

2 De betekenis van de concepten beslissingsruimte, beslissingsvrijheid en marginale toetsing. Een verhullend woordenspel?

Carel Smith & Harm Kloosterhuis¹

1 VRAAGSTELLING

Toen de redactie van deze bundel ons verzocht een bijdrage te schrijven onder de (werk)titel *De rechtstheoretische betekenis van concepten zoals beslissingsruimte, beslissingsvrijheid en marginale toetsing. Een verhullend woordenspel?*, waren wij, rechtstheoretici met een speciale belangstelling voor taalfilosofie en rechtsvinding, gelijk geïnteresseerd. Wat onze belangstelling wekte was de subtitel ('een verhullend woordenspel') en de toelichting op de titel. Want als een woordenspel iets kan verhullen, dan is er iets dat onthuld kan worden. Deze implicatie wordt in de toelichting op het verzoek bevestigd: 'een uiteenzetting over verschillende meer of minder terughoudende (verwoordingen van) toetsingsmaatstaven en wat die (echt) betekenen'. En dus lazen wij de vraag in de titel die de redactie in gedachten had als volgt: Wat is de werkelijke betekenis van de verschillende verwoordingen van de toetsingsmaatstaf 'marginale toetsing'? Met als hypothese dat die meer of minder terughoudende verwoordingen geen nieuwe lading dekken, maar verbale varianten zijn van het concept 'marginale toetsing'.

Maar wat, vroegen wij ons af, als er nu eens niet één betekenis is van het concept marginale toetsing? Als marginale toetsing een *essentially contested concept* blijkt te zijn? Als we moeten concluderen dat het concept vooral een retorische functie in de legitimatie vervult?

2 'EVERYTHING YOU CAN DO, WE CAN DO META...'

Wij zijn rechtstheoretici, geen specialisten op het gebied van het leerstuk marginale toetsing in de verschillende onderdelen van het positieve recht. Dat lijkt een belemmering om zinvol te oordelen over zo'n fundamenteel bestuursrechtelijk concept als marginale toetsing. Je maakt je het vakgebied niet een-twee-

¹ Mr. dr. C.E. Smith is als universitair hoofddocent verbonden aan de Universiteit Leiden. Mr. dr. H.T.M. Kloosterhuis is als universitair hoofddocent verbonden aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

drie eigen en we zouden al snel verstrikt kunnen raken in de subtiële onderscheidingen en fijnmazige classificaties die het leerstuk rijk is. Maar met de kleinst mogelijke variant op John Bell's motto 'Everything you can do, I can do meta...'²,² menen wij dat de complexiteit van het leerstuk zelf een gegeven is dat de moeite waard is om onderzocht te worden, *juist* met ogen van buitenaf.

3 MARGINALE TOETSING: DEFINITIE

Wij starten onze beschouwing op beproefde wijze: bij de oorsprong van het begrip. Het begrip 'marginale toetsing' is in de Nederlandse rechtsliteratuur geïntroduceerd door H.D. van Wijk in zijn inaugurele rede van 1959. Daarin bespreekt hij de verhouding tussen bestuur en rechter in ruimtelijke metaforen.³ Zo karakteriseert hij de door de wetgever aan het bestuur toegekende discretionaire *ruimte* als het *veld* van het vrije goedvinden; in dat veld heeft het bestuur *bewegingsvrijheid*; alleen als het bestuur de *uiterste perken te buiten gaat* dient de rechter deze te toetsen aan algemene behoorlijkheidsnormen; die beginselen fungeren als *grensbeginselen*; daarom is de rechter geen scheidsrechter, maar *grensrechter*: hij toetst alleen *aan de randen*, dat wil zeggen: marginaal.⁴

Een nadere bepaling van deze beeldende maar weinig exacte termen is onontkoombaar. De doctrine levert deze.⁵ Technisch gesteld zit het bestuursorgaan in het 'veld van het vrije goedvinden' als aan het orgaan in een bepaalde kwestie beleids- en beoordelingsruimte toekomt. Of dat zo is blijkt onder meer uit de door de wetgever gekozen bewoordingen. In geval van beoordelingsruimte bijvoorbeeld door de formulering 'naar het oordeel van'; en bij beleidsvrijheid middels de zogenaamde 'kan'-bepaling in de wet. De grens van de beoordelings- of beleidsvrijheid wordt gevormd door besluiten die gekwalificeerd worden als 'willekeur' of 'kennelijk onredelijk': komt aan het bestuursorgaan ter zake beleidsvrijheid toe dan dient het besluit het resultaat te zijn van een *daadwerkelijke* belangenafweging, terwijl die belangenafweging niet 'kennelijk onredelijk' mag zijn.

Een schoolvoorbeeld⁶ van de terughoudendheid die met marginale toetsing wordt geassocieerd is de uitspraak van de voorzieningenrechter van de

² J. Bell, 'Legal Theory in Legal Education – "Everything you can do, I can do meta..."', in: S. Eng (red.), *Proceedings of the 21st IVR World Congress: Lund (Sweden), 12-17 August 2003*, Wiesbaden: Frans Steiner Verlag, p. 61.

³ H.D. van Wijk, 'Voortgaande terugtred' (oratie Amsterdam VU 1959), in: H.D. van Wijk, *Besturen met recht*, Den Haag: VNG 1974.

⁴ H.D. van Wijk, 'Voortgaande terugtred' (oratie Amsterdam VU 1959), in: H.D. van Wijk, *Besturen met recht*, Den Haag: VNG 1974, p. 105-111.

⁵ We beroepen ons hier op P.J. Huisman & N. Jak, 'Beslissingsruimte: handvatten voor de rechterlijke toetsingsintensiteit', *NTB* 2019/20, p. 212-221, p. 213.

⁶ Aldus R. Ortlep & W. Zorg, 'Van marginale rechterlijke toetsing naar toetsing op maat: einde van een geconditioneerde respons?', *Ars Aequi* 2018, p. 20-25, p. 20 (AA20180020).

rechtbank 's-Gravenhage, oordelend over de vraag of de minister van Vreemdelingenzaken en Integratie toepassing had moeten geven aan de hardheidsclausule.⁷ Volgens de voorzieningenrechter was de minister hiertoe niet verplicht. In een 'overweging ten overvloede' op de beschikking stelt de rechter dat de bestuursrechter niet bepaalt of verweerder (de Minister) toepassing moet geven aan de hardheidsclausule, maar slechts controleert of verweerder is gebleven binnen de in dit geval grote beoordelingsruimte die de wet hem biedt:

Binnen die grenzen geeft de bestuursrechter geen oordeel over de vraag of hij het eens of oneens is met dat handelen. De (politieke) verantwoordelijkheid voor de keuzen binnen de grenzen van het recht ligt bij het democratisch gekozen of gelegiti-meerde bestuur, niet bij de rechter.

