling van de overheid wordt bedoeld op een overheid die transparant, tijdig en met menselijke maat reageert op maatschappelijke veranderingen, behoeften en aspiraties.² De Tijdelijke Commissie Uitvoeringsorganisaties (TCU) heeft daarbij de menselijke maat als volgt gedefinieerd: recht doen aan de belangen van de burgers bij de totstandkoming en uitvoering van beleid en regelgeving. Die commissie maakt daarbij een onderscheid tussen de menselijke maat vanuit het perspectief van de burger (in hoeverre wordt aan mijn belangen recht gedaan?) en dat van de professional (in hoeverre kan aan de belangen van de burger tegemoet worden gekomen?).³ Hoewel het begrip ‘menselijke maat’ verder kan worden geïmplementiseerd,⁴ wordt in dit onderzoek vastgehouden aan deze definitie van de TCU. Waar in dit onderzoek gesproken wordt van ‘menselijke maatwerk’ of verkort ‘maatwerk’ wordt hetzelfde bedoeld.

Voor de verwezenlijking van een responsieve overheid is het van belang om een realistisch burgerbeeld te hanteren. Een startpunt van de discussie daarover is het rapport van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Weten is nog geen doen*.⁵ De rode draad van dat rapport en die discussie is dat de

¹ Vergelijk M. Scheltema, preadvis 2020 voor de Vereniging voor Wetgeving, *Een wet van Meden en Perzen*, <https://www.nederlandseverenigingvoorwetgeving.nl>; M. Scheltema, ‘De responsieve rechtsstaat: het burgerperspectief’, *NTB* 2019/24, p. 246-253; M. Scheltema, ‘Wetgeving in de responsieve rechtsstaat’, *Regelmaat* 2018/3, p. 120-131; M. Scheltema, ‘Schulden van de burger in de responsieve rechtsstaat: het regeerakkoord biedt perspectief’, *NTB* 2017/28, p. 253-257 & M. Scheltema, ‘Bureaucratische rechtsstaat of responsieve rechtsstaat?’, *NTB* 2015/37, p. 287-289.

² Vergelijk R. Ortlep, *Redelijkheid en billijkheid in het bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 24.

³ Eindrapport Tijdelijke Commissie Uitvoeringsorganisaties, ‘Klem tussen balie en beleid’, *Kamerstukken II* 2020/21, 35387, nr. 2, p. 25. Vergelijk tevens de memorie van toelichting (bijlage 2) van het conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb, versie pre-consultatie 18 januari 2023, *Kamerstukken II* 2022/23, 29279, nr. 763, p. 1; kabinetsbrief van 11 juli 2022, ‘Acties kabinet bevorderen menselijke maat wetten en regels’, kenmerk 2022-0000369621, opgenomen als *Kamerstukken II* 2021/2022, 35510, nr. 102, p. 2. Zie W. Hendrikx e.a., *Maatwerk als standaard? Over dilemma's en dynamieken bij het streven naar 'maatwerk' in de uitvoeringspraktijk*, Den Haag: NSOB 2022, p. 4 e.v. en p. 8 e.v.

⁴ Vergelijk bijvoorbeeld E.M. Linthorst & L. Oldenhof, ‘Een narratieve analyse van maatwerk in de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015. Conflicterende betekenissen van maatwerk’, *Recht der Werkelijkheid* 2022/3, p. 36-59; A.S. de Vries, ‘De (on)wenselijkheid van meer maatwerk’, *NTB* 2022/113, p. 222-229; O. Brinkman & G. Vonk, ‘De menselijke maat’, *S&D* 2022/2, p. 28-40. Zie ook <https://www.kcbr.nl/themas/themas-z/menselijke-maat>.

⁵ WRR-rapport, *Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op redzaamheid* (rapportnr. 97), Den Haag: WRR 2017. Vergelijk ook het jaarverslag van de Nationale ombudsman over 2019, getiteld: *Regel regie!* (te vinden op www.nationaleombudsman.nl). Vergelijk tevens de memorie van toelichting (bijlage 2) van het conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb,

overheid uitgaat van een goed geïnformeerde en rationele burger. Het doenvermogen van een burger is evenwel minder groot dan de overheid denkt. Een burger heeft de levenssituatie niet altijd onder controle en reageert lang niet altijd even rationeel als waar de overheid van uitgaat. Verder verschillen burgers onderling sterk van elkaar en reageren ze daarom ook verschillend op het handelen van de overheid. Recent heeft bijvoorbeeld Putters, bij zijn afscheid als directeur van het Sociaal en Cultureel Planbureau, opnieuw aandacht gevraagd voor het doenvermogen van een burger en dit in verband gebracht met het afnemend vertrouwen in het functioneren van onze democratische rechtsstaat. Veel regeringsbeleid doet volgens Putters een te groot beroep op de eigen verantwoordelijkheid en zelfredzaamheid van burgers. Hij roept op tot hernieuwde doordinking van wat burgers en overheden de komende jaren van elkaar mogen verwachten. Daarbij moet de overheid de menselijke maat centraal stellen en een sterkere rol creëren voor beleidsmakers en ambtenaren.⁶

De wens van een responsieve opstelling van de overheid is in kracht toegenomen door het recente kinderopvangtoeslagschandaal.⁷ Deze wens komt ook tot uitdrukking in het recent verschenen conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb, waarmee kort gezegd wordt beoogd door middel van aanpassingen in de Awb de menselijke maat in het bestuurs-(proces)recht te vergroten en de overheid meer responsief te maken.⁸ Zo komt er een nieuwe algemene bepaling in de Awb die het bestuur verplicht om zich dienstbaar op te stellen bij de uitoefening van zijn taak. Dienstbaarheid betekent in het conceptwetsvoorstel ‘dat het bestuur de burger centraal stelt en voor de burger werkt. Dat vereist dat het bestuursorgaan zich steeds bewust is van de effecten van zijn handelen op de burger en dat het beleid en uitvoering zo inricht dat de belangen van de burger daarmee worden gediend.’⁹

In zowel de parlementaire stukken als in de literatuur over het kinderopvangtoeslagschandaal komt duidelijk terug dat van de overheid, dat wil zeggen van de wetgever, rechter en het bestuur, mag worden verwacht dat de denkhouding is dat regelgeving geen sta-in-de-weg is voor het vinden van een voor de burger

versie pre-consultatie 18 januari 2023, *Kamerstukken II*2022/23, 29279, nr. 763, p. 3 e.v. Zie verder A. Frankowski e.a., *Tussen Staat en menselijke maat. Handhaving in de sociale zekerheid*, Den Haag: NSOB 2021, p. 40 e.v. en p. 54 e.v. waarin wordt ingegaan op het begrip ‘precarisering’.

⁶ Vergelijk scp.nl/publicaties/publicaties/2022/06/01/bijlagen-afscheidsbijeenkomst-kim-putters, waar ook het afscheidsessay ‘De menselijke staat. Burgerperspectief als voorwaarde voor een toekomstbestendig sociaal contract’ te vinden is. Zie T.A. Cramwinckel, *Voorlichting door de Belastingdienst in rechtsstatelijke context*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

⁷ Vergelijk voor een overzicht de kabinetsbrief van 11 juli 2022, ‘Acties kabinet bevorderen menselijke maat wetten en regels’, kenmerk 2022-0000369621, opgenomen als *Kamerstukken II* 2021/2022, 35510, nr. 102.

⁸ Memorie van toelichting (bijlage 2) van het conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb, versie pre-consultatie 18 januari 2023, *Kamerstukken II*2022/23, 29279, nr. 763, p. 1 e.v.

⁹ Memorie van toelichting (bijlage 2) van het conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb, versie pre-consultatie 18 januari 2023, *Kamerstukken II*2022/23, 29279, nr. 763, p. 7.

bevredigende oplossing.¹⁰ In de rechtspraak heeft dit onder meer een weg gevonden in de herijking van het evenredigheidsbeginsel bij de uitvoering van formele wetten met discretionaire bevoegdheden, lagere regelgeving met gebonden of discretionaire bevoegdheden en beleidsregels.¹¹ Sterk samengevat, dicteert niet langer de in het geschil zijnde bestuursbevoegdheid maar ook de aard van de rechtsverhouding en het gewicht van de voor de burger op het spel staande belangen hoe intensief een rechterlijke toets aan het evenredigheidsbeginsel is.¹² Daarbij gaat het niet om het voorkomen van ieder voor de burger belastende gevolgen maar om het voor hem voorkomen van *onnodig* belastende gevolgen.¹³ Het conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb borduurt voort op de genoemde rechtspraak door – zonder af te willen doen aan het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet¹⁴ – het wettelijk mogelijk te maken om bij de uitvoering van formele wetten met gebonden bevoegdheden toepassing te geven aan het evenredigheidsbeginsel.¹⁵

Welke gevolgen de hiervoor weergegeven discussie en ontwikkeling zullen hebben, zal de komende tijd moeten blijken. In elk geval staat vast dat de overheid meer oog moet hebben voor de menselijke maat. Met name vanuit de uitvoeringspraktijk is hiertegen regelmatig ingebracht dat er angst voor precedentwerking en willekeur is, met bijvoorbeeld het volgende angstbeeld: als een uitzondering wordt gemaakt, dan volgt door de werking van het gelijkheidsbeginsel de zondvloed.¹⁶ Uit een recent door het Ministerie van

¹⁰ Vergelijk bijvoorbeeld *Kamerstukken II*2020/21, 35510, nr. 4, p. 9, waarin het kabinet stelt dat ‘het bestaande bestuursrecht een te strikte toepassing van de regels niet heeft kunnen verhinderen’. Zie L. van den Berge, ‘Recht, wat is dat eigenlijk? Over de toeslagenaffaire en andere buikpijndossiers’, *Recht der Werkelijkheid*2022/3, p. 80-87; R. Ortlep, ‘Wat behoort de rechter naar zijn beste vermogen te doen?’, in: R.J.B. Schutgens e.a. (red.), *Toetsingsintensiteit. Een vergelijkende studie naar het variëren van de toetsingsintensiteit door de rechter*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 3-30; L. van den Berge, ‘Recht en bureaucratie: Kafka en de toeslagenaffaire’, *AAe* september 2022, p. 658-665.

¹¹ Ook beleid dat niet in beleidsregels maar in een vaste gedragslijn is vormgegeven, moet aan de evenredigheidstoets worden onderworpen. Dit volgt uit artikel 3:1, tweede lid, Awb. Vergelijk CRvB 17 januari 2023, ECLI:NL:CRVB:2023:85.

¹² Vergelijk bijvoorbeeld ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285; ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:334 en ECLI:NL:RVS:2022:335. Zie het conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb, versie pre-consultatie 18 januari 2023, *Kamerstukken II*2022/23, 29279, nr. 763, bijlage 3 (voorstel evenredigheidsbeginsel), p. 1 e.v.; de conclusie van staatsraden advocaat-generaal R.J.G.M. Widdershoven & P.J. Wattel van 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468 en die van staatsraad advocaat-generaal G. Sniijders van 18 mei 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1441.

¹³ Vergelijk ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285.

¹⁴ Vergelijk over de ontwikkelingen omtrent artikel 120 Grondwet, M.J. Vetzo, ‘Constitutionele toetsing anno 2022: tussen dikastocratie en toeslagenschandaal’, *AAe* november 2022, p. 912-919.

¹⁵ Conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb, versie pre-consultatie 18 januari 2023, *Kamerstukken II*2022/23, 29279, nr. 763, bijlage 3 (voorstel evenredigheidsbeginsel).

¹⁶ Vergelijk P.G.H. Albert, ‘Status aparte voor het belastingrecht (2)’, *NJB*2022/2550, p.2985-2986; J.C.A. de Poorter & L.M. Koenraad, ‘Responsieve bestuursrechtspraak’, *NJB*2022, afl. 17, p. 1354-1363; M. Nap, ‘Hardheidsclausules’, *Regelmaat*2021/2, p. 108-114; S. van Heukelom-Verhage & F. van Tienen, ‘Meer inzicht in vergelijkbare gevallen om grip te krijgen op het argument van precedentwerking’, *NTB*2021/65, p. 149; J.E. Esser & R.G. Becker, ‘Maak van maatwerk de regel.

Justitie en Veiligheid verrichte consultatieonderzoek komt ook helder het dilemma tussen enerzijds de gewenste menselijke maat en anderzijds de angst voor precedentwerking en willekeur tot uitdrukking. Om dat dilemma vanuit de uitvoeringspraktijk nader te concretiseren en daarmee de noodzaak van dit onderzoek te onderschrijven worden hieronder de relevante citaten uit dat consultatieonderzoek weergegeven:¹⁷

'Er is natuurlijk een angst voor precedentwerking. Maar vergelijkbare gevallen bestaan niet!'

'Behalve gebrek aan tijd en belemmeringen door systemen is er ook angst voor precedentwerking. 'Als ik deze meneer gelijk geef, krijg ik er zo nog 100.' Maar ongelijke gevallen kun je gewoon ongelijk behandelen.'

'Ik zie angst voor precedentwerking. Maar als er een goede reden is voor een uitzondering en je documenteert dat dan is het argument van precedentwerking prima te weerleggen. De gevreesde burens komen in de praktijk helemaal niet.'

'Op lokaal niveau zijn er zoveel rechtszaken waarin het gaat om maatwerk. De overheid moet hier lokaal en centraal naar kijken en moet niet zeggen: "Dit is de regel en daar wijken we niet van af."'

'Er wordt vaak gezegd: "Beste wethouder, als we dat doen dan scheppen we een precedent."'

'Ik vind de nadruk op maatwerk en de menselijke maat lastig in relatie tot waar een gemeente voor staat, het algemene belang. Daar zijn we ook op ingericht. Iets heel anders doen vraagt ook een heel andere manier van werken. Dat kost ontzettend veel meer tijd, en kan rechtsongelijkheid in de hand werken. Iemand die wel aan de bel trekt krijgt dan zijn zin en iemand die dat niet doet niet. Ik vind maatwerk op deze manier een te breed opgerekt begrip.'

'Vaak is er de misvatting dat maatwerk leidt tot precedentwerking. Maar het moet gewoon goed gemotiveerd worden. Als het maar uitlegbaar is.'

'Er is angst voor precedentwerking en angst dat werkprocessen en ICT-systemen moeten worden aangepast. Dat verlamt en blokkeert vaak het komen tot een goede oplossing.'

'Zeggen dat het allemaal niet kan vanwege precedentwerking is wel de makkelijkste weg. In kaart brengen van verschillen die maatwerk rechtvaardigen kost meer tijd. En tijd is voor ambtenaren een schaars product.'

'Het spook van de precedentwerking: een gemakzuchtig argument om niets te hoeven doen.'

Maatwerk in rechterlijke toetsing van regels en uitvoering', *NTB* 2021/106, p. 249-257, p. 255; Y.E. Schuurmans, A.E.M. Leijten & J.E. Esser, *Bestuursrecht op Maat (in opdracht van BZK)*, Leiden: Universiteit Leiden 2020, p. 8.

¹⁷ Ministerie van Justitie en Veiligheid, *Een beschikkingenfabriek – Een bloemlezing van citaten over procedures tussen burger en overheid en het procedeedrag van de overheid*, november 2022, p. 34, p. 47, p. 70, p. 81, p. 98. Op pagina 10 is opgemerkt: 'Citaten zijn niet terug te leiden op individuen. Ook vermeldingen van organisaties zijn daar waar nodig geanonimiseerd, omdat het doel van de bloemlezing niet is om te vingerwijzen.'

'Het is een probleem dat de overheid in ongelijke gevallen, gelijk blijft handelen.'

'Er is ook sprake van 'andersomprocedeergedrag': dat is bijvoorbeeld als uitvoeringsorganisatie X dreigt een zaak te verliezen, ze een individuele appellant gelijk geven en vragen om het beroep in te trekken om precedentwerking te voorkomen.'

'Vanuit de overheid worden indieningstermijnen die voor de burger gelden, strikt gehandhaafd, waarbij het verschoningsrecht eng wordt toegepast. Er is te weinig ruimte voor coulance vanwege angst voor precedentwerking.'

'Als het enigszins kan, tenzij er echt goede redenen zijn, moeten er door de overheid openingen worden geboden om er samen uit te komen. Bij de overheid zie je soms nog dat er wordt vastgehouden aan beleid en dat er precedentwerking geroepen wordt, terwijl daar misschien geen sprake van is. Er is onduidelijkheid bij primaire besluitvormers en juristen. Hoe het nu zit met maatwerk versus gelijkheid en precedentwerking en algemeen belang?'

'De overheid lijkt soms bijna vrijwel willekeurig strenger op te treden. Het is niet altijd duidelijk of voor iedereen dezelfde regels gelden.'

'Nog een oorzaak is de handelingsverlegenheid bij ambtenaren. Die zijn bang: als ik het niet doe dan krijg ik op mijn sodemieter van mijn afdelingshoofd. Er is geen ruimte. Mensen willen niet aan willekeur doen, geen precedent scheppen want dan gaat de burger zeggen: "Maar bij die casus kon het wel." De wethouder zegt dan tegen de ambtenaar: "Lekker hoor dat je me nu in de problemen brengt." Regels vinden we fijn. Teams die speciaal zijn ingericht om af te wijken van de standaardprocedures werken omdat het proces geïnstitutionaliseerd is. Dan gaan ambtenaren maatwerk leveren, want dan is het minder eng.'

1.2 Doel

Het dilemma tussen enerzijds de gewenste menselijke maat en anderzijds de angst voor precedentwerking en willekeur, wordt ook duidelijk genoemd in de kabinetsbrief van 11 juli 2022, 'Acties kabinet bevorderen menselijke maat wetten en regels'.¹⁸ Desgevraagd door het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK) is het doel van dit onderzoek om verkennend dat dilemma in kaart te brengen en oplossingsrichtingen aan te reiken.

1.3 Onderzoeksmethode en eerder verricht onderzoek

Gegeven het gewenste doel en duur van dit onderzoek, zal er voor het uitvoeren van het onderzoek uitsluitend gebruik worden gemaakt van de klassieke juridische onderzoeksmethode. Deze methode ziet op het bestuderen van de relevante parlementaire stukken, adviesrapporten, jaarverslagen, literatuur en

¹⁸ Kabinetsbrief van 11 juli 2022, 'Acties kabinet bevorderen menselijke maat wetten en regels', kenmerk 2022-0000369621, opgenomen als *Kamerstukken II* 2021/2022, 35510, nr. 102, p. 10 en p. 24 e.v. betreffende een notitie van de Minister voor Armoedebeleid, Participatie en Pensioen. Zie verder W. Hendriks e.a., *Maatwerk als standaard? Over dilemma's en dynamieken bij het streven naar 'maatwerk' in de uitvoeringspraktijk*, Den Haag: NSOB 2022.

rechtspraak. Voor ons onderzoek hebben wij daarbij zoveel mogelijk voortgebouwd op de reeds bestaande onderzoeken, zoals het in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties verrichte onderzoek *Bestuursrecht op Maat*,¹⁹ de rapporten van de Nederlandse School voor Openbaar Bestuur (NSOB) *Maatwerk als standaard? Over dilemma's en dynamieken bij het streven naar 'maatwerk' in de uitvoeringspraktijk*,²⁰ *Tussen Staat en menselijke maat. Handhaving in de sociale zekerheid*²¹ en het hiervoor genoemde door het Ministerie van Justitie en Veiligheid verrichte consultatieonderzoek, waarin meer dan honderd 'stakeholders' hun ervaringen en visie hebben gedeeld over (onnodige) procedures tussen de burger en overheid in het bestuursrecht.²²

1.4 Afbakening

Het gewenste doel en duur van dit onderzoek hebben geleid tot scherpe keuzes. Hoewel de ontwikkelingen over het evenredigheidsbeginsel een duidelijke rol spelen in het dilemma tussen enerzijds de gewenste menselijke maat en anderzijds de angst voor precedentwerking en willekeur, valt het buiten dit onderzoek om over die ontwikkelingen een uitgebreide algemene bespiegeling te geven. Verder is er in dit onderzoek niet steeds onderscheid gemaakt tussen de vele soorten uitvoeringsinstanties die geconfronteerd worden met het dilemma tussen enerzijds de gewenste menselijke maat en anderzijds de angst voor precedentwerking en willekeur. Er moet dan ook worden onderkend dat dat dilemma anders kan of wordt ervaren naar gelang er bijvoorbeeld sprake is van een zogeheten beschikkingenfabriek of beschikkingenatelier. Dit is ook het geval voor waar in dit onderzoek gesproken wordt van 'de burger', in de zin dat de 'standaardburger' niet bestaat.²³ Van bijvoorbeeld een (groot) bedrijf dat met de overheid te maken krijgt mag in het algemeen meer worden verwacht dan van iemand die zich ten opzichte van de overheid in een kwetsbare positie bevindt. De beschouwingen in dit onderzoek betreffen dus geen *one size fits all*. Een andere belangrijke afbakening ziet erop dat in dit onderzoek primair wordt ingegaan op het juridische perspectief van het dilemma tussen enerzijds de gewenste menselijke maat en anderzijds de angst voor precedentwerking en willekeur. Hiermee wordt geen volledig recht gedaan aan dat dilemma, in de zin dat daarvoor ook perspectieven vanuit de ethiek en sociale en organisatiepsychologie (organisatiecultuur) van belang zijn. In paragraaf 4.2

¹⁹ Y.E. Schuurmans, A.E.M. Leijten & J.E. Esser, *Bestuursrecht op Maat (in opdracht van BZK)*, Leiden: Universiteit Leiden 2020; Y.E. Schuurmans A.E.M. Leijten & J.E. Esser, *Bestuursrecht op Maat. Tussenrapport (in opdracht van BZK)*, Leiden: Universiteit Leiden 2020.

²⁰ W. Hendriks e.a., *Maatwerk als standaard? Over dilemma's en dynamieken bij het streven naar 'maatwerk' in de uitvoeringspraktijk*, Den Haag: NSOB 2022.

²¹ A. Frankowski e.a., *Tussen Staat en menselijke maat. Handhaving in de sociale zekerheid*, Den Haag: NSOB 2021.

²² Ministerie van Justitie en Veiligheid, *Een beschikkingenfabriek – Een bloemlezing van citaten over procedures tussen burger en overheid en het procedeedrag van de overheid*, november 2022.

²³ Vergelijk *Kamerstukken II 2022/23*, 35510, nr. 112, antwoord op vraag 21.

wordt daarom ingegaan op een door ons gewenst vervolgonderzoek.²⁴ Het onderzoek is afgesloten op 27 februari 2023.

1.5 Leeswijzer

Het onderzoek is als volgt opgebouwd. In hoofdstuk 2 wordt het dilemma tussen enerzijds de gewenste menselijke maat en anderzijds de angst voor precedentwerking en willekeur verkennend in kaart gebracht. Daarop voortbouwend worden in hoofdstuk 3 voor dat dilemma oplossingsrichtingen aangereikt. Hoofdstuk 4 sluit dit onderzoek af met een slotbeschouwing en een aanbeveling voor een gewenst vervolgonderzoek.

²⁴ Vergelijk L. Hulst, A.T. Marseille & N. Steenhagen, 'Hoe kan het burgerperspectief bij de overheid vaste voet aan de grond krijgen?', *NJB*2022/2791, p. 3210-3218. Zie W. Hendriks e.a., *Maatwerk als standaard? Over dilemma's en dynamieken bij het streven naar 'maatwerk' in de uitvoeringspraktijk*, Den Haag: NSOB 2022.

2 Dilemma verkennend in kaart

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt het dilemma tussen enerzijds de gewenste menselijke maat en anderzijds de angst voor precedentwerking en willekeur verkennend in kaart gebracht. Om de achtergrond van dat dilemma goed over het voetlicht te brengen wordt eerst ingegaan op de aard van het bestuursrecht (paragraaf 2.2), teneinde die aard vervolgens af te zetten tegen de ontwikkelingen van de gewenste menselijke maat (paragraaf 2.3). Daarna wordt in algemene zin gereflecteerd op het dilemma tussen enerzijds de gewenste menselijke maat en de angst voor precedentwerking en willekeur (paragraaf 2.4). Die reflectie is een opmaat voor hoofdstuk 3 waarin voor het genoemd dilemma oplossingsrichtingen worden aangereikt.

2.1 Aard van het bestuursrecht

De aard van het bestuursrecht komt tot uitdrukking in verschillende uitgangspunten.²⁵ Het eerste uitgangspunt is dat het handelen van de overheid gericht is op het behartigen van de aan haar – bij democratische gelegitimeerde wetgeving – opgedragen belangen, respectievelijk de belangen waarvan de behartiging haar naar hun aard toekomt. Die belangenbehartiging is daarmee als uitgangspunt erop gericht om het algemeen belang te bevorderen. Dit heeft, samen met een ander uitgangspunt dat de burger aan het gezag van de overheid is onderworpen, als resultaat dat de rechtsverhouding tussen de burger en overheid onder meer wordt beheerst door beginselen als rechtsgelijkheid, dienstbaarheid, rechtszekerheid en als exponent van het laatste legaliteit. Hieruit volgt een aantal uitgangspunten, zoals dat in het bestuursrecht (publiekrecht), anders dan in mindere mate het privaatrecht, rechtsvorming wordt gedictieerd door democratische gelegitimeerde wetgeving en dat de implementatie van die wetgeving primair in handen ligt van het bestuursorgaan en niet in die van de rechter.

Aandacht voor de menselijke maat, in de zin van aandacht voor individuele omstandigheden, kan afdoen aan de hiervoor omschreven aard van het bestuursrecht, dat wil zeggen in een afname van rechtszekerheid en rechts-

²⁵ Vergelijk voor deze uitgangspunten E.H.M. Hirsch Ballin, 'Dynamiek in de bestuursrechtspraak', in: E.M.H. Hirsch Ballin e.a., *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter. VAR-reeks 154*, Den Haag: BJu 2015, p. 7-58. Verder R. Ortlep, 'Wat behoort de rechter naar zijn beste vermogen te doen?', in: R.J.B. Schutgens e.a. (red.), *Toetsingsintensiteit. Een vergelijkende studie naar het variëren van de toetsingsintensiteit door de rechter*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 3-30; J.E. Esser & Y.E. Schuurmans, 'Gedeelde tafel, eigen stoel: rechter en rechtsvorming in het bestuursrecht', in: J. Goossens & J.C.A. de Poorter (red.) *Rechtsvorming in een hypercomplexe samenleving*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2022, p. 25-60; R. Ortlep, 'Referentiekader van waaruit wij het bestuursrecht bezien en waarderen', *JBplus* 2020/4, p. 23-40; M.H. Ippel, 'Het beginsel van de dienende overheid als grondslag voor responsief bestuursrecht; aanknopingspunten voor de bestuursrechter. In reactie op Leo Damen *NTB* 2020/2', *NTB* 2020/73, p. 189-195; conclusie van staatsraad advocaat-generaal G. Sniijders van 18 mei 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1441. Zie reeds J. van der Hoeven, *De drie dimensies van het bestuursrecht. VAR-reeks 100*, Alphen aan den Rijn: Samsom/Tjeenk Willink 1989.

gelijkheid. Die beginselen dienen evenwel ook in het bestuursrecht dat gericht is op de menselijke maat in acht te worden genomen. Hierop wordt ook gewezen in het rapport *Bestuursrecht op Maat*, met daarbij de volgende toevoeging:²⁶

'Zonder enige vorm van algemene regels, weten burgers immers niet waar ze aan toe zijn en vervalt bestuur al snel in willekeur. Met name Schreuder-Vlasblom benadrukt dat elk besluit, ook de toekenning van een toeslag, is ingebed in het bredere overheidshandelen richting de hele samenleving, dat alleen in samenhang kan worden bekeken. Door enkel op de specifieke omstandigheden te letten, bestaat het risico die samenhang uit het oog te verliezen, waarmee het voor de rechter moeilijk wordt vat te krijgen op de bredere uitvoeringspraktijk en de algemene afwegingen die daaraan ten grondslag liggen.'*

* Vergelijk M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer 2017, p. 656, p. 8 e.v., p. 45 e.v. en p. 602 e.v.

2.3 Gewenste menselijke maat

In de vorige paragraaf is beschreven dat de rechtsverhouding tussen burger en overheid onder meer wordt beheerst door de beginselen van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. De gedachte is dat de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid het best tot hun recht komen in neutrale en algemene regels.²⁷ Algemene regels die op eenieder van toepassing zijn dragen bij aan de rechtsgelijkheid. Deze voorspelbare toepassing van het recht draagt vervolgens weer bij aan de rechtszekerheid. Een rechtsstaat waarin formele procedures en algemene regels voorop staan wordt door Scheltema aangemerkt als een 'bureaucratische rechtsstaat'.²⁸ Scheltema uit als volgt zijn kritiek op de bureaucratische rechtsstaat: er is te veel aandacht voor de toepassing van formele procedures en algemene regels, maar de burger waarop deze procedures en regels van toepassing is verdwijnt daarbij uit beeld. Wanneer de burger de indruk krijgt dat de overheid zich verschuilt achter de regels en geen aandacht heeft voor de belangen van de burger, dan ervaart de burger geen rechtsstaat, maar een bureaucratie.²⁹ Terecht stelt Scheltema dat het doel van rechtsstatelijke regels – de burger beschermen tegen machtsmisbruik door de overheid – op deze wijze niet wordt bereikt.

²⁶ Y.E. Schuurmans, A.E.M. Leijten & J.E. Esser, *Bestuursrecht op Maat (in opdracht van BZK)*, Leiden: Universiteit Leiden 2020, p. 19.

²⁷ Vergelijk Y.E. Schuurmans, A.E.M. Leijten & J.E. Esser, *Tussenrapport Bestuursrecht op maat. Een analyse van de juridische knelpunten bij het bieden van maatwerk (in opdracht van BZK)*, Leiden: Universiteit Leiden 2020, p. 2.

²⁸ M. Scheltema, 'Bureaucratische rechtsstaat of responsieve rechtsstaat?', *NTB*2015/37, p. 287-289, p.288.

²⁹ M. Scheltema, 'Bureaucratische rechtsstaat of responsieve rechtsstaat?', *NTB*2015/37, p. 287-289.

Scheltema uit niet alleen kritiek maar komt ook met een oplossing: Nederland moet naar zijn mening toe naar een meer ‘responsieve rechtsstaat’.³⁰ Een responsieve rechtsstaat omschrijft hij als een rechtsstaat waarin de overheid kijkt naar de belangen van de burger. Daardoor ervaart de burger dat het bij de rechtsstaat uiteindelijk om de burger gaat, ook als de materiële uitkomst van de onderhavige procedure niet is wat de burger wil. Scheltema onderbouwt zijn roep naar een responsieve rechtsstaat met een verwijzing naar de theorie over procedurele rechtvaardigheid.³¹

De spanning tussen het regelgebonden autonome recht en het op de menselijke maat georiënteerde responsieve recht komt volgens de literatuur ook tot uiting in de positie van de rechter. In de autonome rechtsorde bewaakt de ideale rechter een afstand ten opzichte van de partijen die hij voor zich heeft. De rechter laat zich enkel leiden vanuit de algemene regels en bewaakt daarbij de integriteit van de abstracte autonome rechtsorde. Vanuit deze afstandelijke positie heeft de rechter geen plaats om zich te ‘bekommeren’ over de particuliere omstandigheden en concrete behoeften van burgers. Hij houdt daarmee de ‘ogen gesloten’ voor de concrete sociale werkelijkheid waarop het rechtsgeschil betrekking heeft.³² Van den Berge merkt deze terughoudende rechter aan als grensbewaker in plaats van scheidsrechter: ‘zijn optreden’, aldus Van den Berge, ‘is niet gericht op de oplossing van een geschil dat de betrokken partijen verdeeld houdt, maar slechts op de formele zuiverheid van de rechtsorde als abstract geheel’.³³

Ook in Nederland kennen wij voorbeelden van de rechter als grensbewaker in plaats van scheidsrechter. Het bekendste voorbeeld daarvan is het eerdergenoemde kinderopvangtoeslagschandaal. In het verslag van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag is hierover geconcludeerd dat ook de bestuursrechtspraak jarenlang een wezenlijke bijdrage heeft geleverd aan het in stand houden van de niet dwingend uit de wet volgende, spijkerharde uitvoering van de regelgeving van de kinderopvangtoeslag.³⁴ Zoals in paragraaf 1.1 al naar voren is gekomen, heeft het kinderopvangtoeslagschandaal ook een impuls gegeven aan de roep om meer menselijke maat in het handelen van de overheid.

³⁰ Dit standpunt heeft Scheltema in meerdere publicaties bepleit. Vergelijk de bronnen genoemd in voetnoot 1.

³¹ M. Scheltema, ‘Bureaucratische rechtsstaat of responsieve rechtsstaat?’, *NTB* 2015/37, p. 287-289, p. 288.

³² L. van den Berge, ‘Responsief bestuursrecht’, in: L. van den Berge e.a., *Maatwerk in het bestuursrecht* (VAR-Reeks 164), Den Haag: BJu 2020, p. 7-61, p. 21.

³³ L. van den Berge, ‘Responsief bestuursrecht’, in: L. van den Berge e.a., *Maatwerk in het bestuursrecht* (VAR-Reeks 164), Den Haag: BJu 2020, p. 7-61, p. 22. Zie R. Ortlep & W.S. Zorg, ‘Van marginale rechterlijke toetsing naar toetsing op maat: einde van een geconditioneerde respons?’, *Ars Aequi* 2018 januari, p. 20-25.

³⁴ *Kamerstukken II* 2020/21, 35510, nr. 2, p. 5.

Het kabinet beschouwt de menselijke maat als een van de belangrijke thema's van de publieke dienstverlening.³⁵ Zo volgt uit het voornemen om de Awb te wijzigen, dat het kabinet ernaar streeft om het vertrouwen in de overheid te herstellen.³⁶ Het belang hiervan komt ook duidelijk tot uitdrukking in het gezamenlijk paper van de vicepresident van de Raad van State, de president van de Algemene Rekenkamer en de Nationale ombudsman. Zij wijzen daarin op het gegeven dat de overheid de laatste jaren onvoldoende oog heeft gehad voor de zorgen, de belangen en het doenvermogen van burgers. Onzorgvuldige, ingewikkelde en soms te strenge wetgeving, gecombineerd met een praktijk van complexe en onduidelijke financiering en mechanische uitvoering heeft het vertrouwen van burgers in de overheid aangetast. Te denken valt aan het eerdergenoemde kinderopvangtoeslagschandaal, maar bijvoorbeeld ook aan het onvoldoende doordacht en vaak met minder geld wegzetten van taken bij gemeenten die niet altijd in staat zijn om burgers op een adequate manier te helpen.³⁷ Door het op afstand plaatsen van uitvoering bestaat bij beleidsmakers te weinig oog voor uitvoeringsvraagstukken en welke gevolgen het beleid heeft voor de burger. De uitvoerbaarheid en het doenvermogen van burgers is in het wetgevingsproces te weinig in acht genomen. Dit valt onder meer te wijten aan de huidige complexe compromispolitiek en dichtgetimmerde politieke akkoorden, die zich vertalen naar ingewikkelde en stringente wetgeving waarbij er geen beleidsruimte is voor het bestuur.³⁸

In bijvoorbeeld de al eerdergenoemde kabinetsbrief van 11 juli 2022, 'Acties kabinet bevorderen menselijke maat wetten en regels' wordt benadrukt dat aandacht voor de menselijke maat niet alleen bij de uitvoeringspraktijk maar juist ook bij de wetgever ligt.³⁹ Dit komt ook met de volgende woorden naar voren in het reeds genoemde gezamenlijke paper van de drie Hoge Colleges van Staat (Raad van State, Algemene Rekenkamer en de Nationale Ombudsman):⁴⁰

³⁵ Vergelijk bijvoorbeeld <https://www.kcbr.nl/themas/themas-z/menselijke-maat>.

³⁶ Vergelijk de memorie van toelichting (bijlage 2) van het conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb, versie pre-consultatie 18 januari 2023, *Kamerstukken II* 2022/23, 29279, nr. 763. Zie ook *Kamerstukken II* 2022/23, 35510, 112.

³⁷ Vergelijk het jaarverslag van de Nationale ombudsman over 2021, *Kamerstukken II* 2021/22, 36046, nr. 2, p. 3.

³⁸ Gezamenlijk paper van de vicepresident van de Raad van State, de president van de Algemene Rekenkamer en de Nationale ombudsman, 3 november 2021. Gezamenlijke paper van de drie Hoge Colleges van Staat ten behoeve van de formatie - Raad van State. Zie WRR-rapport, *Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op redzaamheid (rapportnr. 97)*, Den Haag: WRR 2017.

³⁹ Kabinetsbrief van 11 juli 2022, 'Acties kabinet bevorderen menselijke maat wetten en regels', kenmerk 2022-0000369621, opgenomen als *Kamerstukken II* 2021/2022, 35510, nr. 102, p. 2-3.

⁴⁰ Gezamenlijk paper van de vicepresident van de Raad van State, de president van de Algemene Rekenkamer en de Nationale ombudsman, 3 november 2021. Gezamenlijke paper van de drie Hoge Colleges van Staat ten behoeve van de formatie - Raad van State. Vergelijk tevens A. Frankowski e.a., *Tussen Staat en menselijke maat. Handhaving in de sociale zekerheid*, Den Haag: NSOB 2021, p. 74. Zie het conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb, versie pre-consultatie 18 januari 2023, *Kamerstukken II* 2022/23, 29279, nr. 763, bijlage 3 (voorstel evenredigheidsbeginsel), p. 5.

‘Als het fundament van de wet niet deugt, is maatwerk bieden in de praktijk dweilen met de kraan open. Wetgeving [...] moet dus zo geschreven zijn dat er een zekere voorspelbaarheid van uitgaat en rechtszekerheid en rechtsgelijkheid geboden worden.’

In dezelfde zin heeft verder de Nationale ombudsman in bijvoorbeeld zijn jaarverslag over 2021 gewaarschuwd dat de menselijke maat een belangrijk aandachtspunt is voor een betrouwbare overheid, maar dat het zoeken naar een oplossing voor het individuele geval geen ‘*workaround*’ mag zijn voor niet goed doordachte, hardvochtige of niet uitvoerbare wetgeving. Waar politiek en bestuurders dan vaak roepen om maatwerk om de problemen van burgers op te lossen, dreigt anders de menselijke maat een holle frase te worden.⁴¹

2.3.1 Herijking evenredigheidsbeginsel: consequenties uitvoeringspraktijk

Zoals in paragraaf 1.1 is opgemerkt, heeft de gewenste menselijke maat – versterkt door het kinderopvangtoeslagschandaal – zijn weg gevonden in de herijking van het evenredigheidsbeginsel bij de uitvoering van formele wetten met discretionaire bevoegdheden, lagere regelgeving met gebonden of discretionaire bevoegdheden en beleidsregels. In die paragraaf is melding gemaakt van het feit dat tijdens het uitvoeren van dit onderzoek ook het conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb verscheen. Hierin wordt voortgeborduurd op de genoemde rechtspraak door – zonder af te willen doen aan het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet – het wettelijk mogelijk te maken om bij de uitvoering van formele wetten met gebonden bevoegdheden toepassing te geven aan het evenredigheidsbeginsel.⁴²

De herijking van het evenredigheidsbeginsel houdt onder meer in dat de rechter bij de toetsing van besluiten waarvoor geldt dat sprake is van beleidsruimte (die berusten op een discretionaire bevoegdheid) en er dus een belangenafweging mogelijk is, aansluiting zoekt bij het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel. Dit betekent dat de rechter toetst of een besluit geschikt, noodzakelijk en evenwichtig is. Voor de beoordeling en de toetsing van de evenredigheid bestaan twee belangrijke oriëntatiepunten: 1) de aard en het gewicht van de bij het besluit betrokken belangen en 2) de ingrijpendheid van het besluit en de mate waarin het besluit fundamentele rechten van de belanghebbenden aantast. De intensiteit van deze toetsing is volgens de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State een glijdende schaal waarop alle intensiteiten tussen vol en terughoudend moeten kunnen worden toegepast. Bepalend is onder meer de aard en de mate van de beleidsruimte van het bestuursorgaan, de aard en het gewicht van de met het besluit te dienen

⁴¹ Jaarverslag Nationale ombudsman over 2021, gepubliceerd op 11 mei 2022, *Kamerstukken II* 2021/22, 36046, nr. 2. Zie ook A.S. de Vries, ‘De (on)wenselijkheid van meer maatwerk’, *NTB* 2022/113 p. 222-229.

⁴² Conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb, versie pre-consultatie 18 januari 2023, *Kamerstukken II* 2022/23, 29279, nr. 763, bijlage 3 (voorstel evenredigheidsbeginsel).

doelen en de aard van de betrokken belangen en de mate waarin deze door het besluit worden geraakt. Naarmate die belangen zwaarder wegen, de nadelige gevolgen ernstiger zijn of het besluit een grotere inbreuk maakt op fundamentele rechten, zal de toetsing intensiever zijn.⁴³

De herijking van het evenredigheidsbeginsel heeft niet alleen gevolgen voor de rechter en de burger, maar ook voor de uitvoeringspraktijk. Onder meer Bröring wijst er terecht op dat het bestuur in het kader van de zorgvuldige voorbereiding en motivering van zijn beslissingen stelselmatiger dan vroeger aandacht aan de drie elementen van het evenredigheidsbeginsel dient te besteden: geschiktheid, noodzakelijkheid en evenwichtigheid.⁴⁴ Zo overwoog de rechtbank Gelderland recent in haar uitspraak van 19 januari 2023 dat het bestuursorgaan zich in de fase van bezwaar spontaan had moeten afvragen of het primaire besluit zich verdroeg met het evenredigheidsbeginsel (van artikel 3:4, tweede lid, Awb).⁴⁵ Barkhuysen pleit er dan ook voor dat het bestuur ook gaat werken met een zogenoemde besluit-effectenrapportage. Dit houdt concreet in dat bestuursorganen in elk besluit expliciet moeten nagaan en motiveren hoe recht is gedaan aan de drie genoemde elementen van het evenredigheidsbeginsel. Voor zover het gaat om besluiten van beschikkingen-fabrieken zou een dergelijke besluit-effectrapportage voor Barkhuysen moeten gelden vanaf de bezwaarfase.⁴⁶ Hoe dan ook, de herijking van het evenredigheidsbeginsel zal voor het bestuur hoogstwaarschijnlijk leiden tot een verzwaring van de motiverings- en onderzoeksplicht. Daartegenover staan belangrijke voordelen, in de woorden van Bröring: ‘een verhoogde rationaliteit en transparantie van het bestuur (objectivering; kenbare, feitelijk juiste, draagkrachtige en begrijpelijke motiveringen)’ en ‘betere belangenafwegingen en rechtvaardiger besluiten’.⁴⁷

Benadrukt wordt dat ook beleidsregels dienen te voldoen aan de drie elementen van het evenredigheidsbeginsel: geschiktheid, noodzakelijkheid en evenwichtigheid.⁴⁸ Hetzelfde geldt voor de aan besluiten ten grondslag

⁴³ Vergelijk bijvoorbeeld ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285; ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:334 en ECLI:NL:RVS:2022:335. Zie de conclusie van staatsraden advocaat-generaal R.J.G.M. Widdershoven & P.J. Wattel van 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468 en die van staatsraad advocaat-generaal G. Snijders van 18 mei 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1441.