Tot zover de *communis opinio*. Maar de meeste definities blijken in de praktijk minder helder dan op papier. Zo gaat de wetgever zelf niet altijd even zorgvuldig om met de clausules die aan het bestuursorgaan beleids- of oordeelsruimte verlenen.⁸ Daarnaast is het onderscheid tussen beoordelings- en beleidsvrijheid en de daarmee verbonden wijze van toetsen in de praktijk niet altijd even scherp.⁹ Ook blijkt de rechter de toetsingsintensiteit soms bij te stellen, en wel 'als het voorliggende geval daarom vraagt' (de zgn. 'toetsing op maat').¹⁰ En, meer fundamenteel, kunnen we het er dan wel over eens zijn dat de politieke verantwoordelijkheid voor de keuzen 'binnen de grenzen van het recht' bij het democratisch gekozen bestuur ligt, maar dat betekent niet dat we het erover eens zijn waar die 'grenzen van het recht' liggen. De Toeslagenaffaire brengt de verschillen van opvatting scherp in beeld.

⁷ Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 21 april 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:AW2811.

⁸ P.J. Huisman & N. Jak, 'Beslissingsruimte: handvatten voor de rechterlijke toetsingsintensiteit', *NTB* 2019/20, p. 215, geven als voorbeeld een bouwverordening die bepaalt dat een omgevingsvergunning kan worden verleend om de toegelaten bouwhoogte te overschrijden wanneer 'naar het oordeel van het bevoegd gezag' sprake is van een gebouw bestemd voor het uitoefenen van een bedrijf. Hier is, ondanks de bewoordingen, geen sprake van beoordelingsruimte.

⁹ P.J. Huisman & N. Jak, 'Beslissingsruimte: handvatten voor de rechterlijke toetsingsintensiteit', *NTB* 2019/20, p. 215-216, geven als voorbeeld de beoordelingsruimte die aan de burgemeester toekomt om een evenement 'in het belang van de openbare orde' te verbieden. Volgens de dogmatiek is een belangenafweging in geval van beoordelingsruimte niet aan de orde is. Toch zal de burgemeester het belang van de openbare orde tegen andere belangen dienen af te wegen. Dat betekent op zijn beurt dat de rechter, aldus de auteurs, 'de door het bestuursorgaan gemaakte belangenafweging bij zijn toetsing moet betrekken. Die belangenafweging wordt in beginsel terughoudend op evenredigheid getoets'.

¹⁰ P.J. Huisman & N. Jak, 'Beslissingsruimte: handvatten voor de rechterlijke toetsingsintensiteit', *NTB* 2019/20, p. 216.

4 MARGINALE TOETSING: DE TOESLAGENAFFAIRE

Artikel 26 van de Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen (Awir) regelt de terugvordering door de Belastingdienst van een tegemoetkoming of voorschot en luidt:

Indien een herziening van een tegemoetkoming of een herziening van een voorschot leidt tot een terug te vorderen bedrag dan wel een verrekening van een voorschot met een tegemoetkoming daartoe leidt, is de belanghebbende het bedrag van de terugvordering in zijn geheel verschuldigd.

Deze bepaling vormde de opmaat tot wat de Toeslagenaffaire is genoemd. Volgens de Belastingdienst schrijft deze bepaling voor dat in geval van terugvordering of verrekening het *gehele* bedrag van de tegemoetkoming of het voorschot door de belanghebbende dient te worden terugbetaald, óók indien slechts een klein deel van de eigen bijdrage niet kon worden verantwoord. Dat laatste volgt met ijzeren logica uit het standpunt van de Belastingdienst, dat, als de burger niet kan aantonen daadwerkelijk kinderopvang tot het volle voorgeschoten bedrag te hebben genoten en de eigen bijdrage geheel te hebben betaald, hij niet (lees: *geheel* niet) in aanmerking komt voor kinderopvangtoeslag. In dat geval wordt het voorschot herzien, dat wil zeggen, op nihil gesteld. En dus is de burger, nog steeds in de redenering van de Belastingdienst, krachtens artikel 26 Awir bij herziening het gehele bedrag van het voorschot verschuldigd (de ‘alles-of-niets’-benadering). De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State ging in deze redenering mee en oordeelde dat het hier om een ‘gebonden terugvorderingsbevoegdheid’ van de Belastingdienst/Toeslagen ging waarbij geen ruimte voor een evenredigheidstoets bestond.¹¹

Op deze uitleg door de Afdeling is door diverse auteurs kritiek geleverd.¹² Zo stelt Brenninkmeijer dat artikel 26 Awir ook zo gelezen kan worden dat de belanghebbende niet het totale bedrag van de tegemoetkoming, maar slechts het *teveel* betaalde verschuldigd is, maar door de juridische figuur van herziening naar nihil in stand te houden (een rechtsfiguur die niet dwingendrechtelijk uit de Awir volgt) sneed de Afdeling deze lezing van artikel 26 Awir de

¹¹ Zie o.m. ABRvS 19 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4179, ABRvS 11 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:386 en ABRvS 15 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3137. In ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535 is de RvS op deze uitleg teruggekomen.

¹² A.F.M. Brenninkmeijer, “De grondbeginselen van de rechtsstaat zijn geschonden” als “verschrikkelijk ongeluk”. Over de noodzaak van behoorlijk bestuur., *NJB* 2021/2, afl. 1, p. 6-13; L.F.M. Besselink, ‘De Afdeling Bestuursrechtspraak en de rechtsstatelijke crisis van de Toeslagenaffaire. Over een onverstandige en onvoldoende reactie’, *NJB* 2021/201, afl. 3, p. 194-198; L. Damen, ‘Ik was het niet, ik was het niet, het was de wetgever’, *NJB* 2021, afl. 5, p. 371-374.

pas af.¹³ In het licht van de disproportionele gevolgen die deze uitleg in concrete zaken had, kan volgens Brenninkmeijer niet anders geconcludeerd worden dan dat het de Afdeling heeft ontbroken aan de vereiste onpartijdigheid en zich 'gouvernementeel' heeft opgesteld. In plaats van zich neer te leggen bij de onredelijke interpretatie van de Belastingdienst, had de Afdeling context en doel van de wetgeving bij de interpretatie dienen te betrekken. Besselink trekt dezelfde conclusie in krassere bewoordingen. De Afdeling, aldus Besselink, blijkt de uitleg van de Belastingdienst te hebben gevolgd in plaats van zelf de wet uit te leggen en dááaraan het handelen van de belastingdienst te toetsen: 'Een schokkender illustratie van het aloude bezwaar dat de Afdeling te gouvernementeel is, is bijna niet denkbaar.'¹⁴