⁴⁴ H.E. Bröring, ‘Het evenredigheidsbeginsel als gedragsnorm voor het overheidsbestuur’, *AAe* oktober 2022, p. 755-765, p. 759. Verder R.J.N. Schlössels, ‘De toetsing van beleidsruimte en het evenredigheidsbeginsel: een nieuwe horizon?’, *JBplus* 2022/3, p. 43-58, p. 55; E.J. Govaers, ‘Evenredigheidsuitspraak vergt consistente rechtsbescherming’, *NJB* 2022, afl. 28, p. 2259; M.J.H.M. Verhoeven, ‘Evenredigheid in de omgevingsvergunning’, *Men R* 2022/72, p. 432-435, p. 434; Zie tevens het conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb, versie pre-consultatie 18 januari 2023, *Kamerstukken II* 2022/23, 29279, nr. 763, bijlage 3 (voorstel evenredigheidsbeginsel), p. 7.

⁴⁵ Rechtbank Gelderland 19 januari 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:257.

⁴⁶ T. Barkhuysen, ‘Naar een besluit-effectenrapportage als evenredigheidsbarometer’, *NJB* 2022, afl. 8, p. 539. Zie ook M. Feenstra, ‘De toets aan het evenredigheidsbeginsel bij bestuurlijke maatregelen en herstelsancties’, *NTB* 2022/345, p. 591-599, p. 598-599.

⁴⁷ H.E. Bröring, ‘Het evenredigheidsbeginsel als gedragsnorm voor het overheidsbestuur’, *AAe* oktober 2022, p. 755-765, p. 764.

⁴⁸ Vergelijk bijvoorbeeld ABRvS 17 augustus 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2290.

liggende algemeen verbindende voorschriften (naar huidig recht: niet zijnde een wet in formele zin).⁴⁹ Wordt daaraan niet voldaan, dan zal de uitvoeringspraktijk dit moeten aankaarten bij het bestuur dat het algemeen verbindend voorschrift heeft vastgesteld. In het conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb wordt hierover het volgende gezegd:

'Ook de derde partij in de trias, het bestuur, is aan de wet gebonden. Daarnaast rust op bestuursorganen de taak om te zorgen dat geen onevenredige besluiten worden genomen. Uit jurisprudentie blijkt dat, waar de bestuursrechter bevoegd is tot een exceptieve toetsing, ook het bestuursorgaan daartoe is bevoegd. Uit het gewijzigde artikel 3:4 Awb volgt dat die maatstaf ook geldt bij de uitvoering van formele wetten.** In het algemeen worden nieuwe wetten voorbereid in samenspraak met de uitvoering. Daarbij kan al worden gezien hoe onevenredige uitkomsten kunnen worden voorkomen. Uitvoeringsorganisaties krijgen met het gewijzigde artikel 3:4 een stevigere positie bij de voorbereiding en uitvoering van wetten, bijvoorbeeld door bij geconstateerde hardheden met toepassing van artikel 3:4 te anticiperen op de aanpassing van die geconstateerde hardheden. Het ligt voor de hand dat een uitvoeringsorganisatie hierover in overleg gaat met de opdrachtgevende minister en dat zij gezamenlijk de oplossingen voor de korte en de lange termijn ontwikkelen. Dit proces wordt wel aangeduid met de term feedbackloop.****

* ABRvS 15 november 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ2275, r.o. 2.2. Zie ook de conclusie van Advocaat-Generaal Widdershoven 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, r.o. 5.6.

** Behoudens in het (theoretische) geval sprake is van beperking van grondwettelijke grondrechten waarbij geen delegatie is toegestaan en de wetgever zelf zo nauwkeurig en precies mogelijk de reikwijdte van de inperking moet aangeven.

*** Conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb, versie pre-consultatie 18 januari 2023, *Kamerstukken II* 2022/23, 29279, nr. 763, bijlage 3 (voorstel evenredigheidsbeginsel), p. 4, vergelijk ook p. 8.

Ook de herijking van het evenredigheidsbeginsel heeft tot gevolg dat het bestuur meer dan voorheen gehouden is om algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels vast te stellen en besluiten te nemen waarin meer rekening wordt gehouden met de menselijke maat. Hiertegen kan worden ingebracht dat dit niet strookt met de praktijk dat sommige regels zijn vormgegeven om een efficiënte (al dan niet geautomatiseerde) uitvoering mogelijk te maken. Het conceptwetsvoorstel is daarover evenwel duidelijk:⁵⁰

'Die efficiënte uitvoering is op zichzelf geen belang dat met de verleende bevoegdheid wordt behartigd, maar een belang om doeltreffend de wettelijk opgedragen algemene en bijzondere belangen te behartigen. Het belang van de uitvoering mag weliswaar worden meegewogen, maar is van een andere orde dan de algemene en bijzondere belangen waarvoor aan het bestuursorgaan bevoegdheden zijn verleend.'

⁴⁹ Vergelijk bijvoorbeeld CBB 15 maart 2022, ECLI:NL:CBB:2022:116.

⁵⁰ Conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb, versie pre-consultatie 18 januari 2023, *Kamerstukken II* 2022/23, 29279, nr. 763, bijlage 3 (voorstel evenredigheidsbeginsel), p. 10.

2.4 Algemene reflectie

Uit de aanleiding van dit onderzoek (paragraaf 1.1) volgt dat het dilemma tussen enerzijds de gewenste menselijke maat en anderzijds de angst voor precedentwerking en willekeur in die zin al reëel is omdat het zo door de uitvoeringspraktijk wordt ervaren.⁵¹ Preluderend op hoofdstuk 3 waarin voor dat dilemma oplossingsrichtingen worden aangereikt, wordt hierna in meer algemene zin op dat dilemma gereflecteerd. Daarbij merken wij met het rapport *Bestuursrecht op Maat* op voorhand op dat precedentwerking een vorm van negatieve *framing* is; de angst vanuit de uitvoeringspraktijk ziet waarschijnlijk voornamelijk op ongewenste precedentwerking (met eventuele hoge uitvoeringskosten en lasten), waarbij bestuursorganen zich genoodzaakt voelen om uitzonderingen te herhalen in gevallen die eigenlijk niet gelijk zijn.⁵²

Zoals eerder door een van ons op de schouders van andere auteurs is beschreven,⁵³ is de angst voor precedentwerking en willekeur voornamelijk ingegeven door het gelijkheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel; beginselen die, vergelijk paragraaf 2.2, gelet op de aard van het bestuursrecht ook in een bestuursrecht dat gericht is op de menselijke maat in acht moeten worden genomen.⁵⁴

2.4.1 Gelijkheidsbeginsel

De angst voor precedentwerking is het meest ingegeven door het gelijkheidsbeginsel. Die angst raakt aan waarschijnlijk het meest essentiële criterium waarmee recht van onrecht wordt onderscheiden, namelijk dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld en ongelijke gevallen ongelijk naar de mate van hun ongelijkheid.⁵⁵ Gelijkheid is evenwel binnen het recht niet de enige grondwaarde, zij ‘concurrereert’ altijd met andere grondwaarden en met democratische gelegitimeerde beslissingen. Zo voorziet de Participatiewet in een gedecentraliseerde uitvoering en daarmee is ook blijkens de rechtspraak de mogelijkheid van een verschil in de uitvoeringspraktijk bij de toepassing van

⁵¹ Vergelijk ook W. Hendriks, *Maatwerk als standaard? Over dilemma's en dynamieken bij het streven naar 'maatwerk' in de uitvoeringspraktijk*, Den Haag: NSOB 2022; Y.E. Schuurmans A.E.M. Leijten & J.E. Esser, *Bestuursrecht op Maat. Tussenrapport (in opdracht van BZK)*, Leiden: Universiteit Leiden 2020, p. 44-45.

⁵² Y.E. Schuurmans A.E.M. Leijten & J.E. Esser, *Bestuursrecht op Maat. Tussenrapport (in opdracht van BZK)*, Leiden: Universiteit Leiden 2020, p. 44.

⁵³ R. Ortlep, ‘Wat behoort de rechter naar zijn beste vermogen te doen?’, in: R.J.B. Schutgens e.a. (red.), *Toetsingsintensiteit. Een vergelijkende studie naar het variëren van de toetsingsintensiteit door de rechter*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 3-30; R. Ortlep, ‘Referentiekader van waaruit wij het bestuursrecht bezien en waarderen’, *JBplus* 2020/4, p. 23-40.

⁵⁴ Vergelijk tevens het conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb, versie preconsultatie 18 januari 2023, *Kamerstukken II* 2022/23, 29279, nr. 763, bijlage 3 (voorstel evenredigheidsbeginsel), p. 5-6.

⁵⁵ Vergelijk H. Drion, ‘Functies van rechtsregels in het privaatrecht’, in: J.F. Glastra van Loon e.a. (red.), *Speculum Langemeijer*, Zwolle: Tjeenk Willink 1973, p. 49-61, p. 52-53. Zie ook P. Scholten ‘Rechtsbeginselen’, in: G.J. Scholten e.a. (red.), *Verzamelde geschriften. Eerste en tweede deel*, Zwolle: Tjeenk Willink 1949, p. 395-412, p. 408: ‘Niets wordt zoozeer als onrecht gevoeld als de ongelijke behandeling van gelijke gevallen’.

die wet een democratisch gelegitimeerd gegeven.⁵⁶ In dat verband zijn ook de volgende woorden uit het rapport *Bestuursrecht op Maat* van belang:⁵⁷

'De keerzijde van maatwerk is het risico op ongelijkheid. Indien bestuursorganen hun besluiten in grote mate op hun vrije beslissingsruimte baseren, is het risico op willekeur groot. Dit is dan ook een veelgehoord bezwaar tegen de decentralisatie in het sociaal domein: in gemeente X heeft iemand nu wel recht op schoonmaakhulp, terwijl een burger in een vergelijkbare situatie dat in gemeente Y niet heeft. Hoewel het hier verschillende bestuursorganen betreft, bestaat dit risico ook binnen hetzelfde bestuursorgaan, met name indien vergelijkbare aanvragen door verschillende ambtenaren worden behandeld. Juist om dit te voorkomen kunnen bestuursorganen aangeven wat zij onder gelijke gevallen verstaan, vaak in beleidsregels.'

De laatste zin van dit citaat is een aanknopingspunt voor een oplossingsrichting die wordt besproken in paragraaf 3.2.

Het is moeilijk te begrijpen dat daar waar aan de ene kant een beroep van een burger op het gelijkheidsbeginsel blijkens de rechtspraak zelden slaagt,⁵⁸ aan de andere kant de door dat beginsel ingegeven angst voor precedentwerking een succesvol argument zou zijn om *geen* menselijke maat te betrachten. Daarbij moet niet vergeten worden dat er bij het gelijkheidsbeginsel een onderscheid is tussen het formele en het materiële gelijkheidsbeginsel. Het *formele* gelijkheidsbeginsel betekent gelijkheid voor het recht zonder aanzien des persoons (geen willekeur), terwijl het materiële gelijkheidsbeginsel betekent dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld en ongelijke gevallen ongelijk naar de mate van hun ongelijkheid. Het laatste aspect sluit juist aan bij de gewenste menselijke maat (vergelijk ook paragraaf 3.3)⁵⁹ en wordt met de volgende woorden ook erkend in het conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb:⁶⁰

⁵⁶ Vergelijk CRvB 24 januari 2023, ECLI:NL:CRVB:2023:172; CRvB 8 januari 2013, ECLI:NL:2013:BY8923; CRvB 27 september 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:2110.

⁵⁷ Y.E. Schuurmans A.E.M. Leijten & J.E. Esser, *Bestuursrecht op Maat. Tussenrapport (in opdracht van BZK)*, Leiden: Universiteit Leiden 2020, p. 44-45.

⁵⁸ Vergelijk ABRvS 20 juli 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2058; ABRvS 10 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3285.

⁵⁹ Vergelijk T.A. Cramwinckel, *Voorlichting door de Belastingdienst in rechtsstatelijke context*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 521-522. Verder H. Winter, 'Voorbij de toelagaffaire', *Klachtenrecht* 2022/1, p. 3-6, p. 5. Zie P. Meurs, 'Maatwerk én willekeur. Een pleidooi voor situationele gelijkheid', in: *Transitiecommissie sociaal domein. De decentralisaties in het sociaal domein: wie houdt er niet van?* Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2016, p. 97-111; M. Hertogh, 'Bier werkt beter dan koffie. Over de bestuurlijke beleving van het gelijkheidsbeginsel', in: P.L. Meurs e.a. (red.), *Leren van de praktijk. Gebruik van lokale kennis en ervaring voor beleid. WRR verkenningen nr. 12*. Amsterdam: Amsterdam University Press 2006, p. 19-40.

⁶⁰ Conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb, versie pre-consultatie 18 januari 2023, *Kamerstukken II* 2022/23, 29279, nr. 763, bijlage 3 (voorstel evenredigheidsbeginsel), p. 6.

'Als met toepassing van het evenredigheidsbeginsel bijzondere belangen of omstandigheden tot een maatwerkoplossing leiden, is er per definitie sprake van een situatie die niet standaard is. De toepassing van het evenredigheidsbeginsel leidt in een dergelijk geval daarom niet tot strijd met het gelijkheidsbeginsel. Om dit te expliciteren dienen de omstandigheden van het geval die aanleiding geven voor toepassing van het evenredigheidsbeginsel in de motivering van een besluit tot uitdrukking te worden gebracht. Daarnaast dient een bestuursorgaan in gelijke bijzondere gevallen tot eenzelfde (evenredigheids)afweging komen.'

Tegen specifiek de door het gelijkheidsbeginsel ingegeven angst voor precedentwerking kan verder worden ingebracht dat die werking in eigen hand is. Door bijvoorbeeld in een specifiek geval van wetgeving af te wijken wordt namelijk alleen een precedent geschapen voor het specifieke geval waaronder het is aanvaard.⁶¹ Of zoals in het rapport *Bestuursrecht op Maat* is gezegd: 'juridisch gezien kunnen bestuursorganen precedentwerking prima voorkomen door te wijzen op de verschillen in de betreffende situaties'.⁶² Is een afwijking van wetgeving deugdelijk en expliciet, en waar nodig discursief, gemotiveerd, dan heeft die afwijking vermoedelijk alleen voor een beperkt aantal gevallen precedentwerking. Indien de afwijking voor meerdere gevallen moet gelden,⁶³ zou bijvoorbeeld kunnen worden gewerkt met rechterlijk overgangsrecht respectievelijk nadere voorlichting.⁶⁴ In het concept-wetsvoorstel wordt daarbij aangegeven dat indien de toepassing van bepaalde regelgeving leidt tot een (omvangrijke) onevenredigheid, dit juist aanleiding kan zijn om die regelgeving te herzien en dat het ook de taak van zowel de rechter⁶⁵ als het bestuur is om die onevenredigheid aan de wetgever terug te koppelen. Er is aldus dan sprake van *gewenste* precedentwerking. Wat betreft het bestuur wordt veelal niet gesproken van een 'terugkoppeling' maar van een 'feedbackloop'; het bestuur hoeft blijkens de concept-memorie van toelichting

⁶¹ Vergelijk vnr. rechtbank Den Haag 17 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:4967. Verder rechtbank Noord-Holland 25 juli 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:8216; ABRvS 23 maart 2022, ECLI:NL:RVS:2022:853.

⁶² Y.E. Schuurmans, A.E.M. Leijten & J.E. Esser, *Bestuursrecht op Maat. Tussenrapport (in opdracht van BZK)*, Leiden: Universiteit Leiden 2020, p. 44, met een verwijzing naar S. van Heukelom-Verhage & F. van Tienen, *Maatwerk met de Awb. Advies over het gebruikmaken van de juridische ruimte van de Algemene wet bestuursrecht voor het bieden van maatwerk (in opdracht van BZK)*, Den Haag: Pels Rijcken september 2019, tevens bijlage bij *Kamerstukken II* 2019/20, 26643, nr. 644, p. 31-32.

⁶³ Vergelijk P.J. Huisman & N. Jak, 'Verschillende gezichten van bestuursrechtelijk maatwerk: interactie tussen wetgever, bestuur en bestuursrechter', *Gst.* 2021/45, p. 244-260, p. 251 en p. 255; A. Frankowski e.a., *Tussen Staat en menselijke maat. Handhaving in de sociale zekerheid*, Den Haag: NSOB 2021, p. 72; J. van Dooren, 'Is maatwerk willekeur?', *Tijdschrift voor klachtrecht* 2020/3, p. 3-6; F.S. Bakker, *Billijkheidsuitzonderingen. Het wegens bijzondere omstandigheden buiten toepassing laten van wettelijke voorschriften in individuele gevallen*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 489.

⁶⁴ Bijvoorbeeld zoals de ABRvS heeft gedaan in haar uitspraak (4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622) waarin zij de regeling inzake het alcoholslotprogramma onverbindend heeft verklaard.

⁶⁵ Vergelijk voor wat betreft de rechter bijvoorbeeld ABRvS 11 januari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:79 en CBB 22 december 2020, ECLI:NL:CBB:2020:992.

ook niet te wachten tot een rechterlijke uitspraak, maar kan zelf in overleg treden met degene die de desbetreffende regel(geving) heeft opgesteld.⁶⁶

Het is gelet op het voorgaande wellicht niet verwonderlijk dat in de rechtspraak steeds meer voorbeelden te vinden zijn waarin de rechter niet zomaar meegaat met (het enkel roepen over) het gevaar voor precedentwerking.⁶⁷ Daarnaast merkt Kruiter terecht op dat zolang niet wordt onderbouwd hoeveel gelijke gevallen er daadwerkelijk zijn, precedentwerking altijd onbegrepen zal blijven.⁶⁸ Hij vervolgt:

'En zolang precedentwerking onbegrepen blijft, blijft het in de weg zitten van het doorontwikkelen van publieke dienstverlening. Want de vraag naar precedentwerking kun je vrijblijvend opgooien en werkt over het algemeen vertragend. Dus, vraag vooral de volgende keer: hoeveel gelijke gevallen zijn er dan exact in deze gemeente? Precedentwerking verdient net zo'n degelijke onderbouwing als maatwerk. Want het niet onderbouwen van de claim op precedentwerking vergroot de kans op systeemfouten en daarmee op systemische willekeur: het massaal gelijk behandelen van ongelijke gevallen.'

2.4.2 Rechtszekerheidsbeginsel

De angst voor willekeur is niet alleen ingegeven door het gelijkheidsbeginsel, maar ook door het rechtszekerheidsbeginsel. Met name het argument van de rechtszekerheid is rechtsgebiedoverstijgend en ziet op het klassieke dilemma tussen het verlangen naar gerechtigheid en de behoefte aan zekerheid.⁶⁹ De grootste vaderlandse civilist, Molengraaff heeft dit dilemma met andere bewoordingen al in 1919 als volgt tot uitdrukking gebracht: wanneer het recht te veel ruimte geeft voor individuele omstandigheden, ondermijnt het zijn intrinsieke functie om rechtszekerheid te scheppen. Wordt het daarentegen toegepast met te weinig ruimte voor individuele omstandigheden, dan kan het leiden tot onaanvaardbaar onrecht: *summum jus, summa injuria*. Dat adagium was voor Molengraaff aanleiding om te betogen dat daar waar de wetgever het recht vaststelt in algemene zin, de 'rechtstoepasser' (hij sprak over de rechter) dat doet voor een individuele situatie. Allebei hebben niettemin dezelfde taak, namelijk dat zij allebei gebonden zijn en inhoud dienen te geven 'aan het recht,

⁶⁶ Vergelijk het conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb, versie pre-consultatie 18 januari 2023, *Kamerstukken II* 2022/23, 29279, nr. 763, bijlage 3 (voorstel evenredigheidsbeginsel), p. 6 en p. 8.

⁶⁷ Vergelijk ABRvS 4 november 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2606; CRvB 15 april 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:847; CRvB 24 juni 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:1556; ABRvS 19 januari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:146; ABRvS 26 januari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:259; ABRvS 16 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:503; ABRvS 7 september 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2620.

⁶⁸ https://www.linkedin.com/posts/activity-6993829337196027904-k_OY/?utm_source=share&utm_medium=member_ios. Vergelijk tevens A.J. Kruiter, 'De algemene beginselen van behoorlijk maatwerk', in november 2022 ontleend aan <https://publiekewaarden.nl/de-algemene-beginselen-van-behoorlijk-maatwerk/>.

⁶⁹ Vergelijk advocaat-generaal Colomer in zijn conclusie van 28 januari 1999, *AssiDomän Kraft*, C-310/97 P, ECLI:EU:C:1999:36.

dat leeft in de maatschappij, dat gelding heeft in het onderlinge verkeer der mensen'.⁷⁰

Het argument van de rechtszekerheid en de daarmee ingegeven angst voor willekeur is ook lange tijd voor het privaatrecht ingebracht maar uiteindelijk is daar met Molengraaff het adagium 'liever onzekerheid over het recht dan zekerheid over onrecht' luider gaan klinken dan het adagium 'liever rechtszekerheid dan rechtvaardigheid'. Dit ligt vanwege de in paragraaf 2.2 besproken aard in het bestuursrecht anders.⁷¹ Voor het bestuursrecht is door het kinderopvangtoeslagschandaal, en de eerdere en bredere discussie om als overheid meer aandacht te hebben voor responsiviteit en evenredigheid, het adagium 'liever onzekerheid over het recht dan zekerheid over onrecht' wel luider gaan klinken dan voorheen.⁷²

Het klassieke dilemma tussen het verlangen naar gerechtigheid en de behoefte aan zekerheid ziet op twee gelijkwaardige grootheden en het is in die zin altijd een beargumenteerde keuze welk belang het zwaarst weegt.⁷³ Daarbij moet er op worden gelet dat het belang van rechtszekerheid – zeker als het gaat om tweepartijengeschillen – niet wordt gehanteerd als een machtsspreuk, zonder uiteenzetting of bewijs dat het in het geding is of zou komen. Verder moet het belang van rechtszekerheid niet louter worden opgevat als voorspelbaarheid van het recht. Dat belang ziet op meer, namelijk ook op de zekerheid dat *recht* wordt gedaan.⁷⁴ Het is ook niet gewaagd om te stellen dat een burger bij een conflict met de overheid veelal niet naar wetgeving of eerdere rechtspraak kijkt, maar wel verwacht dat een redelijke oplossing het wint van een duidelijk onredelijke oplossing,⁷⁵ die naar de letter van wetgeving volgens sommige pleitbezorgers van de rechtszekerheid gedictieerd zou zijn.⁷⁶ Er kan zelfs met Molengraaff worden verdedigd dat wetgeving, zoals die rondom de kinder-

⁷⁰ W.L.P.A. Molengraaff, 'Summum Jus, summa injuria', *RM* 1919, p. 491-528, p. 527-528.

⁷¹ Vergelijk F.S. Bakker, *Billijkheidsuitzonderingen. Het wegens bijzondere omstandigheden buiten toepassing laten van wettelijke voorschriften in individuele gevallen*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 467 e.v.

⁷² Vergelijk bijvoorbeeld rechtbank Limburg 23 maart 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:2220; rechtbank Noord-Nederland van 12 mei 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:1833.

⁷³ Vergelijk A.S. Hartkamp, *Velerlei gestalten*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 132; P. Schilfgaarde, *De redelijkheid en billijkheid in het ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2016, p. 69 e.v.; P.S. Westerman, 'De valse tegenstelling tussen uniform en maatwerk', *AAe* april 2022, p. 274-277. Zie H. Drion, 'Het rechtszekerheidsargument', in: *De hanteerbaarheid van het recht (Pels-Rijcken-bundel)*, Zwolle: Tjeenk Willink 1981, p. 1-13.

⁷⁴ Vergelijk P. Schilfgaarde, *De redelijkheid en billijkheid in het ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2016, p. 72 e.v.; H.C.F. Schoordijk, *Redelijkheid en billijkheid aan de vooravond van een nieuw millennium*, Zwolle: Tjeenk Willink 1996, p. 29 e.v. Verder P. Abas, *Beperkende werking van de goede trouw*, Deventer: Kluwer 1972, p. 6 e.v. Zie D. Venema, 'De mythe van het dilemma tussen rechtszekerheid en rechtvaardigheid in de reflectie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State op het kinderopvangtoeslagschandaal', *TBP* 2023/1, p. 34-45.

⁷⁵ In vergelijkbare zin de conclusie van staatsraad advocaat-generaal P.J. Wattel van 4 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1152: 'De rechtstoepassing, met name als die grimmig wordt, moet zo mogelijk het rechtsgevoel van justitiabelen blijven aanspreken.'

⁷⁶ Vergelijk H.C.F. Schoordijk, *Redelijkheid en billijkheid aan de vooravond van een nieuw millennium*, Zwolle: Tjeenk Willink 1996, p. 29.

opvangtoeslag, niet meer rechtszekerheid in haar heeft, omdat de wetgever niet alle uitwerkingen kan overzien en de maatschappelijke (politieke) opvattingen kunnen wijzigen, zodat de *afwijzing* van de denkhouding dat wetgeving geen sta-in-de-weg is voor het vinden van een voor de burger en maatschappij bevredigende oplossing, noodzakelijkerwijze moet uitlopen op zekerheid van onrecht in tal van gevallen.⁷⁷ Meer dan honderd jaar later, lijkt in bijvoorbeeld het conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb de opvatting van onder meer Molengraaff thans ook (meer) voor het bestuursrecht te worden omarmd door op te merken dat de rechtszekerheid geen geslaagd argument kan 'zijn om in individuele gevallen onevenredige (onrechtvaardige) uitkomsten in stand te laten'. 'En de rechtszekerheid van het bestuur zelf', aldus de concept-memorie van toelichting, 'die in dit verband wel naar voren wordt gebracht, is op zichzelf geen rechtens te honoreren beginsel: het gaat te allen tijde om de behartiging van het algemeen belang. Wel is de rechtszekerheid ermee gediend als een vaker voorkomende onevenredigheid door de regelgever wordt gecorrigeerd'.⁷⁸

⁷⁷ W.L.P.A. Molengraaff, 'Summum Jus, summa injuria', *RM*1919, p. 491-528, p. 528.

⁷⁸ Conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb, versie pre-consultatie 18 januari 2023, *Kamerstukken II*2022/23, 29279, nr. 763, bijlage 3 (voorstel evenredigheidsbeginsel), p. 6.

3 Oplossingsrichtingen

3.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is het dilemma tussen enerzijds de gewenste menselijke maat en anderzijds de angst voor precedentwerking en willekeur verkennend in kaart gebracht. Hiermee is tot uitdrukking gekomen, vergelijk tevens paragraaf 1.2, dat die angst in die zin terecht is dat zij in de uitvoeringspraktijk zo wordt ervaren. Hoewel het wegnemen van angst voor in elk geval een deel in eigen hand is, worden in dit hoofdstuk voor dat dilemma oplossingsrichtingen aangereikt. Hierbij moet in ogenschouw worden genomen dat een (door juristen) aangereikte oplossing ook een nieuw dilemma kan veroorzaken⁷⁹ en ook daarom wordt in paragraaf 4.2 de wens uitgesproken voor een vervolgonderzoek. De oplossingsrichtingen worden grotendeels afzonderlijk besproken, zonder af te willen doen dat zij op onderdelen met elkaar samenhangen.

3.2 Vertrouwen in en ruimte voor de uitvoeringspraktijk

In paragraaf 1.4 is opgemerkt dat moet worden onderkend dat het dilemma tussen enerzijds de gewenste menselijke maat en anderzijds de angst voor precedentwerking en willekeur anders kan of wordt ervaren naar gelang er bijvoorbeeld sprake is van een zogeheten beschikkingenfabriek of beschikkingenatelier. Er bestaat ook geen ‘standaarduitvoeringspraktijk.’ Op sommige beleidsterreinen worden geautomatiseerde bulkbesluiten genomen door enorme beschikkingenfabrieken (denk aan het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen en de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland) en in andere gevallen worden maatwerk-besluiten genomen door meer specialistische uitvoeringsorganisaties (denk aan de Autoriteit Consument en Markt). Gelet op de aard van de regelgeving en de (bulk)uitvoering, hebben beschikkingenfabrieken doorgaans ook te maken met gebonden bevoegdheden.⁸⁰

In deze paragraaf wordt onderzocht of er een relatie bestaat tussen enerzijds de mogelijkheid om rekening te houden met de menselijke maat (gebonden bevoegdheden versus discretionaire bevoegdheden) en anderzijds de angst voor precedentwerking en willekeur. Hieronder worden drie archetypen bevoegdheden besproken die uitvoeringsorganisaties tot hun beschikking kunnen hebben en waarbij de mogelijkheden om rekening te houden met de

⁷⁹ Zo kan de gewenste menselijke maat en het ‘beteugelen’ van de angst voor precedentwerking en willekeur leiden tot een fijnmazig set aan regelingen die kunnen leiden tot een onuitvoerbaar en ondoorzichtig geheel. Vergelijk W. Hendriks e.a., *Maatwerk als standaard? Over dilemma’s en dynamieken bij het streven naar ‘maatwerk’ in de uitvoeringspraktijk*, Den Haag: NSOB 2022, p. 57. Zie P. de Winter, *Tussen de regels*, Den Haag: Boom juridisch 2019.

⁸⁰ Vergelijk over de dilemma’s die kunnen spelen bij de afweging tussen gebonden en discretionaire bevoegdheden *Kamerstukken II 2022/23*, 29362, nr. 313, p. 13-17. Zie tevens *IBO Toeslagen Deelonderzoek 1 Eenvoud of maatwerk: Uitrusten binnen het bestaande toeslagenstelsel*, bijlage bij *Kamerstukken II 2019/20* 31066, nr. 540.

menselijke maat verschilt, namelijk de discretionaire bevoegdheid, de gebonden bevoegdheid en daartussenin de gebonden bevoegdheid met daaraan gekoppeld een hardheidsclausule. Daarbij wordt aangegeven hoe deze bevoegdheden het best kunnen worden ingericht om zoveel mogelijk recht te kunnen doen aan de menselijke maat en hoe tegelijkertijd wellicht de angst voor precedentwerking en willekeur kan worden voorkomen. Hierbij wordt uitgegaan van het huidige recht, maar wordt waar nodig ook uitgegaan van het conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb.⁸¹

3.2.1 Discretionaire bevoegdheden

Wanneer de uitvoeringspraktijk besluiten neemt die zijn gebaseerd op discretionaire bevoegdheden, dan is het bestuur op grond van artikel 3:4, eerste lid, Awb gehouden om bij het nemen van een besluit een belangenafweging te verrichten. Sinds de in paragraaf 2.3 besproken nieuwe evenredigheidsstoets, zoals voor het eerst neergelegd in de *Harderwijk*-uitspraak, dient het bestuur na te gaan of een besluit geschikt, noodzakelijk en evenwichtig is. In dat geval heeft het bestuur blijkens de rechtspraak de mogelijkheid om rekening te houden met de menselijke maat; de individuele omstandigheden aan de kant van de burger kunnen worden meegewogen. Omdat de burger weet dat het besluit is gebaseerd op een belangenafweging en als het goed is recht wordt gedaan aan zijn individuele omstandigheden, is de precedentwerking van het uiteindelijke besluit waarschijnlijk beperkt, temeer, vergelijk paragraaf 2.4.1, alleen een precedent wordt geschapen voor het specifieke geval waaronder het is aanvaard. In dat kader is het relevant dat in de praktijk gevallen zelden gelijk zijn. Zaak is dan wel dat het bestuur deugdelijk motiveert welke belangen in de belangenafweging zijn betrokken en ook hoe deze tegen elkaar zijn afgewogen. Dit draagt bij aan de legitimiteit van het besluit en maakt het voor de rechter gemakkelijker om te controleren of het bestuur de belangenafweging op een juiste wijze heeft verricht dan wel in redelijkheid heeft kunnen verrichten.⁸² In deze zin is het positief te waarderen dat in het conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb het huidige artikel 3:47, eerste lid, Awb wordt aangevuld om het voor de burger meer begrijpelijk te maken waar het besluit over gaat en welke afwegingen hieraan ten grondslag liggen.⁸³

Met het voorgaande is wellicht nog niet de angst voor willekeurige besluitvorming weggenomen. Om willekeur te voorkomen zou het bestuursorgaan beleidsregels kunnen vaststellen waarin wordt aangegeven welke belangen in de belangenafweging een rol spelen en ook hoe in algemene zin de

⁸¹ Conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb, versie pre-consultatie 18 januari 2023, *Kamerstukken II*2022/23, 29279, nr. 763.

⁸² Dit is afhankelijk van de door de rechter gekozen toetsingsintensiteit op de zogenoemde glijdende schaal.

⁸³ Vergelijk de memorie van toelichting (bijlage 2) van het conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb, versie pre-consultatie 18 januari 2023, *Kamerstukken II*2022/23, 29279, nr. 763, p. 8 e.v.

belangen tegenover elkaar worden afgewogen.⁸⁴ Van beleidsregels kan op grond van bijzondere omstandigheden⁸⁵ worden afgeweken, zodat ruimte blijft bestaan voor de menselijke maat. Als van de beleidsregels wordt afgeweken, dan moet dat deugdelijk worden gemotiveerd, hetgeen kan voorkomen dat precedentwerking ontstaat (vrijwel geen geval is gelijk).

3.2.2 Gebonden bevoegdheden zonder hardheidsclausule

Aan de andere kant van het spectrum staan de gebonden bevoegdheden. In dat geval schrijft het algemeen verbindend voorschrift dwingendrechtelijk voor welk besluit moet worden genomen. Dat er bij een gebonden bevoegdheid voor een belangenafweging en daarmee voor de menselijke maat (op grond van het evenredigheidsbeginsel) geen ruimte bestaat, is nog steeds vaste rechtspraak.⁸⁶

In die rechtspraak wordt daarvoor wat betreft het evenredigheidsbeginsel nog steeds de volgende redenering gehanteerd: de belangenafweging die een bestuursorgaan dient te maken wordt ingevolge artikel 3:4, eerste lid, Awb beperkt voor zover dit voortvloeit uit een wettelijk voorschrift. Wanneer uit een wettelijk voorschrift volgt dat er geen ruimte bestaat voor een belangenafweging, bestaat er evenmin ruimte voor een evenredigheidstoetsing krachtens artikel 3:4, tweede lid, Awb. Dit is door de bekende uitspraak van 23 oktober 2019 van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State over de kinderopvangtoeslag niet anders geworden. Zij heeft daarin namelijk 'slechts' gekozen voor een corrigerende interpretatie, in de zin dat bij nader inzien de terugvorderingsbevoegdheid van artikel 26 Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen (Awir) een bevoegdheid is die ruimte biedt voor een belangenafweging en daarmee voor een evenredigheidstoetsing krachtens artikel 3:4, tweede lid, Awb.*

* ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3536.

⁸⁴ In beleidsregels kan ook worden aangegeven wat de uitvoeringspraktijk onder gelijke gevallen verstaat. Vergelijk Y.E. Schuurmans A.E.M. Leijten & J.E. Esser, *Bestuursrecht op Maat. Tussenrapport (in opdracht van BZK)*, Leiden: Universiteit Leiden 2020, p. 44, met een verwijzing naar S. van Heukelom-Verhage & F. van Tienen, *Maatwerk met de Awb. Advies over het gebruikmaken van de juridische ruimte van de Algemene wet bestuursrecht voor het bieden van maatwerk (in opdracht van BZK)*, Den Haag: Pels Rijcken september 2019, p. 30.

⁸⁵ Sinds ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:2016:2840 worden omstandigheden die bij het opstellen van een beleidsregel zijn verdisconteerd, dan wel moeten worden geacht te zijn verdisconteerd, niet reeds daarom buiten beschouwing worden gelaten. Het bestuursorgaan dient derhalve alle omstandigheden van het geval te betrekken in zijn beoordeling en dient te bezien of deze op zichzelf dan wel tezamen met andere omstandigheden, moeten worden aangemerkt als bijzonder omstandigheden in de zin van artikel 4:84 Awb die maken dat het handelen overeenkomst de beleidsregel gevolgen heeft die onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregels te dienen doelen. In het conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb wordt voorgesteld 'wegens bijzondere omstandigheden' in artikel 4:84 Awb geheel te schrappen. Volgens de toelichting wordt daarmee beter tot uitdrukking gebracht dat ook normale omstandigheden tot afwijking van een beleidsregel kunnen nopen. Zie de memorie van toelichting (bijlage 2) van het conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb, versie pre-consultatie 18 januari 2023, *Kamerstukken II 2022/23*, 29279, nr. 763, p. 32.

⁸⁶ Vergelijk CbB 20 juli 2021, ECLI:NL:CBB:2021:751; CbB 29 juni 2021, ECLI:NL:CBB:2021:680; CRvB 18 mei 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:1183; CbB 11 mei 2021, ECLI:NL:CBB:2021:487; CRvB 6 april 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:915; CbB 16 maart 2021, ECLI:NL:CBB:2021:268; CbB 2 maart 2021, ECLI:NL:CBB:2021:215; CRvB 27 januari 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:199; CbB 26 januari 2021, ECLI:NL:CBB:2021:80; CRvB 19 januari 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:486; CbB 28 april 2020, ECLI:NL:CBB:2020:321; CbB 5 november 2019, ECLI:NL:CBB:2019:560.

Hierdoor is er geen gegronde reden om angst te hebben voor willekeurige besluiten, in de zin dat het algemeen verbindend voorschrift dicteert welk besluit moet worden genomen. Ook voor angst voor precedentwerking is dan geen grond.

Niettemin kan ook bij gebonden bevoegdheden ruimte worden gevonden voor de menselijke maat. Ten eerste kan op grond van het zogeheten aristotelische billijkheidsdenken worden verdedigd dat ook bij gebonden bevoegdheden een inherente afwijkingsbevoegdheid bestaat en daarmee ruimte voor de menselijke maat. Gelet op de in paragraaf 2.2 besproken aard van het bestuursrecht is over dat standpunt evenwel (nog) geen eensgezindheid.⁸⁷ In de tweede plaats kan de rechter een bepaling in een algemeen verbindend voorschrift, waaronder ook een wet in formele zin, in sommige gevallen beginselconform interpreteren zodat maatwerk mogelijk is.⁸⁸ De uitvoeringspraktijk zou dat ook uit eigen beweging kunnen doen; ook de uitvoeringspraktijk is immers gebonden aan de algemene rechtsbeginselen. In de derde plaats komt de rechter wanneer het gaat om dwingendrechtelijke bepalingen in algemeen verbindende voorschriften, niet zijnde een wet in formele zin, vaker dan voorheen tot het oordeel dat zo'n bepaling in het concrete geval gelet op de bijzondere omstandigheden van het geval wegens strijd met artikel 3:4, tweede lid, Awb niet kan worden toegepast.⁸⁹ Daarnaast kan een algemeen verbindend voorschrift, niet zijnde een wet in formele zin, ook als het gaat om een gebonden bevoegdheid, door de rechter langs de weg van de exceptieve toetsing onverbindend of buiten toepassing worden verklaard vanwege strijd met het evenredigheidsbeginsel.⁹⁰

De toepassing van het evenredigheidsbeginsel contra een algemeen verbindend voorschrift (*contra legem*) zou met het conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb verdwijnen.⁹¹ Daarin wordt namelijk voorgesteld om dat beginsel in artikel 3:4, tweede lid, Awb te operationaliseren met de volgende wijziging:

'De voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen, ook indien het eerste lid de af te wegen belangen beperkt.'

⁸⁷ Vergelijk de conclusie van staatsraden advocaat-generaal R.J.G.M. Widdershoven & P.J. Wattel van 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468; F.S. Bakker, *Billijkheidsuitzonderingen*, Deventer: Wolters Kluwer 2018. Zie W.L. Borst, 'Mag het bestuur ook wat de rechter mag?', *AA* mei 2022, p. 384-390.

⁸⁸ Vergelijk CRvB 13 december 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:2745; CRvB 13 december 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:2794.

⁸⁹ Vergelijk bijvoorbeeld ABRvS 21 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2493; ABRvS 27 juli 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2161; ABRvS 11 januari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:79.

⁹⁰ Vergelijk bijvoorbeeld ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622; CBb 15 maart 2022, ECLI:NL:CBB:2022:116.

⁹¹ Vergelijk het conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb, versie pre-consultatie 18 januari 2023, *Kamerstukken II* 2022/23, 29279, nr. 763, bijlage 3 (voorstel evenredigheidsbeginsel), p. 4.