De kritiek op de jurisprudentie van de Afdeling wordt niet door iedereen gedeeld. Zo achten Van den Brink & Ortlep de door de Afdeling gemaakte keuze voor de strenge interpretatie niet in strijd met de wet:

In de bestuursrechtelijke doctrine is de gedachte dat het bestuur de ruimte moet hebben om wetsbepalingen te interpreteren, en de bestuursrechter de primaire taak heeft te controleren dat deze interpretatie binnen de grenzen van het recht blijft, springlevend.¹⁵

Indien de wetgever het bestuursorgaan voorschrijft hoe gehandeld dient te worden, aldus Van den Brink & Ortlep, dan is het bestuursorgaan daaraan gebonden en is de vraag naar het afwegen van belangen niet meer aan de orde. In tegenstelling tot wat Brenninkmeijer en Besselink stellen, achten zij bij een dergelijke gebonden bevoegdheid voor de bestuursrechter geen ruimte aanwezig om aan het evenredigheidsbeginsel te toetsen. Ook Van Ettekoven, voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de RvS, stelt dat de rechter in deze kwestie geen ruimte had anders te beslissen. De wet bevatte geen hardheidsclausule en de rechter kon geen beroep doen op het evenredigheidsbeginsel, omdat de rechter deze correctie 'volgens staande doctrine en rechtspraak niet [kan] toepassen bij formele wetten... Dan zal de rechter in beginsel de wil van de wetgever moeten respecteren.'¹⁶

¹³ A.F.M. Brenninkmeijer, "'De grondbeginselen van de rechtsstaat zijn geschonden' als 'verschrikkelijk ongeluk'. Over de noodzaak van behoorlijk bestuur.', *NJB* 2021/2, afl. 1, p. 11-12.

¹⁴ L.F.M. Besselink, 'De Afdeling Bestuursrechtspraak en de rechtsstatelijke crisis van de Toeslagenaffaire. Over een onverstandige en onvoldoende reactie', *NJB* 2021/201, afl. 3, p. 197.

¹⁵ J. van den Brink & R. Ortlep, 'Kinderopvangtoeslagaffaire. De democratische rechtsstaat wordt als staal in de wind gehard', *NJB* 2021, afl. 5, p. 363-370.

¹⁶ B.J. van Ettekoven, 'Tussen wet en recht. Reactie van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State op het rapport *Ongekend onrecht* van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag', *NJB* 2021, afl. 2, p. 98-107, p. 99-100.

In deze kwestie staan juristen van de eerste rang diametraal tegenover elkaar. Het bevestigt de stelling dat de uitkomst van een juridisch geschil niet wordt bepaald door de regels en beginselen van het materiele recht, ‘maar door de regels en beginselen van het materiele recht *zoals deze door rechters en andere juristen worden gelezen.*’¹⁷ Als deze juristen anders blijken te denken over het gezag dat aan de wet in relatie tot de andere rechtsbronnen toekomt, dan zullen zij in juridische geschillen ook tot andere antwoorden komen. Aan de betrekkelijk juridisch-technische discussie rondom de uitspraken van de bestuursrechter in de Toeslagenaffaire liggen dan ook conflicterende rechtspolitieke uitgangspunten ten grondslag die bepalend zijn voor wat de ‘grenzen van het recht’ zijn waarbinnen de overheid beoordelings- en beleidsruimte toekomt.

5 MARGINALE TOETSING: RECHTSPOLITIEKE INVULLING

De huidige discussies over de mate van terughoudendheid die passend is voor de bestuursrechter laten goed zien dat opvattingen over marginale toetsing rechtspolitiek van aard zijn, dat wil zeggen: de uitdrukking van een wenselijk geachte verhouding tussen bestuur en rechter. Die betreffende opvattingen worden vervolgens vaak *gepresenteerd* als het logische gevolg van de posities die wetgever en rechter in ons staatsbestel innemen. Zo wordt de traditionele kijk op marginale toetsing —volgens Hirsch Ballin ‘een soort terughoudendheid in het kwadraat’¹⁸— vaak gelegitimeerd met een beroep op de strikte rolverdeling die tussen de drie traditionele machten zou bestaan:

*Dat de rechterlijke toetsing beperkt wordt —en daarmee de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel geminimaliseerd — is gestoeld op de gedachte dat daar waar de wetgever ten gunste van het bestuur is teruggetreden, enkel democratische controle op zijn plaats is. Het bestuur, zo is de doctrine, weegt onder politieke aansturing de belangen af en moet zich daarvoor politiek verantwoorden ten overstaan van vertegenwoordigende lichamen. Treedt de bestuursrechter hierin dan verstoort hij het democratisch proces.*¹⁹

¹⁷ C.E. Smith, *Regels van rechtswinding*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 16-17.

¹⁸ E.H.M. Hirsch Ballin, ‘Dynamiek in de bestuursrechtspraak’, in: E.H.M. Hirsch Ballin, R. Ortlep & A. Tollenaar, *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechtspraak* (VAR-reeks 154), Den Haag: BJu 2015, p. 7-59, p. 22.

¹⁹ R. Ortlep & W. Zorg, ‘Van marginale rechterlijke toetsing naar toetsing op maat: einde van een geconditioneerde respons?’, *Ars Aequi* 2018, p. 21 (AA20180020). Zie ook de Afdeling bestuursrechtspraak in *Maxis en Praxis*: ‘Dit standpunt van de wetgever [dat de bestuursrechter slechts marginaal dient te toetsen, HK & CS] is gebaseerd op de onder-

Uit deze formulering lijkt rechterlijke terughouding in bestuurszaken met ijzeren logica uit het basisplan van onze rechtsstaat te volgen: waar de wetgever een hem toekende bevoegdheid afstaat aan een bestuursorgaan, komt aan het bestuur dezelfde beleids- en beoordelingsvrijheid toe die de wetgever heeft. Daaruit volgt dat, voor zover de wetgever in zijn beslissingen niet kan worden onderworpen aan het oordeel van de rechter, ook het bestuur daaraan niet onderworpen is.