Hiermee wordt beoogd dat wettelijk toepassing kan worden gegeven aan het evenredigheidsbeginsel bij de uitvoering van een dwingendrechtelijk algemeen verbindend voorschrift zelfs als dat een formele wet is. Wel zal het karakter van een formele wet, namelijk de democratische legitimatie door de formele wetgever, in de praktijk naar verwachting leiden tot een verschil in toetsingsintensiteit ten opzichte van bijvoorbeeld een ander algemeen verbindend voorschrift.⁹²

In de toepassing van het evenredigheidsbeginsel bij de uitvoering van een dwingendrechtelijk algemeen verbindend voorschrift is de angst voor willekeurige besluiten wellicht gegrond. De beslissing of in het concrete geval van een dwingendrechtelijk algemeen verbindend voorschrift wordt afgeweken, ligt zowel bij het bestuursorgaan als de rechter.⁹³ Het gevolg is dat de uitvoeringspraktijk ook reeds bij het nemen van het besluit zal moeten bezien of in het concrete geval gelet op bijzondere omstandigheden van het dwingendrechtelijk algemeen verbindend voorschrift moet worden afgeweken.⁹⁴ Dit buitenwettelijk begunstigend beleid is op voorhand niet kenbaar voor de burger en moet worden afgeleid uit de rechtspraak en uit parlementaire stukken. Het hanteren van een vaste gedragslijn in de vorm van buitenwettelijk begunstigend beleid en het deugdelijk motiveren kunnen voorkomen dat willekeurige besluiten worden genomen. De mogelijkheid van de toepassing van het evenredigheidsbeginsel tegen een algemeen verbindend voorschrift kan echter wel tot gevolg hebben dat burgers zich meer op bijzondere omstandigheden zullen beroepen en dat in die zin de angst voor precedentwerking gegrond is. Dit dringt zich nog meer op bij de situatie dat een algemeen verbindend voorschrift, niet zijnde een wet in formele zin, door de rechter onverbindend wordt verklaard.⁹⁵ In het geval dat de angst voor precedentwerking gegrond is, kan volgens de concept-memorie van toelichting de rechter meedelen dat hij van oordeel is dat een bepaalde onevenredigheid in regelgeving moet worden aangepast⁹⁶ en kan het bestuur (de uitvoeringspraktijk) in overleg treden met de regelgever om gezamenlijk

⁹² Vergelijk het conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb, versie pre-consultatie 18 januari 2023, *Kamerstukken II* 2022/23, 29279, nr. 763, bijlage 3 (voorstel evenredigheidsbeginsel), p. 2 e.v.

⁹³ Vergelijk het conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb, versie pre-consultatie 18 januari 2023, *Kamerstukken II* 2022/23, 29279, nr. 763, bijlage 3 (voorstel evenredigheidsbeginsel), p. 4.

⁹⁴ Dat is bijvoorbeeld al staande praktijk bij de uitvoering van de NOW en de TVL. Zie over deze verplichting ook H.E. Bröring, 'Het evenredigheidsbeginsel als gedragsnorm voor het overheidsbestuur', *AAe* oktober 2022, p. 755-765, p. 763.

⁹⁵ Gelet op artikel 120 Grondwet is het niet toegestaan dat de rechter over een formele wet de onverbindendheid uitspreekt. Vergelijk ook het conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb, versie pre-consultatie 18 januari 2023, *Kamerstukken II* 2022/23, 29279, nr. 763, bijlage 3 (voorstel evenredigheidsbeginsel), p. 3.

⁹⁶ Vergelijk ABRvS 11 januari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:79 en CBB 22 december 2020, ECLI:NL:CBB:2020:992. Laatstgenoemde uitspraak heeft ook daadwerkelijk tot een wijziging in de regelgeving geleid. Zie Regeling van de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat van 29 maart 2021, nr. WJZ/ 21086557, tot wijziging van de Regeling subsidie vaste lasten financiering COVID-19 in verband met de verlaging van de vaste lasten drempel en enkele overige aanpassingen in de periode januari, februari en maart van 2021, *Stcrt.* 2021, 16732.

oplossingen te ontwikkelen. De concept-memorie van toelichting spreekt van een zogeheten *feedbackloop* (vergelijk paragraaf 2.4.1).⁹⁷ Zowel deze *feedbackloop* als de terugkoppeling door de rechter kunnen daarmee bijdragen om het dilemma tussen enerzijds de gewenste menselijke maat en anderzijds de angst voor precedentwerking en willekeur op te lossen.

3.2.3 Gebonden bevoegdheden met hardheidsclausule

Een tussenvariant vormt de gebonden bevoegdheid met daaraan gekoppeld een hardheidsclausule. Dit betekent dat in de wetgeving wordt neergelegd dat kan worden afgezien van de toepassing van een wettelijke bepaling als de toepassing daarvan leidt tot een onbillijkheid van overwegende aard.⁹⁸ Hoewel het kabinet een hernieuwde visie op hardheidsclausules heeft ontwikkeld die de bijzondere wetgever vraagt alert te zijn op het voorkomen van onevenredige uitkomsten voor burgers,⁹⁹ heeft zij over de hardheidsclausules tevens terecht het volgende opgemerkt:¹⁰⁰

‘Een hardheidsclausule kan, als deze veel of gemakkelijk wordt ingezet, een risico vormen voor de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid voor mensen en daarmee het ontstaan of de toename van willekeur. Daarom dient ervoor gewaakt te worden dat de hardheidsclausule een uitvlucht wordt, als beleid en wetgeving niet goed zijn doordacht. Voorkomen moet worden dat hardheidsclausules de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid ondermijnen, een vrijbrief voor willekeur opleveren of de wetgever een excuus bieden om slechte wetgeving uit te vaardigen waarin dilemma’s bij uitvoeringsorganisaties (en in laatste instantie de rechter) worden neergelegd. Een hardheidsclausule behoort geen panacee te zijn voor niet goed doordachte, te strenge of niet uitvoerbare wetgeving.’

Een voordeel van een hardheidsclausule is dat (veelvuldige) toepassing daarvan een belangrijke signaleringsfunctie kan hebben om duidelijk te hebben waar de wetgeving in de praktijk knelt.¹⁰¹ Daarnaast kan met een hardheidsclausule worden vastgehouden aan algemene regels die voor iedereen gelden, maar

⁹⁷ Conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb, versie pre-consultatie 18 januari 2023, *Kamerstukken II* 2022/23, 29279, nr. 763, bijlage 3 (voorstel evenredigheidsbeginsel), p. 4 en p. 8.

⁹⁸ Uit onderzoek blijkt dat hardheidsclausules in veel verschillende formuleringen tegenkomen. Vergelijk kabinetsbrief van 11 juli 2022, ‘Acties kabinet bevorderen menselijke maat wetten en regels’, kenmerk 2022-0000369621, opgenomen als *Kamerstukken II* 2021/2022, 35510, nr. 102, p. 7 e.v. Zie S. Putting, ‘De hardheidsclausule en ander maatwerk in het licht van de NOW’, *JBplus* 2021/10, p. 141-160.

⁹⁹ Dit wordt neergelegd in de Aanwijzingen voor de regelgeving. Vergelijk *Kamerstukken II* 2022/23, 35510, nr. 112, antwoord op vraag 2.

¹⁰⁰ Kabinetsbrief van 11 juli 2022, ‘Acties kabinet bevorderen menselijke maat wetten en regels’, kenmerk 2022-0000369621, opgenomen als *Kamerstukken II* 2021/2022, 35510, nr. 102, p. 10. Vergelijk ook *Kamerstukken II* 2022/23, 35510, nr. 112, antwoorden op vragen 2, 3, 7 en 23. Zie M.H. Ippel & P. Beirmaert, ‘Goede uitvoering van wetgeving vanuit het burgerperspectief’, *Regelmaat* 2022/4, p. 314-331.

¹⁰¹ Vergelijk kabinetsbrief van 11 juli 2022, ‘Acties kabinet bevorderen menselijke maat wetten en regels’, kenmerk 2022-0000369621, opgenomen als *Kamerstukken II* 2021/2022, 35510, nr. 102, p. 7.

bestaat er tevens een expliciete wettelijke grondslag om in bijzondere gevallen rekening te houden met de menselijke maat.¹⁰² Zoals hiervoor besproken, bestaat er namelijk over het standpunt dat op grond van het zogeheten aristotelische billijkheidsdenken ook bij gebonden bevoegdheden een inherente afwijkingsbevoegdheid bestaat (nog) geen eensgezindheid. Uit de doctrine komt het beeld naar voren dat hardheidsclausules zowel in de uitvoeringspraktijk als in de rechtspraak zeer restrictief worden uitgelegd.¹⁰³ De rechter toetst bovendien doorgaans terughoudend of het bestuursorgaan zich (in redelijkheid) op het standpunt heeft kunnen stellen dat een bepaald besluit tot een bijzondere hardheid leidt.¹⁰⁴ Dit heeft geleid tot de aanname dat hardheidsclausules tot nu toe niet leiden tot een praktijk dat daadwerkelijk rekening wordt gehouden met de menselijke maat. Het restrictief toepassen van hardheidsclausules door het bestuur lijkt te zijn ingegeven door de angst voor precedentwerking.¹⁰⁵ Het is de vraag of die angst terecht is. Zoals volgt uit paragraaf 2.4.1, levert het in een specifieke situatie toepassen van een hardheidsclausule namelijk alleen een precedent op voor dat specifieke geval.

Het toepassen van hardheidsclausules kan wellicht gemakkelijk leiden tot ongelijke behandeling en rechtsonzekerheid.¹⁰⁶ Volgens de concept-memorie van toelichting gaat het hier om het belang van rechtszekerheid voor de burger, in de zin dat dat ‘de rechtszekerheid van het bestuur zelf’ [...] ‘geen rechtens te honoreren beginsel’ is. ‘Wel is de rechtszekerheid’, aldus de concept-memorie van toelichting, ‘ermee gediend als een vaker voorkomende onevenredigheid door de regelgever wordt gecorrigeerd’.¹⁰⁷ Het voor de burger voorkomen van ongelijke behandeling en rechtsonzekerheid, in de zin van voorspelbaarheid van het recht, kan wellicht worden bereikt door een geslaagd beroep op een hardheidsclausule deugdelijk te motiveren alsmede door het opstellen van beleidsregels waarin is neergelegd hoe de uitvoeringspraktijk omgaat met beroepen op de hardheidsclausule. Een nadeel van een hardheidsclausule is

¹⁰² Vergelijk Kabinetsbrief van 11 juli 2022, ‘Acties kabinet bevorderen menselijke maat wetten en regels’, kenmerk 2022-0000369621, opgenomen als *Kamerstukken II* 2021/2022, 35510, nr. 102, p. 9.

¹⁰³ Vergelijk M. Scheltema, ‘Mag de rechtsstaat voor de burger worden gesloten? Bouwstenen voor een meer burgervriendelijk bestuursrecht’, *AA* september 2021, p. 809-820, p. 813, met verwijzing naar A. Meuwese & J. Wolswinkel, *Maatwerk en bijzondere wetgeving: ondanks of dankzij? (rapportage voor het Ministerie van BZK)*, Tilburg: Tilburg University 2020 & Stichting Stimulansz, Hardheidsclausules ten behoeve van maatwerk (overzicht voor het Programma Maatwerk voor Multiprobleemhuishoudens), Utrecht 4 november 2020.

¹⁰⁴ Vergelijk bijvoorbeeld ABRvS 29 juni 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1830; ABRvS 23 maart 2022, ECLI:NL:RVS:2022:857.

¹⁰⁵ Vergelijk P.J. Huisman & N. Jak, ‘Verschillende gezichten van bestuursrechtelijk maatwerk: interactie tussen wetgever, bestuur en bestuursrechter’, *Gst.* 2021/45, p. 244-260, p. 251. Zie J.D. Baron & E. Poelmann, ‘Wat is het juiste evenredigheidsventiel voor het belastingrecht?’, *TFB* 2022/7, p. 8-14.

¹⁰⁶ Vergelijk kabinetsbrief van 11 juli 2022, ‘Acties kabinet bevorderen menselijke maat wetten en regels’, kenmerk 2022-0000369621, opgenomen als *Kamerstukken II* 2021/2022, 35510, nr. 102, p. 10; W. Hendriks e.a., *Maatwerk als standaard? Over dilemma's en dynamieken bij het streven naar 'maatwerk' in de uitvoeringspraktijk*, Den Haag: NSOB 2022, p. 54.

¹⁰⁷ Conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb, versie pre-consultatie 18 januari 2023, *Kamerstukken II* 2022/23, 29279, nr. 763, bijlage 3 (voorstel evenredigheidsbeginsel), p. 6.

dat het de uitvoering moeilijk maakt. Zo wordt in procedures rondom de coronasteunregelingen regelmatig vanuit het bestuur aangevoerd dat bewust geen hardheidsclausule is opgenomen, om zo te zorgen dat de regeling uitvoerbaar blijft.¹⁰⁸ Gelet hierop is het de vraag of het niet verstandiger is om eerst en vooral te investeren in wetgeving die het voorkomen van onevenredige benadeling niet bij voorbaat overlaat aan de uitzondering.¹⁰⁹

3.2.4 Balans

Uit het voorgaande volgt dat het over de hele linie toekennen van discretionaire bevoegdheden aan de uitvoeringspraktijk er toe leidt dat aan de voorkant van het proces¹¹⁰ het meest recht kan worden gedaan aan de menselijke maat. Deze conclusie is niet verrassend en ook niet nieuw.¹¹¹ Zo is in een recent rapport van de Nederlandse School voor Openbaar Bestuur de volgende treffende opmerking te vinden:¹¹²

'Pas bij gedurfde (politieke) keuzes die uitvoeringsambtenaren helpen om in de praktijk waardenafwegingen te kunnen maken en zo dilemma's te beslechten, en bij het in toom houden van de reflex tot méér sturing als risico's zich voordoen om zo dynamieken te doorbreken, kan scherpte ontstaan over wat er dan nodig is en wat helpt en hindert bij de omgang met maatwerkvraagstukken. Maatwerk als ambitie is geen stabiele eindtoestand; iets wat afgevinkt kan worden. Maatwerk roept bedeelde én onbedoelde dynamieken op en moet daarom voortdurend bevochten worden.'

Deze opmerking lijkt ook aan te sluiten bij de wens van de Tweede Kamer, zo blijkt uit de kabinetsbrief van 11 juli 2022, 'Acties kabinet bevorderen menselijke maat wetten en regels':¹¹³

¹⁰⁸ Vergelijk CBB 11 oktober 2022, ECLI:NL:CBB:2022:695.

¹⁰⁹ Vergelijk tevens M. Nap, 'Hardheidsclausules', *Regelmaat*2021/2, p. 108-114, p. 114.

¹¹⁰ Vergelijk het rapport Regels en ruimte – Verkenning Maatwerk in dienstverlening en discretionaire ruimte, *Kamerstukken II*2019/20, 29362, nr. 282, p. 5.

¹¹¹ Vergelijk W. Hendriks e.a., *Maatwerk als standaard? Over dilemma's en dynamieken bij het streven naar 'maatwerk' in de uitvoeringspraktijk*, Den Haag: NSOB 2022; A. Frankowski e.a., *Tussen Staat en menselijke maat. Handhaving in de sociale zekerheid*, Den Haag: NSOB 2021; Eindrapport Tijdelijke commissie Uitvoeringsorganisaties, 'Klem tussen balie en beleid', *Kamerstukken II* 2020/21, 35387, nr. 2, p. 67 en p. 95; Y.E. Schuurmans, A.E.M. Leijten & J.E. Esser, *Bestuursrecht op Maat (in opdracht van BZK)*, Leiden: Universiteit Leiden 2020. Verder J.E. Esser & R.G. Becker, 'Maak van maatwerk de regel. Maatwerk in rechterlijke toetsing van regels en uitvoering', *NTB*2021/106, p. 249-257, p. 251.

¹¹² W. Hendriks e.a., *Maatwerk als standaard? Over dilemma's en dynamieken bij het streven naar 'maatwerk' in de uitvoeringspraktijk*, Den Haag: NSOB 2022, p. 57. Zie A. Bosman, 'Staat (van) de uitvoering? Een parlementair Perspectief', *Regelmaat*2022/4, p. 332-342, p. 337 e.v.

¹¹³ Kabinetsbrief van 11 juli 2022, 'Acties kabinet bevorderen menselijke maat wetten en regels', kenmerk 2022-0000369621, opgenomen als *Kamerstukken II*2021/2022, 35510, nr. 102, p. 3. Vergelijk ook *Kamerstukken II*2022/23, 35510, nr. 112, antwoord op vraag 20.

'Van belang is volgens de Tweede Kamer dat de wetgever waar mogelijk professionals bij uitvoeringsorganisaties de ruimte biedt om de menselijke maat tot uitdrukking te laten komen bij hun handelen. Ook beleidsregels moeten hier niet aan in de weg staan. In wetten en regels gaat het dan bijvoorbeeld om voldoende beoordelingsruimte voor professionals die beslissingen nemen. Dit moet leiden tot een goede uitvoeringspraktijk waar de hoofdregel in veruit de meeste gevallen tot een passende/beoogde beslissing leidt en daarvan slechts in uitzonderlijke gevallen behoeft te worden afgeweken. Maatwerk is hiermee geen vertrekpunt maar het sluitstuk, dat aan de orde komt wanneer de generieke regel in het bijzondere geval niet heeft gewerkt.'

De angst voor precedentwerking is bij discretionaire bevoegdheden ongegrond, nu de burger op grond van de regelgeving al de zekerheid heeft dat met zijn individuele belangen rekening wordt gehouden. Het risico van willekeurige overheidsbesluiten kan worden ondervangen door het opstellen van beleidsregels.¹¹⁴

Bij gebonden bevoegdheden is het meer een uitdaging om rekening te houden met de menselijke maat. Wanneer wetgeving geen hardheidsclausule bevat, is dat alleen mogelijk in het geval van hele bijzondere omstandigheden. Het is de vraag of dat voldoende recht doet aan de gewenste menselijke maat in de uitvoeringspraktijk. Daarbij komt dat het maken van uitzonderingen – door het ontbreken van een wettelijke uitzonderingsgrond – tamelijk onvoorspelbaar is en wellicht gemakkelijk kan leiden tot willekeur en precedentwerking, zij het dat dit wellicht wel kan worden ondervangen door het hanteren van een vaste gedragslijn en het deugdelijk motiveren van het afwijken van wetgeving.

Dat het opnemen van discretionaire bevoegdheden in wetgeving het meest recht doet aan de menselijke maat, de angst voor precedentwerking ongegrond is (voor iedere burger geldt dat rekening wordt gehouden met de individuele omstandigheden) en het gevaar voor willekeur kan worden ondervangen door het vaststellen van beleidsregels, betekent niet dat hieraan geen mogelijke nadelen kleven. In de eerste plaats wordt in de doctrine gesteld dat het toepassen van de menselijke maat op basis van discretionaire bevoegdheden – zeker als de uitvoering in handen ligt van meerdere uitvoerders – altijd zal leiden tot minder rechtsgelijkheid¹¹⁵ en rechtszekerheid, in de zin van voorspelbaarheid van recht.¹¹⁶ Dat is dan wellicht de prijs die wordt betaald voor meer menselijke maat. In plaats van vast te houden aan het gelijkheidsideaal zou het verschil dat nou eenmaal bestaat kunnen worden

¹¹⁴ Vergelijk P.J. Huisman & N. Jak, 'Verschillende gezichten van bestuursrechtelijk maatwerk: interactie tussen wetgever, bestuur en bestuursrechter', *Gst.* 2021/45, p. 244-260, p. 251.

¹¹⁵ Vergelijk Y.E. Schuurmans A.E.M. Leijten & J.E. Esser, *Bestuursrecht op Maat. Tussenrapport (in opdracht van BZK)*, Leiden: Universiteit Leiden 2020, p. 37.

¹¹⁶ Vergelijk W. Hendriks e.a., *Maatwerk als standaard? Over dilemma's en dynamieken bij het streven naar 'maatwerk' in de uitvoeringspraktijk*, Den Haag: NSOB 2022, p. 56; Y.E. Schuurmans A.E.M. Leijten & J.E. Esser, *Bestuursrecht op Maat. Tussenrapport (in opdracht van BZK)*, Leiden: Universiteit Leiden 2020, p. 37.

omarmd en meer kunnen worden geïnvesteerd in ambtelijke vakmanschap.¹¹⁷ Hierop wordt teruggekomen in paragraaf 3.4. Verder betekent, vergelijk reeds paragraaf 2.4.1, verschil in de toepassing van regelgeving niet als zodanig rechtsongelijkheid; gevallen hebben altijd een unieke context.¹¹⁸ Sterker nog, het ideaal van 'gelijkheid' verlangt ook dat verschillende gevallen verschillend worden behandeld.¹¹⁹ In paragraaf 2.4.1 is daarom ook het onderscheid tussen formele en materiële gelijkheid besproken: om materiële gelijkheid te bereiken kan de menselijke maat juist een vereiste zijn.¹²⁰ Duidelijk is wel dat het in voornamelijk beschikkingenfabrieken nodig is dat ambtenaren in bijvoorbeeld zogeheten maatwerkplaatsen, vergelijk paragraaf 3.5, het invullen van de toegekende discretionaire ruimte op elkaar afstemmen, zodat ook recht kan worden gedaan aan het materiële gelijkheidsbeginsel.¹²¹

Wat betreft het rechtzekerheidsbeginsel, wordt in aansluiting op paragraaf 2.4.2 opgemerkt dat onzekerheid over het recht de voorkeur verdient boven zekerheid over onrecht. Ook het conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb lijkt deze opvatting thans ook (meer) voor het bestuursrecht te omarmen door op te merken dat de rechtzekerheid geen geslaagd argument kan 'zijn om in individuele gevallen onevenredige (onrechtvaardige) uitkomsten in stand te laten'.¹²² Verdedigbaar is wel dat voor sommige bevoegdheden zou kunnen gelden dat rechtsgelijkheid en rechtzekerheid, in de zin van voorspelbaarheid van het recht, zwaarder moet wegen dan de mogelijkheid om maatwerk te bieden. Dit betekent dat wordt gekozen voor gebonden bevoegdheden. Dit geldt bijvoorbeeld voor het aan burgers toekennen van aanspraken op primaire voorzieningen, tegemoetkomingen en subsidies. Dit betekent bijvoorbeeld dat geen maatwerk mogelijk zou moeten zijn wat betreft de (maximale) hoogte van een bijstandsuitkering, of de wijze waarop de hoogte van een tegemoetkoming of

¹¹⁷ Vergelijk Eindrapport Tijdelijke Commissie Uitvoeringsorganisaties, 'Klem tussen balie en beleid', *Kamerstukken II* 2020/21, 35387, nr. 2, p. 108 e.v.; W. Hendriks e.a., *Maatwerk als standaard? Over dilemma's en dynamieken bij het streven naar 'maatwerk' in de uitvoeringspraktijk*, Den Haag: NSOB 2022, p. 11; A.J. Kruiter, algemene beginselen van behoorlijk maatwerk. Zie <https://publiekewaarden.nl/de-algemene-beginselen-van-behoorlijk-maatwerk/>.