We plaatsen bij deze gevolgtrekking twee kanttekeningen. Allereerst wordt met deze formulering de toetsingsruimte van de rechter ten aanzien van bestuursbesluiten slechts *gelijgesteld* met die van de toetsingsruimte die de rechter jegens de wetgever heeft, het zegt niet *hoe groot* die ruimte is. Dat daarover heel verschillend kan worden gedacht laat de ook in juristenkringen niet onomstreden uitspraak in de *Urgenda*-zaak zien. De tweede kanttekening betreft de vraag in hoeverre het bestuur daadwerkelijk politiek wordt aangestuurd en gecontroleerd door vertegenwoordigende lichamen (lees: parlement). In zijn veelbesproken preadvies van 2015 stelt Hirsch Ballin dat als gevolg van een terugtrekkende, en soms onzorgvuldige wetgever het overgrote deel van de besluiten van bestuursorganen tot stand komt zonder directe politieke aansturing of controle.²⁰ Ook Brenninkmeijer komt tot die conclusie: 'De trias politica is in de afgelopen decennia een duas politica geworden omdat regering en de regeringsmeerderheid in het parlement in een symbiotische relatie opereren.'²¹ In een dergelijk 'tweepolig systeem', aldus Brenninkmeijer, zou veel meer druk moeten komen te liggen op de rechter als tegenmacht.²² Brenninkmeijer bepleit een toetsing van *al* het overheidshandelen, niet slechts aan het verbod van willekeur, maar aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur:

[D]e ruime bevoegdheden in de wet- en regelgeving vinden hun begrenzing in de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, die ook tot hun recht kunnen komen

scheiden posities, die de onafhankelijke rechter en het politiek verantwoordelijke bestuur in het staatsbestel innemen': ABRvS 9 mei 1996, ECLI:NL:RVS:1996:ZF2153, *JB* 1996/158, m.nt. F.A.M. Stroink; *Rawb* 1996/104, m.nt. B.W.N. de Waard.

²⁰ E.H.M. Hirsch Ballin, 'Dynamiek in de bestuursrechtspraak', in: E.H.M. Hirsch Ballin, R. Ortlep & A. Tollenaar, *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechtspraak* (VAR-reeks 154), Den Haag: BJu 2015, p. 27.

²¹ A.F.M. Brenninkmeijer, "'De grondbeginselen van de rechtsstaat zijn geschonden" als "verschrikkelijk ongeluk". Over de noodzaak van behoorlijk bestuur.', *NJB* 2021/2, afl. 1, p. 12.

²² Aldus ook B.J. Schueler, 'De Awb-rechter na 25 jaar: een karakterschets', *Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak*, 01/2019, § 3.5: 'Als het gewicht in de balans doorslaat naar het bestuur, moet de rechter meer tegenwicht bieden.'

*door niet legalistisch naar de wet te kijken maar bij de interpretatie ervan naast de tekst van de wet, te kijken naar context en doel van de wetgeving.*²³

Ook Hirsch Ballin bepleit een minder terughoudende toetsing van de bestuursrechtspraak vooral wanneer de gevolgen van een bestuursbesluit verstrekkende gevolgen voor betrokkenen heeft of wanneer grondrechten in het geding zijn. Mede naar aanleiding van Hirsch Ballins kritiek hanteert de Raad van State vanaf 2017 niet langer de term ‘marginale toetsing’, omdat deze term ‘een te vrijblijvende opstelling van de rechter suggereert.’ Daarnaast worden de termen beleids- en beoordelingsvrijheid vervangen door beleids- en beoordelingsruimte, omdat daarmee beter tot uitdrukking komt dat geen enkel gebruik van een publiekrechtelijke bevoegdheid ‘geheel vrij’ is, maar ‘steeds gebonden aan het recht’.²⁴ Toch lijken die wijzigingen vooral semantisch, want het Jaarverslag voegt hieraan toe dat de Afdeling met de termen ‘beleidsruimte’ en ‘beoordelingsruimte’ hetzelfde bedoelt als voorheen met ‘beleidsvrijheid’ en ‘beoordelingsvrijheid’.

Tegenover de rekkelijken staan de preciezen. Van Ettekoven, in zijn reactie op het rapport *Ongekend onrecht*, verwerpt de stelling dat de bestuursrechter ook dwingendrechtelijke bepalingen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur kan toetsen in tamelijk retorische bewoordingen:

*Willen we dat de rechter via een in de Awb gecodificeerd algemeen beginsel van behoorlijk bestuur de formele wet aan de kant kan zetten? Willen we dat ook als de desbetreffende bepaling de wil van de wetgever duidelijk weergeeft, zoals bij artikel 26 Awir? Algemene toepassing van artikel 3:4 Awb (of een nieuw te formuleren 3:4 bis) op alle wetten in formele zin zal ertoe leiden dat tal van bewuste en uitdrukkelijke keuzen van de wetgever, regering en parlement, voor de rechter in twijfel zullen worden getrokken met een beroep op het evenredigheidsbeginsel. Willen we dat echt?*²⁵

Van den Brink & Ortlep zijn eveneens terughoudend. Zij achten geen ruimte aanwezig voor toetsing van dwingendrechtelijke bepalingen aan open normen zoals de redelijkheid en billijkheid of de billijkheidscorrectie.²⁶ Alleen toetsing aan rechtsbeginselen (waaronder het evenredigheidsbeginsel) achten zij een mogelijke route—dit laatste onder verwijzing naar Molengraaff, ‘dat de wet

²³ B.J. Schueler, ‘De Awb-rechter na 25 jaar: een karakterschets’, *Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak* 2019, afl. 1.

²⁴ Jaarverslag Raad van State 2017, p. 61.

²⁵ B.J. van Ettekoven, ‘Tussen wet en recht. Reactie van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State op het rapport *Ongekend onrecht* van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag’, *NJB* 2021, afl. 2, p. 104.

²⁶ J. van den Brink & R. Ortlep, ‘Kinderopvangtoeslagaffaire. De democratische rechtsstaat wordt als staal in de wind gehard’, *NJB* 2021, afl. 5, p. 368.

weliswaar een gids is voor wie het recht wil kennen maar niet het recht zelf.²⁷ Overigens lijken zij zichzelf met deze verwijzing tegen te spreken, want Molengraaff bepleitte toetsing, niet aan rechtsbeginselen, maar aan de maatschappelijke betamelijkheid, dat wil zeggen, aan open normen.

6 'ESSENTIALLY CONTESTED CONCEPTS'

Vatten wij het bovenstaande samen dan is de positie van de preciezen: daar waar een bestuursorgaan beoordelings- en beleidsruimte heeft, toetst de bestuursrechter 'aan het recht'; en de positie van de rekkelijken luidt: daar waar een bestuursorgaan beoordelings- en beleidsruimte heeft, toetst de bestuursrechter 'aan het recht'. Maar achter die gelijkheid in woorden ligt een wereld van verschil. Want voor de preciezen betekent toetsing 'aan het recht' dat de rechter bij beleidsvrijheid of -ruimte van het bestuursorgaan alleen mag toetsen aan de 'evenredigheid in strikte zin',²⁸ voor de rekkelijken daarentegen dat de rechter dient te toetsen aan de 'evenredigheid in ruime zin', dat wil zeggen, aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Het lijkt erop dat voor de preciezen recht en wet weliswaar niet geheel, maar dan toch wel bijna geheel samenvallen, terwijl de rekkelijken meer recht zien en ook buitenwettelijke standaarden van 'behoorlijkheid' (Brenninkmeijer) tot het recht rekenen waaraan getoetst kan (moet) worden.