¹¹⁸ Vergelijk W. Hendriks e.a., *Maatwerk als standaard? Over dilemma's en dynamieken bij het streven naar 'maatwerk' in de uitvoeringspraktijk*, Den Haag: NSOB 2022, p. 40.

¹¹⁹ Vergelijk Y.E. Schuurmans A.E.M. Leijten & J.E. Esser, *Bestuursrecht op Maat. Tussenrapport (in opdracht van BZK)*, Leiden: Universiteit Leiden 2020, p. 37; Y.E. Schuurmans, A.E.M. Leijten & J.E. Esser, *Bestuursrecht op Maat (in opdracht van BZK)*, Leiden: Universiteit Leiden 2020, p. 42. Vergelijk ook S. Munneke, 'Maatwerk, gelijkheid, zeggenschap', in: G. Vonk e.a., *Rechtsstatelijke aspecten van de decentralisaties in het sociale domein*, Rijksuniversiteit Groningen, Vakgroep Bestuursrecht & Bestuurskunde 2016, p. 63-97, p. 70.

¹²⁰ Vergelijk Y.E. Schuurmans A.E.M. Leijten & J.E. Esser, *Bestuursrecht op Maat. Tussenrapport (in opdracht van BZK)*, Leiden: Universiteit Leiden 2020, p. 39; Y.E. Schuurmans, A.E.M. Leijten & J.E. Esser, *Bestuursrecht op Maat (in opdracht van BZK)*, Leiden: Universiteit Leiden 2020, p. 42.

¹²¹ Vergelijk Y.E. Schuurmans, A.E.M. Leijten & J.E. Esser, *Bestuursrecht op Maat (in opdracht van BZK)*, Leiden: Universiteit Leiden 2020, p. 42.

¹²² Conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb, versie pre-consultatie 18 januari 2023, *Kamerstukken II* 2022/23, 29279, nr. 763, bijlage 3 (voorstel evenredigheidsbeginsel), p. 6.

een subsidie wordt bepaald.¹²³ Hierbij gaat het immers bij uitstek om de politieke beslissing wat het bestaansminimum in Nederland is, in hoeverre burgers die schade lijden moeten worden gecompenseerd en in hoeverre maatschappelijk gewenste activiteiten moeten worden gestimuleerd. Daarbij past het niet dat het bestuursorgaan per geval besluit over de hoogte van de uitkering dan wel de wijze waarop de tegemoetkoming, subsidie moet worden berekend. Maatwerk zou wel mogelijk moeten zijn wat betreft de intrekking en terugvordering van uitkeringen, tegemoetkomingen en subsidies.¹²⁴

Een ander mogelijk nadeel van het opnemen van discretionaire bevoegdheden in wetgeving is dat het toepassen van de menselijke maat op basis van die bevoegdheden tot gevolg kan hebben dat in de uitvoeringspraktijk afwegingen moeten worden gemaakt die geen grond vinden in democratisch gelegitimeerde regelgeving (vergelijk hierover ook paragraaf 3.3).¹²⁵ Dit moge wellicht zo zijn, duidelijk is wel dat het in dat geval de wil van de politiek is dat bij het nemen van een besluit steeds een individuele afweging wordt gemaakt en daarbij ruimte is voor de menselijke maat. In dat kader is de rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep interessant waarin het gaat om het dichtregelen van de in de Awb – een wet in formele zin – neergelegde discretionaire bevoegdheden tot het lager vaststellen van een subsidie en het terugvorderen van onverschuldigd betaalde subsidiebedragen.¹²⁶ Met het dichtregelen van deze bevoegdheden in lagere regelgeving zijn de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid gediend; duidelijk is dat de subsidie in alle gevallen lager wordt vastgesteld en de onverschuldigd betaalde subsidiebedragen worden teruggevorderd. In deze rechtspraak hecht de Centrale Raad van Beroep echter meer waarde aan het feit dat de wetgever heeft gewild dat een belangenafweging wordt gemaakt als het gaat om het lager vaststellen van de subsidie en het terugvorderen van onverschuldigd betaalde subsidiebedragen. Lagere regelgeving waarin deze bevoegdheden worden dichtgeregeld missen volgens de Raad verbindende kracht. De Raad waardeert het kunnen maken van een evenredige belangenafweging dus boven rechtszekerheid en gelijkheid.

In de derde plaats is het risico van het opnemen van discretionaire bevoegdheden in wetgeving dat de uitvoeringspraktijk behoefte heeft aan meer

¹²³ Vergelijk A. Meuwese & J. Wolswinkel, *Maatwerk en bijzondere wetgeving: ondanks of dankzij? (rapportage voor het Ministerie van BZK)*, Tilburg: Tilburg University 2020, p. 28.

¹²⁴ De bevoegdheden om subsidies lager vast te stellen, in te trekken en terug te vorderen, zijn in de Awb reeds discretionair geformuleerd (zie de artikelen 4:46, 4:48 en 4:49 Awb). Ook voor tegemoetkomingen geldt doorgaans dat de bevoegdheid tot intrekking discretionair is geformuleerd (zie bijvoorbeeld wat betreft de terugvordering van toeslagencompensatie artikel 6.10 Wet hersteloperatie toeslagen). Voor de intrekking en terugvordering van uitkeringen op grond van de zogenoemde inlichtingenplicht ligt dit op grond van de Participatiewet anders.

¹²⁵ Vergelijk W. Hendrikx e.a., *Maatwerk als standaard? Over dilemma's en dynamieken bij het streven naar 'maatwerk' in de uitvoeringspraktijk*, Den Haag: NSOB 2022, p. 31.

¹²⁶ Vergelijk CRvB 11 november 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:2814; CRvB 25 februari 2022, ECLI:NL:CRVB:2021:417; CRvB 20 januari 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BC4315.

zekerheid (voorspelbaarheid van recht) en gedetailleerde regels.¹²⁷ Dit kan erin resulteren dat er meer regels worden vastgesteld met het oog op de toepassing van deze bevoegdheden. Het kan daarbij gaan om bestuurswetgeving, beleidsregels en werkinstructies.¹²⁸ Het risico van meer menselijke maat is dus ondoorzichtig en ongenormeerd bestuur. Duidelijk is evenwel dat in Nederland talloze discretionaire bevoegdheden worden uitgeoefend door de uitvoeringspraktijk.¹²⁹ Onderzocht zou moeten worden of dit daadwerkelijk leidt tot ondoorzichtig en ongenormeerd bestuur.

Ten slotte legt het toekennen van discretionaire bevoegdheden in wetgeving veel beslag op de uitvoeringsorganisaties en leidt daarmee tot hogere uitvoeringskosten.¹³⁰ Het wettelijk mogelijk maken van de menselijke maat aan de voorkant heeft dan ook alleen maar zin als daarvoor bij de uitvoeringspraktijk voldoende middelen en capaciteit beschikbaar zijn.¹³¹ Anders worden verwachtingen niet waargemaakt met teleurgestelde burgers tot gevolg. De uitvoering van de compensatieregeling voor de ‘toeslagenouders’ is in dat verband helaas een voorbeeld van hoe het niet moet.¹³²

Het voorgaande laat zien dat met de constatering dat het meenemen van de menselijke maat aan de voorkant het meest gemakkelijk is wanneer aan de uitvoeringspraktijk discretionaire bevoegdheden worden toegekend. Daaraan kleven zoals besproken ook nadelen. Die nadelen kunnen betekenen dat de wetgever ervoor kiest toch gebonden bevoegdheden (eventueel met hardheidsclausule) toe te kennen. In die gevallen dringt het dilemma tussen de menselijke maat enerzijds en ongewenste precedentwerking en het gevaar voor willekeur zich meer op. In het vervolg van dit hoofdstuk wordt nader ingegaan op een aantal oplossingsrichtingen die de angst voor ongewenste precedent-

¹²⁷ Vergelijk P.J. Huisman & N. Jak, ‘Verschillende gezichten van bestuursrechtelijk maatwerk: interactie tussen wetgever, bestuur en bestuursrechter’, *Gst.* 2021/45, p. 244-260, p. 259; Eindrapport Tijdelijke Commissie Uitvoeringsorganisaties, ‘Klem tussen balie en beleid’, *Kamerstukken II* 2020/21, 35387, nr. 2, p. 66; Y.E. Schuurmans A.E.M. Leijten & J.E. Esser, *Bestuursrecht op Maat. Tussenrapport (in opdracht van BZK)*, Leiden: Universiteit Leiden 2020, p. 8 en 47.

¹²⁸ Vergelijk W. Hendriks e.a., *Maatwerk als standaard? Over dilemma's en dynamieken bij het streven naar 'maatwerk' in de uitvoeringspraktijk*, Den Haag: NSOB 2022, p. 46 en A. Meuwese & J. Wolswinkel, *Maatwerk en bijzondere wetgeving: ondanks of dankzij? (rapportage voor het Ministerie van BZK)*, Tilburg: Tilburg University 2020, p. 27.

¹²⁹ Een goed voorbeeld is de subsidieverleningspraktijk. Daarbij gaat het vrijwel alleen maar om discretionaire bevoegdheden.

¹³⁰ Vergelijk W. Hendriks e.a., *Maatwerk als standaard? Over dilemma's en dynamieken bij het streven naar 'maatwerk' in de uitvoeringspraktijk*, Den Haag: NSOB 2022, p. 56 en Y.E. Schuurmans, A.E.M. Leijten & J.E. Esser, *Bestuursrecht op Maat (in opdracht van BZK)*, Leiden: Universiteit Leiden 2020, p. 22. Duidelijk is wel dat meer rekening houden met de menselijke maat aan de voorkant heel veel procedures kunnen worden voorkomen. Zie hierover Y.E. Schuurmans, A.E.M. Leijten & J.E. Esser, *Bestuursrecht op Maat (in opdracht van BZK)*, Leiden: Universiteit Leiden 2020, p. 31.

¹³¹ In het Eindrapport Tijdelijke Commissie Uitvoeringsorganisaties, ‘Klem tussen balie en beleid’, *Kamerstukken II* 2020/21, 35387, nr. 2, p. 77 e.v. concludeerde de commissie dat uitvoeringsorganisaties niet altijd beschikken over voldoende financiële, personele en digitale middelen.

¹³² Vergelijk M.P.A. Spanjers, ‘Compensatiesaga’, *WFR* 2021/191, p. 1388-1394.

werking en het gevaar voor willekeur het hoofd kunnen bieden en tegelijkertijd de menselijke maat te waarborgen. Deze oplossingsrichtingen zijn in meer of mindere mate relevant voor de drie hiervoor beschreven archetypen: de discretionaire bevoegdheid, de gebonden bevoegdheid en de gebonden bevoegdheid met hardheidsclausule.

3.3 Situationele gelijkheid

In de voorgaande paragraaf is onderzocht of er een relatie bestaat tussen enerzijds de mogelijkheid om rekening te houden met de menselijke maat (gebonden bevoegdheden versus discretionaire bevoegdheden) en anderzijds de angst voor precedentwerking en willekeur. Uit die paragraaf volgt onder andere dat het over de hele linie toekennen van discretionaire bevoegdheden aan de uitvoeringspraktijk er toe leidt dat aan de voorkant van het proces het meest recht kan worden gedaan aan de menselijke maat. Een reeds besproken gevolg van het opnemen van discretionaire bevoegdheden in wetgeving is dat het toepassen van de menselijke maat op basis van die bevoegdheden tot gevolg kan hebben dat in de uitvoeringspraktijk afwegingen moeten worden gemaakt die geen grond vinden in democratische gelegitimeerde regelgeving. In deze paragraaf wordt dieper ingegaan op dit nadeel en zal een oplossingsrichting worden besproken die met name de angst voor willekeur bij uitvoeringsinstanties kan wegnemen. De oplossingsrichting die wordt besproken houdt nauw verband met de andere oplossingsrichtingen die in dit hoofdstuk worden besproken.

In aansluiting op paragraaf 2.4.1 wordt hier opgemerkt dat een responsieve overheid die rekening houdt met de menselijke maat kan worden gezien als tegenhanger van een op regels gerichte overheid die iedereen gelijk behandelt zonder rekening te houden met de verschillende behoeften en voorkeuren.¹³³ Bij deze tegenstelling past de gedachte dat het aandragen van op de menselijke maat gerichte, specifieke oplossingen voor specifieke problemen op gespannen voet kan staan met het gelijkheidsbeginsel, dat voorschrijft dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld, en ongelijke gevallen ongelijk naar de mate van hun ongelijkheid.¹³⁴ Het gelijkheidsbeginsel vindt zijn uitwerking in een discriminatieverbod, onder andere opgenomen in artikel 1 Grondwet. De angst voor het maken van een onterecht onderscheid – en in het verlengde daarvan

¹³³ Vergelijk E. Linthorst & L. Oldenhof, 'Maatwerk aan de keukentafel: van 'hoera' begrip tot betwiste norm', *NTB* 2020/209, p. 511-521, p. 511.

¹³⁴ M. Hertogh, 'Bier werkt beter dan koffie. Over de bestuurlijke beleving van het gelijkheidsbeginsel', in: P.L. Meurs e.a. (red.), *Leren van de praktijk. Gebruik van lokale kennis en ervaring voor beleid. WRR verkenningen nr. 12*. Amsterdam: Amsterdam University Press 2006, p. 19-40.

de angst voor willekeur – speelt een grote rol bij uitvoeringsinstanties. De Raad voor het openbaar bestuur concludeerde in dit kader al het volgende:¹³⁵

‘In het geldende recht is sprake van een begripsvervaging tussen ‘discriminatie’ en ‘ongelijke behandeling’. Die conceptuele vemenging draagt bij aan een bestuurscultuur waarin de angst om beticht te worden van discriminatie bestuurders kopschuw maakt voor alleszins gerechtvaardigde vormen van ongelijke behandeling.’

Om een onterecht onderscheid te voorkomen, is het denkbaar dat uitvoeringsinstanties liever geen uitzonderingen op de regel maken. Indien gevallen niet gelijk zijn, wordt geen precedent geschapen waar in de toekomst beroep op wordt gedaan. De keerzijde is echter een klimaat waarin het onderscheid maken ongewenst is en *one size fits all*-arrangementen voor de hand liggen.¹³⁶ Het risico van dergelijk uitvoeringsbeleid is uniformiteit of standaardisering, waarbij ook ongelijke gevallen ten onrechte gelijk worden behandeld (bijvoorbeeld de alles-of-niets bepalingen uit de kinderopvang-toeslagzaken).¹³⁷ Onderdeel van het gelijkheidsbeginsel is echter, zoals gezegd, juist dat naast de gelijke behandeling van gelijke gevallen, ongelijke gevallen ongelijk moeten worden behandeld. Deze norm, die ook wel het ongelijkheidsbeginsel wordt genoemd, verplicht bestuursorganen onderscheid te maken tussen de gevallen die zij moeten beoordelen. Het gelijkheidsbeginsel staat dus niet in de weg aan een overheid die rekening houdt met de menselijke maat in ongelijke gevallen, omdat ongelijke behandeling daarbij het uitgangspunt is. In relatie tot maatwerk en het gevaar voor precedentwerking is het van belang dat bestuursorganen onderscheid durven te maken tussen ongelijke gevallen en deze vervolgens ongelijk behandelen, ook wanneer hiermee een precedent wordt geschapen voor andere gevallen. In dat verband wordt, vergelijk paragraaf 3.4, gewezen op Kruiter: ‘omarm het ongelijkheidsbeginsel’ (mogelijke gevallen ongelijk leren behandelen naarmate ze verschillen).

Terwijl het toepassen van de menselijke maat en het creëren van onderlinge verschillen geschikt is om één aspect van het gelijkheidsbeginsel te bestrijken, namelijk om ongelijke gevallen ongelijk te behandelen, is het wellicht minder geschikt voor het andere aspect, gelijke behandeling van gelijke gevallen. Toepassing van de menselijke maat vraagt om het maken van verschil en dat sluit in beginsel moeilijk aan bij gelijke gevallen gelijk behandelen. Zoals reeds besproken, vergelijk paragraaf 2.4.1 en paragraaf 3.2, zijn gevallen echter

¹³⁵ Adviesrapport *Vershil moet er zijn. Bestuur tussen discriminatie en differentiatie*, Raad voor het Openbaar bestuur 2006, p. 23.

¹³⁶ Adviesrapport *Vershil moet er zijn. Bestuur tussen discriminatie en differentiatie*, Raad voor het Openbaar bestuur 2006, p. 24.

¹³⁷ Vergelijk A.S. de Vries, ‘De (on)wenselijkheid van meer maatwerk’, *NTB* 2022/113, p. 222-229, p. 225; A. Meuwese & J. Wolswinkel, *Maatwerk en bijzondere wetgeving: een vervolgstudie, (in opdracht van Directeur Constitutionele Zaken en Wetgeving (BZK))*, Tilburg: Tilburg University 2021, p. 3.

nagenoeg nooit gelijk en slaagt een beroep op het gelijkheidsbeginsel daarom zelden. In het conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb wordt dit gegeven ook beschreven.¹³⁸ Dit neemt niet weg, vergelijk reeds paragraaf 2.4.1, dat de angst voor zowel willekeur als precedentwerking bestaat bij uitvoeringsinstanties. Feit is dat een bestuursorgaan in gelijke bijzondere gevallen tot eenzelfde (evenredigheids)afweging dient te komen. Vooral bij de toepassing van discretionaire bevoegdheden, waarbij het bestuursorgaan meer beleidsruimte heeft, is de angst voor willekeur voorstelbaar. Dit is des te meer het geval wanneer democratisch legitimeerde afwegingskaders ontbreken. Om bij inachtneming van de menselijke maat de angst voor willekeur weg te nemen, kan de hierna te bespreken situationele gelijkheid uitkomst bieden.

Kort samengevat houdt situationele gelijkheid in dat de invulling van het gelijkheidsbeginsel per geval wordt bekeken en gelegitimeerd. De grondslagen van situationele gelijkheid zijn terug te vinden bij Hertogh en daarop voortbordurend bij Meurs.¹³⁹ Hertogh pleit voor het afleren van een instrumentalistisch perspectief op uitvoeringsinstanties en schrijft het aanleren van situationele legitimering voor, waarbij de invulling van het gelijkheidsbeginsel per geval centraal staat. Dit houdt in dat in plaats van beslissen op grond van uniforme regels, per situatie wordt afgewogen welke belangen het zwaarst wegen. Het gaat om een verschil in aanpak waarbij 'ieder het zijne' centraal staat, in plaats van 'ieder het gelijke'.¹⁴⁰ Zoals reeds aangehaald in paragraaf 3.2, kan beleid gebaseerd op het uniform toepassen van de regels ('ieder het gelijke') tot gevolg hebben dat onvoldoende rekening wordt gehouden met de bijzondere omstandigheden van het geval. Aan de andere kant kan rekening houden met de omstandigheden van elk afzonderlijk geval ('ieder het zijne') leiden tot onverklaarbare verschillen in de besluitvorming over zaken die tot op zekere hoogte vergelijkbaar zijn.¹⁴¹ Democratische legitimatie van de gemaakte afwegingen is daarom essentieel.

Toepassing van situationele gelijkheid vraagt om een nieuwe benadering vanuit de wetgever en de politiek. Centraal staat dat het voor bestuursorganen mogelijk moet zijn om het juridische kader los te laten dat uniformering en disciplineren van de uitvoering vergt. Daarvoor is vanuit de wetgever nodig dat wordt gekozen voor normering op hoofdlijnen door gebruik te maken van

¹³⁸ Conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb, versie pre-consultatie 18 januari 2023, *Kamerstukken II* 2022/23, 29279, nr. 763, bijlage 3 (voorstel evenredigheidsbeginsel), p. 6.

¹³⁹ M. Hertogh, 'Bier werkt beter dan koffie. Over de bestuurlijke beleving van het gelijkheidsbeginsel', in: P.L. Meurs e.a., *Leren van de praktijk. Gebruik van lokale kennis en ervaring voor beleid. WRR verkenningen nr. 12*. Amsterdam: Amsterdam University Press 2006, p. 19-40; P. Meurs, 'Maatwerk én willekeur. Een pleidooi voor situationele gelijkheid', in: *Transitiecommissie sociaal domein. De decentralisaties in het sociaal domein: wie houdt er niet van kakelbont?* Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2016, p. 97-111. Zie ook W. Hendriks e.a., *Maatwerk als standaard? Over dilemma's en dynamieken bij het streven naar 'maatwerk' in de uitvoeringspraktijk*, Den Haag: NSOB 2022, p. 10.