Rechtsfilosofen zullen in beide posities de standpunten herkennen van Dworkinianen versus rechtspositivisten in een langlopend en uitputtend debat dat zich al meer dan veertig jaar voortsleept.²⁹ Het gaat daarbij onder meer over de vraag of niet-gepositieerde maar wel in het recht besloten liggende rechtsbeginselen geldend recht zijn waarop de rechter een beroep hoort te doen (Dworkinianen), of dat de rechter zich dient te beperken tot de wettelijke standaarden (een standpunt dat ten onrechte aan alle rechtspositivisten wordt toegeschreven).³⁰

De vraag naar de 'grenzen van het recht' waarbinnen het bestuur beleidsvrijheid of -ruimte toekomt—en dus de vraag naar de betekenis van het concept van 'marginale toetsing'—kan moeiteloos vertaald worden in termen van het langlopende debat tussen Dworkinianen en rechtspositivisten, of van het

²⁷ J. van den Brink & R. Ortle, 'Kinderopvangtoeslagaffaire. De democratische rechtsstaat wordt als staal in de wind gehard', *NJB* 2021, afl. 5, p. 369.

²⁸ Ook wel 'willekeurstoetsing' genoemd; zie P.J. Huisman & N. Jak, 'Beslissingsruimte: handvatten voor de rechterlijke toetsingsintensiteit', *NTB* 2019/20, p. 218.

²⁹ Vgl. S.J. Shapiro, 'The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed', in: A. Ripstein (red.), *Ronald Dworkin*, Cambridge: Cambridge University Press 2007, p. 25-55.

³⁰ Een standpunt dat onder meer door Dworkin ten onrechte aan H.L.A. Hart is toegeschreven: C.E. Smith, 'De gevaren van de esthetiek voor de rechtswetenschap', in: E.T. Feteris e.a., *In het licht van deze overwegingen*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004, p. 149-157.

nog veel oudere debat over het concept van de *Rule of Law* dat volgens Waldron al vanaf de Oudheid wordt gevoerd.³¹ Ook in dat debat draait het om de vraag wat de rol is van menselijke, al te menselijke rechters in het recht. Waldron haalt Aristoteles aan:

*He who bids the law rule may be deemed to bid God and Reason alone rule, but he who bids man rule adds an element of the beast; for desire is a wild beast, and passion perverts the minds of rulers, even when they are the best of men.*³²

Dienen we volgens Aristoteles daarom maximaal gebruik te maken van *rigid rules* om te voorkomen dat mensen in plaats van wetten regeren? Hoewel hij enerzijds pleit voor zoveel mogelijk vooraf opgestelde regels om misbruik van gezagsdragers te voorkomen,³³ bepleit hij anderzijds het gebruik van flexibele regels als we te maken hebben met veel onvoorziene gevallen.³⁴ Maar flexibele regels vereisen rechters met oordeelskracht. Als we rechters met oordeelskracht nodig hebben, betekent dat dan een bijdrage aan de '*Rule of Reason*' of betekent het '*adding an element of the beast*'?

*Such perplexities have helped lay the foundation for enduring controversy about whether judge-made law is to be regarded as the epitome of the Rule of Law or as part of the problem that the Rule of Law is supposed to solve.*³⁵

Het probleem met het concept van de *Rule of Law* is dat verklaarde tegenstanders, zoals *Originalism* en *Living Constitutionalism*,³⁶ zich allebei op de *Rule of Law* beroepen.³⁷ Ook politici beroepen zich erop, hetzij om een bepaalde uitkomst aan te prijzen, hetzij om die betreffende uitkomst te bekritisieren.³⁸ Volgens sommigen betekent dit dat de *Rule of Law* een leeg concept is, een slogan

³¹ J. Waldron, 'Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?', *Law and Philosophy* (21) 2002, afl. 2, p. 137-164, p. 140 e.v.

³² Aristoteles, 'The Politics', in: S. Everson (red.), *Aristotle: The Politics*, Cambridge: Cambridge University Press 1988, Bk. III, ch. Xvi, 1287a.

³³ Aristoteles, *On Rhetoric*, Oxford: Oxford University Press 1991 (vertaling G.A. Kennedy), Bk. I, ch. II, 1354a.

³⁴ Aristoteles, *Nicomachean Ethics*, London: Oxford University Press 1954 (vertaling D. Ross), Bk. V, ch. 10, 1137b.

³⁵ J. Waldron, 'Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?', *Law and Philosophy* (21) 2002, afl. 2, p. 142.

³⁶ Aanhangers van *Originalism* vinden dat de Amerikaanse constitutie naar de oorspronkelijke bedoeling moet worden geïnterpreteerd, terwijl de aanhangers van *Living Constitutionalism* een interpretatie bepleiten die rekening houdt met de ontwikkeling van samenleving en recht.

³⁷ Heel manifest in de hertelling van stemmen in Florida in de Presidentsverkiezingen van 2000.

³⁸ J. Waldron, 'Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?', *Law and Philosophy* (21) 2002, afl. 2, p. 137, geeft als voorbeeld van het eerste de uitspraak van

die te pas en te onpas door politici en ideologen van diverse pluimage wordt aangeropen:

*'[T]he Rule of Law' is just an empty slogan, useful perhaps as decoration for whatever else one wants to assert into a political dispute, but incapable of driving one's argument much further forward than the argument could have driven on its own.*³⁹

Volgens Waldron is er iets anders aan de hand. We hebben hier niet met een leeg concept te maken, maar met wat de linguïst W.B. Gallie een *essentially contested concept* heeft genoemd.⁴⁰

Een concept is *essentially contested* indien over het juiste gebruik van een concept door de deelnemers eindeloze debatten worden gevoerd die, ondanks de kwaliteit van de argumentatie, onoplosbaar zijn.⁴¹ Gallie geeft als voorbeelden 'democratie', 'kunst' en de 'christelijke doctrine'. Deze concepten, aldus Gallie, (I) zijn normatief met een positieve connotatie (ze zijn 'appraisive'),⁴² (II) hebben een intern complex karakter, (III) kunnen worden beschreven in een reeks kenmerken die in de verschillende versies van het concept onderling een wisselende rangorde hebben, (IV) hebben een open karakter, dat wil zeggen, kunnen mettertijd van karakter veranderen en (V) worden zowel offensief als defensief gebruikt. We zullen de vijf vereisten toelichten een de hand van het concept democratie:

- I. Het concept 'democratie' is een normatieve kwalificatie met een positieve connotatie.⁴³
- II. Het heeft een intern complex karakter, hetgeen blijkt uit

Katherine Harris, Florida secretary of State tijdens de 2000 U.S. Presidential Election die over de bevestiging van de hertellingskwestie zei: 'The true victor in the Florida election is the Rule of Law', terwijl haar politieke tegenstanders haar manifeste politieke vooroordeel in deze zaak bestempelden als een affront voor de Rule of Law.

³⁹ J.N. Shklar, 'Political Theory and the Rule of Law,' in: A.C. Hutcheson & P. Monahan (red.), *The Rule of Law: Ideal or Ideology*, Toronto: Carswell 1987, p. 1.

⁴⁰ W.B. Gallie, 'Essentially Contested Concepts', *Proceedings of the Aristotelian Society* (56) 1955-1956, p. 167-198.

⁴¹ W.B. Gallie, 'Essentially Contested Concepts', *Proceedings of the Aristotelian Society* (56) 1955-1956, p. 169: '[T]here are disputes, centred on the concepts (...) which are perfectly genuine: which, although not resolvable by argument of any kind, are nevertheless sustained by perfectly respectable arguments and evidence'.

⁴² De redacteuren van deze bundel vroegen zich terecht af of een ECC niet ook pejoratief kan zijn, bijvoorbeeld als pejoratieve tegenhanger van een ECC met positieve connotatie. Kenmerkend voor een ECC is dan dat het concept 'normatief' zijn, hetzij in positieve, hetzij in pejoratieve zin.

⁴³ W.B. Gallie, 'Essentially Contested Concepts', *Proceedings of the Aristotelian Society* (56) 1955-1956, p. 184: '[I]t has steadily established itself as *the* appraisive political concept *par excellence*'.

- III. de verschillende waardering van aspecten van het concept 'democratie'. De ene variant legt de nadruk op het kenmerk dat de meerderheid van de burgers een regering kan kiezen of afzetten, een andere op de gelijke mogelijkheid van alle burgers om elk politiek ambt te vervullen en weer een andere op de actieve participatie van burgers in de politiek.
- IV. Het concept 'democratie' heeft een open karakter. Zo kan het kenmerk van de actieve participatie in de loop van de tijd meer gewicht krijgen terwijl een stelsel waarbij de kiezers één keer in de vier jaar mag stemmen niet langer als een voldoende voorwaarde voor democratie wordt gezien.
- V. Het concept 'democratie' wordt zowel defensief als offensief gebruikt, bijvoorbeeld als verzet tegen het referendum door het bestaande systeem van evenredige vertegenwoordiging als een superieure vorm van de democratie neer te zetten.

Volgens Waldron vormt de kern van Gallie's *essentially contested concepts* de combinatie van normativiteit en interne complexiteit.⁴⁴ Dat een concept *essentially contested* is, verwijst naar de locatie van het meningsverschil: men verschilt van mening, niet over de randgevallen, maar over wat de kern van het concept uitmaakt.⁴⁵ De 'Rule of Law', aldus Waldron, voldoet aan de vereisten van een *essentially contested concept*: het is overduidelijk een normatief concept met een positieve connotatie en er is sprake van interne complexiteit die aanleiding is tot voortdurende betwisting:

*Some theorists associate the Rule of Law with respect for fairness and human dignity; others associate it with the provision for an environment hospitable to freedom; still others see it as purely instrumental value, having to do with the effective pursuit of whatever goals one is trying to use law to promote.*⁴⁶

Het leidende idee van de *Rule of Law* is dat respect voor het recht de politieke macht tot een minder gevaarlijk en verwerpelijk verschijnsel maakt. Maar waarover we het niet eens zijn, aldus Waldron, is hoe we dat moeten doen en of we dat ook echt voor elkaar krijgen. We zijn het ook niet eens over de aard van het gevaar van ongebreidelde politieke macht, noch over de waarden die we met de *Rule of Law* willen beschermen:

⁴⁴ J. Waldron, 'Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?', *Law and Philosophy* (21) 2002, afl. 2, p. 150.

⁴⁵ J. Waldron, 'Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?', *Law and Philosophy* (21) 2002, afl. 2, p. 149.

⁴⁶ J. Waldron, 'Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?', *Law and Philosophy* (21) 2002, afl. 2, p. 158.

*We disagree about the ailment, the medicine, and the character of the cure. All this makes for an extraordinarily complicated package of theoretical contestation.*⁴⁷

Onze hypothese is dat dit ook voor het concept van marginale toetsing geldt. We zijn het vermoedelijk eens over het leidende idee van marginale toetsing, maar we zijn het oneens over de precieze aard van het gevaar waartegen marginale toetsing ons moet behoeden en over de waarden die we met marginale toetsing willen beschermen.

7 MARGINALE TOETSING ALS 'ESSENTIALLY CONTESTED CONCEPT'

Hoewel de term marginale toetsing door de Raad van State sinds 2017 is afgeschaft, betekent dat niet dat daarmee ook het concept is afgeschaft. De term is afgeschaft, omdat die 'een te vrijblijvende opstelling van de rechter suggereert'.⁴⁸ In gelijke zin zijn de termen *beoordelingsvrijheid* en *beleidsvrijheid* vervangen door *beoordelingsruimte* en *beleidsruimte*, omdat eerstgenoemde termen verwarrend kunnen zijn: 'Geen enkel gebruik van een publiekrechtelijke bevoegdheid is geheel vrij, maar steeds gebonden aan de regels van het recht'. Maar omdat hieraan onmiddellijk werd toegevoegd dat de Afdeling bestuursrechtspraak met deze termen hetzelfde bedoelt als met de afgeschafte termen, concluderen wij dat daar waar het bestuur wordt geacht beoordelings- of beleidsruimte te hebben, de bestuursrechter nog steeds terughoudend (lees: marginaal) toetst. Uit dit alles leiden wij af dat voor de Afdeling bestuursrechtspraak het *concept* marginale toetsing dus nog steeds bestaat.⁴⁹

Dat laatste geldt ook voor de rekkelijken. Wij halen in dit verband nog eens Van Wijk aan die marginale toetsing aldus definieerde dat de rechter de door de wetgever aan het bestuur toegekende bewegingsvrijheid slechts mocht toetsen aan algemene *behoorlijkheidsnormen*. Precies dat pleidooi houdt Brenninkmeijer, als hij stelt dat de 'behoorlijkheid', en in het verlengde hiervan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in *al* het overheidshandelen centraal dient te worden gesteld. De kwestie is dus niet of de rechter bij beoordelings- en beleidsruimte marginaal moet toetsen (antwoord: ja), maar wat het wil zeggen marginaal te toetsen: zeer terughoudend (willekeurstoetsing) of toetsend aan de algemene behoorlijkheidsnormen. En daarmee hebben wij al gelijk marginale toetsing getoetst aan enkele vereisten van *essentially contested concepts*:

- I. Het concept 'marginale toetsing' is een normatieve kwalificatie met een positieve connotatie (voor alle duidelijkheid: we spreken hier over het

⁴⁷ J. Waldron, 'Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?', *Law and Philosophy* (21) 2002, afl. 2, p. 159.