¹⁴⁰ P. Meurs, 'Maatwerk én willekeur. Een pleidooi voor situationele gelijkheid', in: *Transitiecommissie sociaal domein. De decentralisaties in het sociaal domein: wie houdt er niet van?* Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2016, p. 97-111.

¹⁴¹ N. Raaphorst e.a., 'Do tax officials use double standards in evaluating citizen-clients? A policy-capturing study among Dutch frontline tax officials', *Public Administration*, 96 (1), p. 134-153.

doelvoorschriften, in plaats van gedetailleerde regelgeving.¹⁴² Dit sluit aan bij het toekennen van discretionaire bevoegdheden, vergelijk paragraaf 3.2. Het investeren in ambtelijke vakmanschap is hierbij noodzakelijk. Hierop wordt teruggekomen in paragraaf 3.4.

Van de politiek is nadrukkelijke legitimering nodig inzake welke afwegingen in een specifiek geval de doorslag geven. In dit kader wordt gewezen op het voorbeeld dat Hertogh uitgebreid bespreekt, zijnde het actieprogramma ‘Rotterdam zet door’, waarmee het Rotterdamse college van burgemeester en wethouders besluit tot het nemen van ingrijpende maatregelen om de problematiek in de stad aan te pakken.¹⁴³ Het kabinet maakt, ondanks de kritiek dat zich toespitst op het gelijkheidsbeginsel, een deel van de maatregelen expliciet mogelijk door nieuwe wetgeving aan te nemen. Dit beleid sluit aan bij het eerder aangehaalde adviesrapport van de Raad voor het openbaar bestuur:¹⁴⁴

‘Burgers zullen differentiatie moeten (h)erkennen als een normaal kenmerk van de Nederlandse gedecentraliseerde eenheidsstaat en dus ook als uitvloeisel van beslissingen die namens hen zijn genomen. Het is aan de politici en bestuurders op die lagere niveaus om de volle verantwoordelijkheid te nemen voor bijvoorbeeld ongelijke voorzieningenniveaus en ongelijke belastingtarieven. [...] Het is de opdracht van politici en bestuurders om ‘verschil’ aan te durven, eigen keuzes te maken en daarover de communicatie met de burgers niet uit de weg te gaan. Situationele differentiatie vraagt met andere woorden op situationele legitimatie.’

Door nadrukkelijke democratische legitimatie vanuit zowel de regionale als de landelijke politiek neemt hoogstwaarschijnlijk de angst voor willekeur bij uitvoeringsinstanties af.¹⁴⁵ Aangezien de beweegredenen achter de gemaakte afwegingen expliciet en democratisch zijn gelegitimeerd, is duidelijk waarom bepaalde keuzes zijn gemaakt. Situationele gelijkheid is met andere woorden alleen mogelijk indien uitvoeringsinstanties de ruimte krijgen voor het maken van gelegitimeerd onderscheid. Dit houdt opnieuw verband met het toekennen van discretionaire bevoegdheden, vergelijk paragraaf 3.2. Voor de politiek is een belangrijke rol weggelegd om een afweging te maken en te verdedigen

¹⁴² M. Hertogh, ‘Bier werkt beter dan koffie. Over de bestuurlijke beleving van het gelijkheidsbeginsel’, in: P.L. Meurs e.a. (red.), *Leren van de praktijk. Gebruik van lokale kennis en ervaring voor beleid. WRR verkenningen nr. 12*. Amsterdam: Amsterdam University Press 2006, p. 19-40, p. 33.

¹⁴³ M. Hertogh, ‘Bier werkt beter dan koffie. Over de bestuurlijke beleving van het gelijkheidsbeginsel’, in: P.L. Meurs e.a. (red.), *Leren van de praktijk. Gebruik van lokale kennis en ervaring voor beleid. WRR verkenningen nr. 12*. Amsterdam: Amsterdam University Press 2006, p. 19-40.

¹⁴⁴ Adviesrapport *Verschil moet er zijn. Bestuur tussen discriminatie en differentiatie*, Raad voor het Openbaar bestuur 2006, p. 40.

¹⁴⁵ P. Meurs, ‘Maatwerk én willekeur. Een pleidooi voor situationele gelijkheid’, in: *Transitiecommissie sociaal domein. De decentralisaties in het sociaal domein: wie houdt er niet van kakelebont?* Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2016, p. p. 97-111, p. 107.

tegenover de burger. Daarbij is communicatie met de burger essentieel. Meurs schrijft in dit kader voor om te investeren in de zeggenschap van burgers en burgerinitiatieven te steunen.¹⁴⁶ Het deugdelijk motiveren van beslissingen, zoals reeds aangehaald in paragraaf 3.2, past hier ook bij.

Hoewel situationele legitimering van bestuursoptreden kan zorgen voor gelijke behandeling met inachtneming van de menselijke maat, kent het ook risico's. De rechtszekerheid staat bijvoorbeeld onder druk wanneer per situatie een andere invulling aan gelijkheid wordt gegeven. Tevens zullen regionale verschillen groter worden indien gerichte oplossingen worden gezocht ter bestrijding van lokale problematiek. De risico's zijn verbonden aan het willen bieden van de menselijke maat en daarom wellicht onoverkomelijk. Met betrekking tot de angst voor willekeur is in deze paragraaf beschreven dat wanneer de grondslag waarop uitvoeringsinstanties zich baseren een expliciete argumentatie vanuit de politiek is, deze angst hoogstwaarschijnlijk zal afnemen. De focus wordt daarmee verlegd van het voorkomen van onterecht onderscheid naar de juiste behandeling per geval.

3.4 Ambtelijk vakmanschap

Om het hoofd te bieden aan het dilemma tussen enerzijds de gewenste menselijke maat en anderzijds de angst voor precedentwerking en willekeur is een oplossingsrichting dat meer vertrouwen en discretionaire ruimte wordt gegeven aan de ambtenaren in de uitvoeringspraktijk¹⁴⁷ en dat er meer aandacht is voor de opleiding en begeleiding en het voorkomen van angst om een tik op de vingers te krijgen (door het management, toezichthouder, financier, departement) wanneer de grenzen van de wet wordt opgezocht.¹⁴⁸ Dat het kabinet ook inzet op ambtelijk vakmanschap blijkt bijvoorbeeld uit haar brief van 11 juli 2022, 'Acties kabinet bevorderen menselijke maat wetten en

¹⁴⁶ P. Meurs, 'Maatwerk én willekeur. Een pleidooi voor situationele gelijkheid', in: *Transitiecommissie sociaal domein. De decentralisaties in het sociaal domein: wie houdt er niet van kakelbont?* Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2016, p. 97-111, p. 107-109.

¹⁴⁷ Vergelijk kabinetsbrief van 11 juli 2022, 'Acties kabinet bevorderen menselijke maat wetten en regels', kenmerk 2022-0000369621, opgenomen als *Kamerstukken II* 2021/2022, 35510, nr. 102, p. 17; *Kamerstukken II* 2022/23, 35510, nr. 112, antwoord op vraag 9. Zie W. Hendriks e.a., *Maatwerk als standaard? Over dilemma's en dynamieken bij het streven naar 'maatwerk' in de uitvoeringspraktijk*, Den Haag: NSOB 2022, p. 45; A. Frankowski e.a., *Tussen Staat en menselijke maat. Handhaving in de sociale zekerheid*, Den Haag: NSOB 2021, p. 55 e.v., p. 66 e.v. en p. 74 e.v.; Y.E. Schuurmans, A.E.M. Leijten & J.E. Esser, *Bestuursrecht op Maat (in opdracht van BZK)*, Leiden: Universiteit Leiden 2020, p. 33 e.v.

¹⁴⁸ Kabinetsbrief van 11 juli 2022, 'Acties kabinet bevorderen menselijke maat wetten en regels', kenmerk 2022-0000369621, bijlage 1, notitie van de Minister voor Armoedebeleid, Participatie en Pensioen, opgenomen als *Kamerstukken II* 2021/2022, 35510, nr. 102, p. 25.

regels' over de vier fasen om de menselijke maat te bevorderen (van de zogeheten kwaliteitscirkel (plan, do, check, (re)act)): ¹⁴⁹

'In al deze fasen speelt ambtelijk vakmanschap een belangrijke rol. Ambtelijk vakmanschap ziet bijvoorbeeld op het thema maatwerk in relatie tot het gelijkheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel. Om willekeur in de uitvoering te voorkomen of tegen te gaan zijn bijv. mitigerende maatregelen mogelijk, zoals een maatwerkregister bijhouden, intercollegiaal overleg en andere procedurele waarborgen (zoals een goede feedbackloop van uitvoering naar het departement). Verder helpt hierbij de zogeheten fix en solve aanpak: een probleem in het individuele geval zo snel mogelijk oplossen (fix), meteen proberen te extrapoleren naar andere en aanverwante gevallen en onderliggende problematiek structureel oplossen (solve).'

In dat verband zijn ook de door Kruiter geïntroduceerde 'Algemene Beginselen van Behoorlijk Maatwerk' van belang.¹⁵⁰ Het gaat dan om beginselen als: 'zonder plan geen maatwerk' (professionals moeten maatwerk motiveren), 'bureaucratie is geen lastpak maar je beste vriend', 'omarm het ongelijkheidsbeginsel' (mogelijke gevallen ongelijk leren behandelen naarmate ze verschillen), 'precedentwerking is een zegen' (als een maatwerkoplossing goed werkt, kan het ook voor anderen worden ingezet) en 'gebruik geld om toegang mogelijk te maken' (maak de kosten en baten van maatwerk expliciet).

De gedachte daarbij is dat de mogelijkheid van precedentwerking en willekeur als een gegeven worden beschouwd voor de toepassing van het recht en dat als tegenbalans van die mogelijkheid meer aandacht is voor de beroepshouding van de ambtenaren, waarbij naast rechtsstatelijke en juridische ook dimensies van de ethiek en organisatiecultuur van belang zijn. Het kabinet zet hier ook op in door middel van bijvoorbeeld het overheidsbrede programma 'Grenzeloos Samenwerken en Ambtelijk Vakmanschap'.¹⁵¹ Het kabinet staat een zogeheten cyclische benadering voor ogen waarbij wetgever, uitvoering (en eventueel ook rechter) elkaar voeden in een tripartite overleg.¹⁵² In de paragrafen 2.4.1 en 3.2 is al ingegaan op de zogeheten '*feedbackloop*'. Om deze taak goed uit te voeren, moeten uitvoeringsinstanties meer worden toegerust door middel van voldoende tijd, middelen en opleiding van hun ambtenaren. Het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV) kent als voorbeeld het programma 'Vertrouwen in vakmanschap', waarbij vakmanschap betekent dat

¹⁴⁹ Kabinetsbrief van 11 juli 2022, 'Acties kabinet bevorderen menselijke maat wetten en regels', kenmerk 2022-0000369621, opgenomen als *Kamerstukken II 2021/2022*, 35510, nr. 102, p. 17. Zie ook <https://www.kcbr.nl/themas/themas-z/menselijke-maat>.

¹⁵⁰ A.J. Kruiter, 'De algemene beginselen van behoorlijk maatwerk', in november 2022 ontleend aan <https://publiekewaarden.nl/de-algemene-beginselen-van-behoorlijk-maatwerk/>. Vergelijk ook W. Hendriks e.a., *Maatwerk als standaard? Over dilemma's en dynamieken bij het streven naar 'maatwerk' in de uitvoeringspraktijk*, Den Haag: NSOB 2022, p. 11.

¹⁵¹ Overheidsprogramma Werk aan Uitvoering/Overheidsbrede werkagenda. Deze overheidsbrede Werkagenda voor Publieke Dienstverlening. Vergelijk *Kamerstukken II 2021/22*, 35510, nr. 102; *Kamerstukken II 2020/21*, 29632, nr. 295; *Kamerstukken II 2021/22*, 29362, nr. 308.

¹⁵² Dit is in overeenstemming met de bevindingen van de Venetiëcommissie (*Kamerstukken II 2021/22*, 35510, nr. 85) en de kabinetsreactie daarop (*Kamerstukken II 2021/22*, 29279, nr. 708).

een medewerker diens kennis en kunde blijft ontwikkelen en effectief en klantgericht in de praktijk brengt.¹⁵³ Ook verlangt vakmanschap van de medewerker dat deze inzicht heeft in de context van zijn werk en in de reden waarom onze politieke opdrachtgevers bepaalde keuzes maken. Voor kennisverbreding en verdieping kunnen alle medewerkers reeds naar eigen keuze gebruik maken van het (online) ‘*all you can learn*’-aanbod en voert het UWV de volgende activiteiten uit: oprichting van UWV-academies met geactualiseerde curricula; het verbeteren van het leerklimaat met aandacht en tijd voor (tijd voor) leren op de werkplek en een cultuur van elkaar aanspreken; het stimuleren van het werken in vakgroepen; segmentatie en uitbreiding van het leeraanbod.

3.5 Maatwerkplaatsen

In bijvoorbeeld de kabinetsbrief van 11 juli 2022, ‘Acties kabinet bevorderen menselijke maat wetten en regels’, komt tot uitdrukking dat de meeste uitvoeringsorganisaties aangeven dat het bekijken van een casus vanuit meerdere perspectieven het belangrijkste instrument is om de menselijke maat verantwoord vorm te geven en daarmee het hoofd te bieden aan het dilemma tussen enerzijds de gewenste menselijke maat en anderzijds de angst voor precedentwerking en willekeur.¹⁵⁴ Zoals ook in de vorige paragraaf over ambtelijk vakmanschap tot uitdrukking kwam, kan het risico van (de angst voor) precedentwerking en willekeur worden tegengegaan wanneer de maatwerkoplossing te extrapoleren is naar een bredere groep en de onderliggende oorzaak wordt aangepast.¹⁵⁵

Voorbeelden van maatwerkplaatsen zijn die van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV)¹⁵⁶ de ‘Garage de bedoeling’ van de Sociale Verzekeringsbank (SVB) en het ‘Arbitrair beraad’ van de Dienst Uitvoering Onderwijs (DUO).¹⁵⁷ Deze ‘interne beraden’ hebben samengevat als doel om vanuit verschillende perspectieven een oplossing te vinden voor moeilijke gevallen. Zo bekijkt de DUO in het ‘Arbitrair beraad’ of, en zo ja, hoe de hardheidsclausule van de Wet studiefinanciering kan worden gebruikt om een oplossing voor een oud-student te vinden. Volgens de DUO heeft de nieuwe manier van werken, goed uitgedacht. Medewerkers kunnen nu vaak een

¹⁵³ Te vinden op <https://www.uwv.nl>.

¹⁵⁴ Kabinetsbrief van 11 juli 2022, ‘Acties kabinet bevorderen menselijke maat wetten en regels’, kenmerk 2022-0000369621, opgenomen als *Kamerstukken II* 2021/2022, 35510, nr. 102, p. 27.

¹⁵⁵ Vergelijk p. 22 van de kabinetsbrief van 11 juli 2022, ‘Acties kabinet bevorderen menselijke maat wetten en regels’, kenmerk 2022-0000369621, opgenomen als *Kamerstukken II* 2021/2022, 35510, nr. 102, betreffende een notitie van de Minister voor Armoedebeleid, Participatie en Pensioenen. Zie verder W. Hendriks e.a., *Maatwerk als standaard? Over dilemma's en dynamieken bij het streven naar 'maatwerk' in de uitvoeringspraktijk*, Den Haag: NSOB 2022, p. 49.

¹⁵⁶ Vergelijk de lerende evaluatie naar de maatwerkplaatsen bij het UWV en het boekje met praktijkvoorbeelden van het toepassen van Maatwerk binnen het UWV. Allebei te vinden op <https://www.uwv.nl>.

¹⁵⁷ Kabinetsbrief van 11 juli 2022, ‘Acties kabinet bevorderen menselijke maat wetten en regels’, kenmerk 2022-0000369621, opgenomen als *Kamerstukken II* 2021/2022, 35510, nr. 102, p. 26 voor meer voorbeelden.

oplossing voor de betalingsachterstand vinden. Ook vindt de DUO dat er door de nieuwe manier van werken minder willekeur is. De uniformiteit van handelen wordt gewaarborgd en maatwerk wordt bevorderd; dat wil zeggen: de medewerkers behandelen gelijke gevallen op een gelijke manier, en kunnen in bijzondere gevallen méér rekening houden met de situatie van oud-studenten.¹⁵⁸

¹⁵⁸ Vergelijk het rapport van de Nationale ombudsman, *Uit het oog, (niet) uit het hart. Een onderzoek naar de invordering van achterstallige studieschulden van oud-studenten in het buitenland door DUO*, 16 februari 2021, rapportnummer 2021/010, p. 19.

4 Slotbeschouwing en gewenst vervolgonderzoek

4.1 Slotbeschouwing

Het dilemma tussen enerzijds de gewenste menselijke maat en anderzijds de angst voor precedentwerking en willekeur is geen dilemma van een eenduidige keuze of oplossing. Het is mede daarom een dilemma dat voornamelijk moet worden ‘bevochten’ in de (totstandkoming van de) motivering van de beslissing. Dit is inherent aan het gegeven dat de toepassing van het recht niet is gebaseerd op dwingende logica en met bovennatuurlijke begrippen die eeuwige gelding hebben; het betreft altijd een keuze die volgt uit de afweging van de betekenis van regelgeving tegen de betekenis van ongeschreven rechtsnormen die voor het individuele geval van belang kunnen zijn.¹⁵⁹ In vergelijkbare zin wijst ook Palmen, de ambtenaar bij de Belastingdienst die al in het voorjaar van 2017 alarm sloeg over wat het kinderopvang-toeslagschandaal zou worden, er onlangs weer terecht op dat er een verschil is ‘tussen het uitvoeren van de wet en het toepassen van het recht’.¹⁶⁰

De angst voor precedentwerking en willekeur is voornamelijk ingegeven door het gelijkheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel; beginselen die, gelet op de aard van het bestuursrecht, ook in een bestuursrecht dat gericht is op de menselijke maat in acht moeten worden genomen. Een belangrijk inzicht van dit onderzoek is dat een beroep van een burger op het gelijkheidsbeginsel blijkens de rechtspraak zelden slaagt en het alleen al daarom moeilijk te begrijpen is dat de door dat beginsel ingegeven angst voor precedentwerking een succesvol argument zou zijn om *geen* menselijke maat te betrachten. Het gelijkheidsbeginsel staat ook niet zozeer tegenover de gewenste menselijke maat, omdat juist het (materiële) gelijkheidsbeginsel vereist dat ongelijke gevallen ongelijk naar de mate van hun ongelijkheid worden behandeld. De precedentwerking is daarbij in eigen hand. Door bijvoorbeeld in een specifiek geval van wetgeving af te wijken wordt namelijk alleen een precedent geschapen voor het specifieke geval waaronder het is aanvaard.

Een volgend belangrijk inzicht van dit onderzoek ziet op het rechtszekerheidsbeginsel, een beginsel dat voornamelijk ten grondslag ligt aan de angst voor willekeur. Waar binnen het bestuursrecht voorheen het belang van rechtszekerheid louter leek te worden opgevat als voorspelbaarheid van het recht, wordt zowel in de doctrine als door het kabinet steeds meer benadrukt dat het belang van rechtszekerheid op meer ziet, namelijk ook op de zekerheid dat *recht* wordt gedaan. Er bestaat in het bestuursrecht steeds meer het inzicht dat, in de woorden van de concept-memorie van toelichting, de rechts-

¹⁵⁹ Vergelijk R. Ortlep, ‘Kinderopvangtoeslagaffaire: ook een spiegel voor de rechtenfaculteiten. Een korrel geest weegt in de rechtswetenschap zwaarder dan twintig schepel getallen’, *NJB* 2021/2725, p. 3107-3110.

¹⁶⁰ K. Bessems, ‘Ambtenaar Sandra Palmen sloeg al in 2017 alarm over de toeslagenaffaire: ‘als er was geluisterd, had dat jaren aan ellende gescheeld’ (interview)’, *Volkskrant*, 24 februari 2023, <https://www.volkskrant.nl/nieuws-achtergrond/ambtenaar-sandra-palmen-sloeg-al-in-2017-alarm-over-de-toeslagenaffaire-als-er-was-geluisterd-had-dat-jaren-leed-gescheeld-bb2db645/>.

zekerheid geen geslaagd argument kan 'zijn om in individuele gevallen onevenredige (onrechtvaardige) uitkomsten in stand te laten'.¹⁶¹

De hiervoor beknopt weergegeven belangrijke inzichten van dit onderzoek kunnen wellicht door de lezer (uit in het bijzonder de uitvoeringspraktijk) worden ervaren als weliswaar toe te juichen inzichten, maar tevens de gedachte (of het gevoel) oproepen dat het dilemma tussen enerzijds de gewenste menselijke maat en anderzijds de angst voor precedentwerking en willekeur een reële praktijk blijft. Deze tweestrijd is verklaarbaar omdat, zoals gezegd, voor dat dilemma geen eenduidige keuze of oplossing bestaat. In dit onderzoek zijn in hoofdstuk 3 wel oplossingsrichtingen aangereikt.