⁴⁸ Jaarverslag Raad van State 2017, p. 61.

⁴⁹ Aldus ook P.J. Huisman & N. Jak, 'Beslissingsruimte: handvatten voor de rechterlijke toetsingsintensiteit', *NTB* 2019/20, p. 221.

concept, niet over de term: die is afgeschoten door de Afdeling bestuursrechtspraak) die door alle deelnemers in het debat wordt onderschreven: indien de wetgever aan het bestuur bewegingsvrijheid heeft toegekend, dient de rechter niet vol, maar terughoudend te toetsen.

- II. Het concept 'marginale toetsing' is een intern complex begrip, blijkend uit:
- III. De verschillende waardering van aspecten van het concept 'marginale toetsing'. De ene variant legt de nadruk op het primaat van de wetgever dat door de rechter geëerbiedigd dient te worden, de andere op het toenemend beroep op de rechter als tegenkracht, weer een ander bepleit 'toetsing op maat' waarbij de aard van de rechtsverhouding en het gewicht van de voor belanghebbenden op het spel staande belangen bepalend zijn voor de intensiteit van de toetsing. Al deze aspecten spelen in wisselend onderling gewicht een rol in de betekenisbepaling van het concept.

Hoewel het altijd lastig is een uitspraak te doen over de toekomst van een concept, is er goede reden om aan te nemen dat het concept 'marginale toetsing' een open karakter heeft. Zo blijkt het concept de laatste jaren aan herijking toe te zijn. Hirsch Ballins preadvies was een aanzet daartoe en zijn 'in zekere zin revolutionaire pleidooi'⁵⁰ heeft tot veel instemming onder beoefenaren van het bestuursrecht geleid. Aangezien de Toeslagenaffaire de noodzaak tot reflectie en zelfreflectie over marginale toetsing alleen nog maar heeft vergroot, concluderen wij:

- IV. Het concept 'marginale toetsing' heeft een open karakter.

Eigenlijk leiden de eerste drie vereisten automatisch tot vereiste (V): dat het concept zowel defensief als offensief wordt gebruikt. Als er verschillende opvattingen bestaan over de invulling van het vereiste van marginale toetsing, dan zal men, ter afwering van een andere invulling, de eigen invulling zowel gebruiken om een bepaalde vorm van toetsing te verdedigen als om die te propageren:

- V. Het concept 'marginale toetsing' wordt zowel defensief als offensief gebruikt.

Marginale toetsing, zo luidt onze conclusie, is een *essentially contested concept*. De vraag is wat dit betekent voor de discussies rondom de concepten marginale toetsing en toetsingsintensiteit.

⁵⁰ T. Barkhuysen, 'Een revolutie in het bestuursrecht?', Vooraf in *NJB*, 2015/1137.

8 META-PERSPECTIEF OP MARGINALE TOETSING

Als er niet één betekenis is van marginale toetsing, zo vroegen wij ons in de Inleiding af, betekent dit dan dat het concept vooral een retorische functie in de legitimatie vervult? Dat is een conclusie die wel vaker wordt getrokken als de voor- en tegenstanders in een debat zich op hetzelfde concept beroepen ter ondersteuning van hun positie. Richard Posner verwoordt die conclusie met betrekking tot rechterlijke terughouding en activisme fraai:

*The terms 'judicial restraint' and 'judicial self-restraint' survive, but as vague, all-purpose compliments; 'judicial activism' survives as a vague, all-purpose pejorative.*⁵¹

Posners standpunt is meta-theoretisch. Hij constateert dat concepten als rechterlijke terughouding en juridisch activisme door verschillende partijen verschillend worden ingevuld: wat de één in kritische zin aanmerkt als activisme wordt door de ander als een passende vorm van rechterlijke terughouding gezien. Daaruit leidt Posner af dat dergelijke concepten fungeren als 'all-purpose compliment' en 'all-purpose pejorative'. Van hieruit is het een kleine stap om te concluderen dat de concepten vooral een retorische functie in de legitimatie vervullen.

Toch is dat niet de conclusie die wij trekken. Marginale toetsing en *judicial activism* zijn geen vage concepten, maar *essentially contested concepts*, concepten waaraan verschillende betekenissen worden toegekend. Tezamen genomen—vanuit 'meta'-perspectief, het perspectief van de theoreticus—leveren die verschillende invullingen inderdaad een onbepaald concept op. Maar het standpunt van de betrokken partijen in een geschil—rechter, procespartijen en iedereen die zich uit interesse of beroepshalve met de zaak bezighoudt—is allesbehalve meta-theoretisch.⁵² Wie zich uitspreekt over de juistheid van een rechterlijke uitspraak, spreekt zich, expliciet of impliciet, uit over een bepaalde invulling van een concept als 'rechterlijke terughouding'. Vindt men dat de rechter zich in een bepaalde kwestie *te weinig* terughoudend heeft opgesteld,

⁵¹ R.A. Posner, 'The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint', *California Law Review* (100) 2012, afl. 3, p. 533.

⁵² Vgl. S. Fish, *Is There a Text in This Class? The Authority of Interpretive Communities*, Cambridge: Harvard University Press 1980, p. 319, waarin hij stelt dat, zodra wij een tekst interpreteren, wij niet langer epistemologie bedrijven, maar de tekst proberen te begrijpen in het licht van onze overtuigingen en aannames. Van die overtuigingen en aannames kan men onmogelijk afstand nemen en ze even veel of even weinig gezaghebbend achten als de overtuigingen en aannames van een willekeurige ander. In vgl. zin, R. Dworkin, *Law's Empire*, Londen: Fontana Press 1986, p. 78-86.

dan zal dat al snel worden gekwalificeerd als juridisch activisme (een ‘pejorative’).⁵³ Andersom bestempelt men soms een hardnekkig *vasthouden* aan de letter van de wet als juridisch activisme, zoals Holmes deed in de beruchte *Lochner*-zaak, waarbij hij de meerderheid verweet hun economische *laissez-faire*-opvattingen te verhullen als ‘judicial self-restraint’.⁵⁴ Het gevolg is dat de visies op de betekenis van het concept juridisch activisme botsen, want noch de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, noch de meerderheid in *Lochner* zullen zich herkennen in die kwalificatie. De concepten rechterlijke terughouding en juridisch activisme vervullen op het niveau van de betrokken partijen dus beslist niet een (louter) retorische functie in de legitimatie.

Maar stevige meningsverschillen over zulke beladen onderwerpen als marginale toetsing en *judicial activism* kunnen langs andere weg toch tot retoriek leiden. De divergerende opvattingen houden immers verband met een andere waardering van de bij het concept betrokken factoren en van de voor- en nadelen die een bepaalde invulling van het concept meebrengt—en dus met overwegingen van rechtspolitieke, ideologische of levensbeschouwelijke aard. Aangezien dergelijke meningsverschillen in de regel niet worden opgelost met een nog preciezere analyse van het concept of een nog uitputtender onderzoek naar de genealogie van het concept, kan dit ertoe leiden dat men een werkelijk debat met de tegenstanders uit de weg gaat en het debat voornamelijk met retorische middelen voert.⁵⁵

Hier ligt de meerwaarde van het onderkennen van het verschijnsel van *essentially contested concepts*. De erkenning van een omstreden concept als ‘essentially contested’ brengt volgens Gallie juist mee dat we niet alleen beseffen dat het concept rivaliserende interpretaties kent, maar ook dat deze als kritische toets fungeren van de eigen interpretatie van het betreffende concept:

One very desirable consequence of the required recognition in any proper instance of essential contestedness might therefore be expected to be a marked raising of the level of quality of arguments in the disputes of the contestant parties. And this

⁵³ Zoals M. Bruijn, J. Koornstra, B. Roorda, J. Schilder & J. Brouwer, ‘Over vermeende wets-historische rechtsvinding en selectieve interpretatie’, *Ars Aequi* 2020, p. 161 (AA20200161).

⁵⁴ 198 U.S. 45 (1905). In deze zaak oordeelde de Amerikaanse Supreme Court dat de staat New York het Vierde Amendement had geschonden door een wet aan te nemen die bepaalde dat de werktijden voor bakkers niet langer dan 10 uur per dag mochten zijn met een maximum van 60 uur per week. In zijn ‘dissenting opinion’ stelde Holmes dat deze beslissing de veroordelen van het Hof etaleerde, omdat het Hof andere inperkingen op de contractsvrijheid wel had goedgekeurd, zoals de Zondagswet, het verbod van woerkerente en het loterij-verbod. ‘This shows that this case is decided upon a particular economic theory, one that opposes state intervention and favors Mr. Herbert Spencer’s Social Statics’.

⁵⁵ W.B. Gallie, ‘Essentially Contested Concepts’, *Proceedings of the Aristotelian Society* (56) 1955-1956, p. 193-194.

*would mean prima facie, a justification of the continued competition for support and acknowledgement between the various contesting parties.*⁵⁶

Zo komt het meta-perspectief van de theoreticus opnieuw om de hoek kijken. Want met de erkenning van het concept als *essentially contested* erkennen we niet alleen dat wij met verschillende ogen naar dezelfde verschijnselen kunnen kijken, maar ook dat wij die verschillende ogen nodig hebben om ons begrip van het concept verder te ontwikkelen. Dat is het standpunt van de radicale filosoof Nietzsche:

*Er is alleen maar een perspectivisch zien, alleen maar een perspectivisch 'kennen'; en hoe meer affecten we betreffende een zaak laten meespreken, hoe meer ogen, verschillende ogen, we voor dezelfde zaak weten te gebruiken, des te vollediger zal ons 'begrip' van deze zaak, onze 'objectiviteit' zijn.*⁵⁷

Dat is ook het standpunt van de bedachtzame jurist Nieuwenhuis, al spreekt hij van botsende belangen:

*Het recht kan niet zonder tegenspraak. Dit houdt verband met het feit dat het recht niet kan worden gevonden, more geometrico, zoals de lengte van de schuine zijde van een rechthoekige driehoek, maar slechts, more retorico, door de botsende belangen aan het woord te laten.*⁵⁸

Waar belangen botsen, verschillen ook de perspectieven op de zaak.

9 CONCLUSIE

Aan het einde gekomen van deze bijdrage is het zaak de onderzoeksvraag die wij aan het begin stelden te beantwoorden. Onze onderzoeksvraag luidt: wat is de *werkelijke* betekenis van de verschillende verwoordingen⁵⁹ van de toetsingsmaatstaf 'marginale toetsing'? Ons antwoord is dat die er niet is. De verklaring daarvoor is dat het concept 'marginale toetsing' een *essentially contested concept* is, een concept waarvan de kernbetekenis wordt betwist. De verschillende verwoordingen van 'marginale toetsing' zullen daarom evenmin een

⁵⁶ W.B. Gallie, 'Essentially Contested Concepts', *Proceedings of the Aristotelian Society* (56) 1955-1956, p. 193.

⁵⁷ F. Nietzsche, *Genealogie der moraal*, Amsterdam: Arbeiderspers 1980 (*Zur Genealogie der Moral. Eine Streitschrift* 1887, vertaald door Th. Graftdijk), p. 129.

⁵⁸ H. Nieuwenhuis, *Confrontatie en compromis. Recht, retoriek en burgerlijke moraal*, Deventer: Kluwer 1992, p. 104.

⁵⁹ Zoals beslissingsruimte, beoordelingsruimte, bewegingsvrijheid, speelruimte, gebonden beoordelingsruimte, rechtmatigheidstoets en juridische terughoudendheid.

werkelijke betekenis hebben. Het ontbreken van overeenstemming over de werkelijke betekenis is volgens ons geen punt van zorg. Wij delen Gallies optimistische visie dat erkenning van een concept als *essentially contested* leidt tot verdergaande articulatie van de betrokken belangen en perspectieven en dus tot een rijker begrip van het concept. Op een gegeven moment bekeert men zich dan misschien tot een andere kijk op het concept—omdat men ertoe wordt overgehaald,⁶⁰ of onder dwang van een ingrijpende gebeurtenis, zoals de Toeslagenaffaire, die alles in een ander licht stelt.

⁶⁰ Vgl. L. Wittgenstein, *Over zekerheid*, Meppel/Amsterdam: Boom (*On Certainty/ Über Gewissheit* 1969, vertaald door S. Terwee), § 92, stellende dat wie op de bodem van zijn overtuigingen is aangekomen, niet van het tegendeel wordt overtuigd door *redenen*, maar door een vorm van bekering: 'Bedenk, dat je van de *juistheid* van een zienswijze vaak overtuigd wordt door zijn *eenvoud* of *symmetrie*, dat wil zeggen: je wordt er toe gebracht, tot deze zienswijze over te gaan. Je zegt dan bijvoorbeeld eenvoudig: "Zo moet het zijn".'