De belangrijkste oplossingsrichting, in de zin dat het daarmee begint, is om meer ruimte te creëren voor de uitvoeringspraktijk en aan die praktijk meer vertrouwen, middelen en capaciteit te geven om het recht toe te passen. Hierdoor kan ook het meest recht worden gedaan aan de menselijke maat. Dat hierdoor wellicht niet meer kan worden voldaan aan de idealen van gelijkheid en rechtszekerheid, in de zin van voorspelbaarheid van het recht, zou dan ook meer kunnen worden omarmd met daarbij het inzicht dat het altijd voldoen aan die idealen zekerheid van onrecht tot gevolg heeft. Bij dat inzicht past – naast een ander inzicht van situationele gelijkheid – het inzetten op ambtelijke vakmanschap en maatwerkplaatsen. Dat zowel het kabinet als de uitvoeringspraktijk hiervan (meer) werk maken geeft in elk geval op dat punt vertrouwen.

4.2 Gewenst vervolgonderzoek

Zoals uit paragraaf 1.3 volgt, is voor het uitvoeren van het onderzoek geen empirisch onderzoek verricht. Dit is wel een gewenst vervolgonderzoek. Hoewel in hoofdstuk 3 verschillende oplossingsrichtingen zijn besproken, vergt het toetsen van de effectiviteit van die oplossingen empirisch onderzoek. Hierbij zal niet alleen meer aandacht moeten worden besteed aan de gewenste professionele denkhouding (ambtelijke vakmanschap) waarbij niet alleen de rechtsstatelijke, juridische en ethische perspectieven van belang zijn, maar ook aan perspectieven vanuit de sociale en organisatiepsychologie (organisatiecultuur). Op basis hiervan zal door middel van praktijkvoorbeelden een beproefde handleiding voor de uitvoeringspraktijk over het dilemma tussen enerzijds de gewenste menselijke maat en anderzijds de angst voor precedentwerking en willekeur kunnen worden ontwikkeld.

¹⁶¹ Conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb, versie pre-consultatie 18 januari 2023, *Kamerstukken II* 2022/23, 29279, nr. 763, bijlage 3 (voorstel evenredigheidsbeginsel), p. 6.

Geraadpleegde bronnen

Literatuur

- P. Abas, *Beperkende werking van de goede trouw*, Deventer: Kluwer 1972.
- P.G.H. Albert, 'Status aparte voor het belastingrecht (2)', *NJB* 2022/2550, p. 2985-2986.
- F.S. Bakker, *Billijkheidsuitzonderingen. Het wegens bijzondere omstandigheden buiten toepassing laten van wettelijke voorschriften in individuele gevallen*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.
- J.D. Baron & E. Poelmann, 'Wat is het juiste evenredigheidsventiel voor het belastingrecht?', *TFB* 2022/7, p. 8-14.
- L. van den Berge, 'Recht, wat is dat eigenlijk? Over de toeslagenaffaire en andere buikpijndossiers', *Recht der Werkelijkheid* 2022/3, p. 80-87.
- L. van den Berge, 'Recht en bureaucratie: Kafka en de toeslagenaffaire', *AAe* september 2022, p. 658-665.
- L. van den Berge, 'Responsief bestuursrecht', in: L. van den Berge e.a., *Maatwerk in het bestuursrecht* (VAR-Reeks 164), Den Haag: BJu 2020, p. 7-61.
- O. Brinkman & G. Vonk, 'De menselijke maat', *S&D* 2022/2, p. 28-40.
- H.E. Bröring, 'Het evenredigheidsbeginsel als gedragsnorm voor het overheidsbestuur', *AAe* oktober 2022, p. 755-765.
- W.L. Borst, 'Mag het bestuur ook wat de rechter mag?', *AAe* mei 2022, p. 384-390.
- A. Bosman, 'Staat (van) de uitvoering? Een parlementair Perspectief', *Regelmaat* 2022/4, p. 332-342.
- T.A. Cramwinckel, *Voorlichting door de Belastingdienst in rechtsstatelijke context*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.
- J. van Dooren, 'Is maatwerk willekeur?', *Tijdschrift voor klachtrecht* 2020/3, p. 3-6.
- H. Drion, 'Het rechtszekerheidsargument', in: *De hanteerbaarheid van het recht (Pels-Rijcken-bundel)*, Zwolle: Tjeenk Willink 1981, p. 1-13.
- H. Drion, 'Functies van rechtsregels in het privaatrecht', in: J.F. Glastra van Loon e.a. (red.), *Speculum Langemeijer*, Zwolle: Tjeenk Willink 1973, p. 49-61.

J.E. Esser & R.G. Becker, 'Maak van maatwerk de regel. Maatwerk in rechterlijke toetsing van regels en uitvoering', *NTB* 2021/106, p. 249-257.

J.E. Esser & Y.E. Schuurmans, 'Gedeelde tafel, eigen stoel: rechter en rechtsvorming in het bestuursrecht', in: J. Goossens & J.C.A. de Poorter (red.) *Rechtsvorming in een hypercomplexe samenleving*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2022, p. 25-60.

M. Feenstra, 'De toets aan het evenredigheidsbeginsel bij bestuurlijke maatregelen en herstelsancties', *NTB* 2022/345, p. 591-599.

A. Frankowski e.a., *Tussen Staat en menselijke maat. Handhaving in de sociale zekerheid*, Den Haag: NSOB 2021.

E.J. Govaers, 'Evenredigheidsuitspraak vergt consistente rechtsbescherming', *NJB* 2022, afl. 28, p. 2259.

A.S. Hartkamp, *Velerlei gestalten*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

W. Hendriks e.a., *Maatwerk als standaard? Over dilemma's en dynamieken bij het streven naar 'maatwerk' in de uitvoeringspraktijk*, Den Haag: NSOB 2022.

S. van Heukelom-Verhage & F. van Tienen, 'Meer inzicht in vergelijkbare gevallen om grip te krijgen op het argument van precedentwerking', *NTB* 2021/65, p. 149.

E.H.M. Hirsch Ballin, 'Dynamiek in de bestuursrechtspraak', in: E.M.H. Hirsch Ballin e.a., *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter. VAR-reeks 154*, Den Haag: BJu 2015, p. 7-58.

J. van der Hoeven, *De drie dimensies van het bestuursrecht. VAR-reeks 100*, Alphen aan den Rijn: Samsom/Tjeenk Willink 1989.

P.J. Huisman & N. Jak, 'Verschillende gezichten van bestuursrechtelijk maatwerk: interactie tussen wetgever, bestuur en bestuursrechter', *Gst.* 2021/45, p. 244-260.

L. Hulst, A.T. Marseille & N. Steenhagen, 'Hoe kan het burgerperspectief bij de overheid vaste voet aan de grond krijgen?', *NJB* 2022/2791, p. 3210-3218.

M.H. Ippel, 'Het beginsel van de dienende overheid als grondslag voor responsief bestuursrecht; aanknopingspunten voor de bestuursrechter. In reactie op Leo Damen *NTB* 2020/2', *NTB* 2020/73, p. 189-195.

M.H. Ippel & P. Beirnaert, 'Goede uitvoering van wetgeving vanuit het burgerperspectief', *Regelmaat* 2022/4, p. 314-331.

E.M. Linthorst & L. Oldenhof, 'Een narratieve analyse van maatwerk in de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015. Conflicterende betekenissen van maatwerk', *Recht der Werkelijkheid* 2022/3, p. 36-59.

E. Linthorst & L. Oldenhof, 'Maatwerk aan de keukentafel: van 'hoera' begrip tot betwiste norm', *NTB* 2020/209, p. 511-521.

W.L.P.A. Molengraaff, 'Summum Jus, summa injuria', *RM* 1919, p. 491-528.

S. Munneke, 'Maatwerk, gelijkheid, zeggenschap', in: G. Vonk e.a., *Rechtsstatelijke aspecten van de decentralisaties in het sociale domein*, Rijksuniversiteit Groningen, Vakgroep Bestuursrecht & Bestuurskunde 2016, p. 63-97.

M. Nap, 'Hardheidsclausules', *Regelmaat* 2021/2, p. 108-114.

R. Ortlep, 'Wat behoort de rechter naar zijn beste vermogen te doen?', in: R.J.B. Schutgens e.a. (red.), *Toetsingsintensiteit. Een vergelijkende studie naar het variëren van de toetsingsintensiteit door de rechter*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 3-30.

R. Ortlep, 'Kinderopvangtoeslagaffaire: ook een spiegel voor de rechtenfaculteiten. Een korrel geest weegt in de rechtswetenschap zwaarder dan twintig schepel getallen', *NJB* 2021/2725, p. 3107-3110.

R. Ortlep, *Redelijkheid en billijkheid in het bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

R. Ortlep, 'Referentiekader van waaruit wij het bestuursrecht bezien en waarderen', *JBplus* 2020/4, p. 23-40.

R. Ortlep & W.S. Zorg, 'Van marginale rechterlijke toetsing naar toetsing op maat: einde van een geconditioneerde respons?', *Ars Aequi* 2018 januari, p. 20-25.

J.C.A. de Poorter & L.M. Koenraad, 'Responsieve bestuursrechtspraak', *NJB* 2022, afl. 17, p. 1354-1363.

K. Putters, *De menselijke staat. Burgerperspectief als voorwaarde voor een toekomstbestendig sociaal contract*, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau mei 2022.

S. Putting, 'De hardheidsclausule en ander maatwerk in het licht van de NOW', *JBplus* 2021/10, p. 141-160.

N. Raaphorst e.a, 'Do tax officials use double standards in evaluating citizen-clients? A policy-capturing study among Dutch frontline tax officials', *Public Administration*, 96 (1), p. 134-153.

M. Scheltema, 'Mag de rechtsstaat voor de burger worden gesloten? Bouwstenen voor een meer burgervriendelijk bestuursrecht', *AAe* september 2021, p. 809-820.

M. Scheltema, preadvies 2020 voor de Vereniging voor Wetgeving, *Een wet van Meden en Perzen*, <https://www.nederlandseverenigingvoorwetgeving.nl>.

M. Scheltema, 'De responsieve rechtsstaat: het burgerperspectief', *NTB* 2019/24, p. 246-253.

M. Scheltema, 'Wetgeving in de responsieve rechtsstaat', *RegelMaat* 2018/3, p. 120-131.

M. Scheltema, 'Schulden van de burger in de responsieve rechtsstaat: het regeerakkoord biedt perspectief', *NTB* 2017/28, p. 253-257.

M. Scheltema, 'Bureaucratische rechtsstaat of responsieve rechtsstaat?', *NTB* 2015/37, p. 287-289.

P. Schilfgaarde, *De redelijkheid en billijkheid in het ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2016.

R.J.N. Schlössels, 'De toetsing van beleidsruimte en het evenredigheidsbeginsel: een nieuwe horizon?', *JBplus* 2022/3, p. 43-58.

P. Scholten 'Rechtsbeginselen', in: G.J. Scholten e.a. (red.), *Verzamelde geschriften. Eerste en tweede deel*, Zwolle: Tjeenk Willink 1949, p. 395-412.

H.C.F. Schoordijk, *Redelijkheid en billijkheid aan de vooravond van een nieuw millennium*, Zwolle: Tjeenk Willink 1996.

M.P.A. Spanjers, 'Compensatiesaga', *WFR* 2021/191, p. 1388-1394.

D. Venema, 'De mythe van het dilemma tussen rechtszekerheid en rechtvaardigheid in de reflectie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State op het kinderopvangtoeslagschandaal', *TBP* 2023/1, p. 34-45.

M.J. Vetzo, 'Constitutionele toetsing anno 2022: tussen dikastocratie en toeslagenschandaal', *AAe* november 2022, p. 912-919.

M.J.H.M. Verhoeven, 'Evenredigheid in de omgevingsvergunning', *M en R* 2022/72, p. 432-435.

A.S. de Vries, 'De (on)wenselijkheid van meer maatwerk', *NTB* 2022/113, p. 222-229.

P.S. Westerman, 'De valse tegenstelling tussen uniform en maatwerk', *AAe* april 2022, p. 274-277.

H. Winter, 'Voorbij de toeslagaffaire', *Klachtrecht* 2022/1, p. 3-6.

P. de Winter, *Tussen de regels*, Den Haag: Boom juridisch 2019.

Rechtspraak

Conclusie A-G

G. Snijders 18 mei 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1441.

R.J.G.M. Widdershoven & P.J. Wattel 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468.

P.J. Wattel april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1152.

D. Ruiz-Jarabo Colomer 28 januari 1999, *AssiDomän Kraft*, C- 310/97 P, ECLI:EU:C:1999:36.

ABRvS

ABRvS 11 januari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:79.

ABRvS 27 juli 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2161.

ABRvS 20 juli 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2058.

ABRvS 29 juni 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1830.

ABRvS 23 maart 2022, ECLI:NL:RVS:2022:853.

ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285.

ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:334.

ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:335.

ABRvS 21 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2493.

ABRvS 10 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3285.

ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:2016:2840.

ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622.

CBb

CBb 11 oktober 2022, ECLI:NL:CBB:2022:695.

CBb 15 maart 2022, ECLI:NL:CBB:2022:116.

CBb 20 juli 2021, ECLI:NL:CBB:2021:751.

CBb 29 juni 2021, ECLI:NL:CBB:2021:680.

CBb 11 mei 2021, ECLI:NL:CBB:2021:487.

CBb 16 maart 2021, ECLI:NL:CBB:2021:268.

CBb 2 maart 2021, ECLI:NL:CBB:2021:215.

CBb 26 januari 2021, ECLI:NL:CBB:2021:80.

CBb 22 december 2020, ECLI:NL:CBB:2020:992.

CBb 28 april 2020, ECLI:NL:CBB:2020:321.

CBb 5 november 2019, ECLI:NL:CBB:2019:560.

CRvB

CRvB 25 februari 2022, ECLI:NL:CRVB:2021:417.

CRvB 24 januari 2023, ECLI:NL:CRVB:2023:172.

CRvB 17 januari 2023, ECLI:NL:CRVB:2023:85.

CRvB 13 december 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:2745.

CRvB 13 december 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:2794.

CRvB 27 september 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:2110.

CRvB 11 november 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:2814.

CRvB 18 mei 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:1183.

CRvB 6 april 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:915.

CRvB 27 januari 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:199.

CRvB 19 januari 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:486.

CRvB 8 januari 2013, ECLI:NL:2013:BY8923.

CRvB 20 januari 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BC4315.

Rechtbank

Rechtbank Gelderland 19 januari 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:257.

Rechtbank Limburg 23 maart 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:2220.

Rechtbank Noord-Holland 25 juli 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:8216.

Rechtbank Noord-Nederland van 12 mei 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:1833.

Rechtbank (vzr.) Den Haag 17 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:4967.

Parlementaire stukken, adviesrapporten & jaarverslagen

Adviesrapport *Verschil moet er zijn. Bestuur tussen discriminatie en differentiatie*, Raad voor het Openbaar bestuur 2006.

Conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb, versie pre-consultatie 18 januari 2023, *Kamerstukken II 2022/23*, 29279, nr. 763, bijlage 3 (voorstel evenredigheidsbeginsel).

Eindrapport Tijdelijke Commissie Uitvoeringsorganisaties, 'Klem tussen balie en beleid', *Kamerstukken II 2020/21*, 35387, nr. 2.

Gezamenlijk paper van de vicepresident van de Raad van State, de president van de Algemene Rekenkamer en de Nationale ombudsman, 3 november 2021. Gezamenlijke paper van de drie Hoge Colleges van Staat ten behoeve van de formatie - Raad van State.

M. Hertogh, 'Bier werkt beter dan koffie. Over de bestuurlijke beleving van het gelijkheidsbeginsel', in: P.L. Meurs e.a., *Leren van de praktijk. Gebruik van lokale kennis en ervaring voor beleid. WRR verkenningen nr. 12*. Amsterdam: Amsterdam University Press 2006, p. 19-40.

S. van Heukelom-Verhage & F. van Tienen, *Maatwerk met de Awb. Advies over het gebruikmaken van de juridische ruimte van de Algemene wet bestuursrecht voor het bieden van maatwerk (in opdracht van BZK)*, Den Haag: Pels Rijcken september 2019, tevens bijlage bij *Kamerstukken II 2019/20*, 26643, nr. 644, p. 31-32.

IBO Toeslagen Deelonderzoek 1 Eenvoud of maatwerk: Uitrusten binnen het bestaande toeslagenstelsel, bijlage bij *Kamerstukken II* 2019/20 31066, nr. 540.

Kabinetsbrief van 11 juli 2022, 'Acties kabinet bevorderen menselijke maat wetten en regels', kenmerk 2022-0000369621, opgenomen als *Kamerstukken II* 2021/2022, 35510, nr. 102.

Kamerstukken II 2020/21, 29632, nr. 295.

Kamerstukken II 2020/21, 35510, nr. 2.

Kamerstukken II 2021/22, 29279, nr. 708.

Kamerstukken II 2021/22, 29362, nr. 308.

Kamerstukken II 2021/22, 35510, nr. 102.

Kamerstukken II 2021/22, 35510, nr. 85.

Kamerstukken II 2022/23, 29362, nr. 313.

Kamerstukken II 2022/23, 35510, nr. 112.

P. Meurs, 'Maatwerk én willekeur. Een pleidooi voor situationele gelijkheid', in: *Transitiecommissie sociaal domein. De decentralisaties in het sociaal domein: wie houdt er niet van kakelbont?* Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2016, p. 97-111.

A. Meuwese & J. Wolswinkel, *Maatwerk en bijzondere wetgeving: een vervolgstudie (in opdracht van Directeur Constitutionele Zaken en Wetgeving (BZK))*, Tilburg: Tilburg University 2021.

A. Meuwese & J. Wolswinkel, *Maatwerk en bijzondere wetgeving: ondanks of dankzij? (rapportage voor het Ministerie van BZK)*, Tilburg: Tilburg University 2020.

Memorie van toelichting (bijlage 2) van het conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb, versie pre-consultatie 18 januari 2023, *Kamerstukken II* 2022/23, 29279, nr. 763.

Ministerie van Justitie en Veiligheid, *Een beschikkingenfabriek – Een bloemlezing van citaten over procedures tussen burger en overheid en het procedeedrag van de overheid*, november 2022.

Nationale ombudsman, Kinderombudsman & Veteranenombudsman, *De burger kan niet wachten. Jaarverslag 2021*, Den Haag: 2022, *Kamerstukken II* 2021/22, 36046, nr. 2.

Nationale ombudsman, Kinderombudsman & Veteranenombudsman, *Regel regie! Jaarverslag 2019*, Den Haag: mei 2020.

Nationale ombudsman, *Uit het oog, (niet) uit het hart. Een onderzoek naar de invordering van achterstallige studieschulden van oud-studenten in het buitenland door DUO*, 16 februari 2021, rapportnummer 2021/010.

Rapport 'Regels en ruimte – Verkenning Maatwerk in dienstverlening en discretionaire ruimte', *Kamerstukken II 2019/20*, 29362, nr. 282.

Regeling van de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat van 29 maart 2021, nr. WJZ/ 21086557, tot wijziging van de Regeling subsidie vaste lasten financiering COVID-19 in verband met de verlaging van de vaste lasten drempel en enkele overige aanpassingen in de periode januari, februari en maart van 2021, *Stcrt.* 2021, 16732.

Stichting Stimulansz, Hardheidsclausules ten behoeve van maatwerk (overzicht voor het Programma Maatwerk voor Multiprobleemhuishoudens), Utrecht 4 november 2020.

WRR-rapport, *Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op redzaamheid* (rapportnr. 97), Den Haag: WRR 2017.

Y.E. Schuurmans A.E.M. Leijten & J.E. Esser, *Bestuursrecht op Maat. Tussenrapport (in opdracht van BZK)*, Leiden: Universiteit Leiden 2020.

Y.E. Schuurmans, A.E.M. Leijten & J.E. Esser, *Bestuursrecht op Maat (in opdracht van BZK)*, Leiden: Universiteit Leiden 2020.

Internetbronnen

K. Bessems, 'Ambtenaar Sandra Palmen sloeg al in 2017 alarm over de toeslagenaffaire: 'als er was geluisterd, had dat jaren aan ellende gescheeld' (interview)', *Volkskrant*, 24 februari 2023, <https://www.volkskrant.nl/nieuws-achtergrond/ambtenaar-sandra-palmen-sloeg-al-in-2017-alarm-over-de-toeslagenaffaire-als-er-was-geluisterd-had-dat-jaren-leed-gescheeld~bb2db645/>.

Instituut voor Publieke Waarden, *De algemene beginselen van Behoorlijk Maatwerk*, <https://publiekewaarden.nl/de-algemene-beginselen-van-behoorlijk-maatwerk/>.

Kenniscentrum voor beleid en regelgeving, <https://www.kcbr.nl/themas/themas-z/menselijke-maat>.

LinkedIn Albert Jan Kruijer, https://www.linkedin.com/posts/activity-6993829337196027904-k_OY/?utm_source=share&utm_medium=member_ios

Sociaal en Cultureel Planbureau, *Bijlagen afscheidsbijeenkomst Kim Putters*, <https://www.scp.nl/publicaties/publicaties/2022/06/01/bijlagen-afsheidsbijeenkomst-kim-putters>.

Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen, <https://www.uvw.nl>.