

streden keuzen vertegenwoordigen. Vooral de aanhoudende discussies over het besluitbegrip en de gevolgen van dit begrip voor de toegang tot de bestuursrechter laten dat zien.⁸ Wie kijkt naar de basiskeuzen van de Awb kan ook niet om de in de jaren negentig veelbesproken basisfilosofie van de wet heen: de idee van de *wederkerige rechtsbetrekking* tussen bestuur en burger. Hoewel de Awb de klassieke bestuursrechtelijke noties van wetmatigheid, bestuursbevoegdheid en specialiteit vóóronderstelt, markeert deze wet op de drempel van de eenentwintigste eeuw een overgang van *klassiek-rechtsstatelijk* denken over bestuursrecht naar een meer *relationele benadering*.⁹

Tijdens het congres stond Lukas van den Berge bij deze ontwikkeling stil. Hij wierp de prikkelende vraag op of de Awb niet eigenlijk uitgaat van een achterhaald concept van besturen. De klassieke sturende en normerende rol die het bestuursrecht traditioneel wordt toebedacht zou niet meer zijn opgewassen tegen de moderne bestuurspraktijk. Vooral het vertrouwde 'besluitbegrip' zou niet meer in overeenstemming zijn met de eisen van de tijd. Binnen de complexe *netwerksamenleving* – waarin het besluitvormingsrecht is ingebed – ontstaan zwarte gaten waarin verantwoordelijkheid verdwijnt en waar rechtsbescherming tekortschiet. Volgens deze inleider zou alleen een bestuursrechtelijk stelsel van macht en tegenmacht dat breekt met het 'besluit' als alfa en omega van het bestuursrecht opgewassen zijn tegen de hedendaagse ontwikkelingen.

Anne Meuwese diende de inleider van repliek. Zij benadrukte dat de Awb na 25 jaar een instituut is. Deze wet verankert het bestuursrecht en de kracht van deze wet mag niet worden onderschat. Tijdens de discussies werd duidelijk dat het besluit zijn langste tijd niet heeft gehad. Nico Verheij stelde dat het klassieke model op veel terreinen van het bestuursrecht voldoet. Michiel Scheltema benadrukte dat de Awb bovendien nog altijd in ontwikkeling is. Er is geen sprake van een codificatie die in beton is gegoten. Tijdens de discussies werd duidelijk dat de wens om de bevoegdheid van de bestuursrechter buiten het besluitendomein te verruimen – en dit was geen verrassing – nog steeds breed wordt gedeeld.

Lukas van den Berge¹⁰

Gouvernementaliteit en rechtsbescherming: weg met het bestuursrechtelijk besluitcentrisme

De moderne overheid heeft wel iets weg van de Griekse zeegod Proteus, die voor zijn tegenstanders steeds ongrijpbaar blijft door wisselende gedaantes aan te nemen. Op soortgelijke wijze kneedt het hedendaagse bestuur zich tot de juridische vorm die het voor de gelegenheid het meest wenselijk acht.

Nu eens bedient het zich van zijn klassieke rol als centrale beslisser en verheft het zich boven zijn burgers als bureaucratische besluitenmachine. Dan weer neemt het zijn toevlucht tot meer diffuse sturings technieken en presenteert het zich als 'partner' die 'samen met burgers' maatschappelijke problemen te lijf gaat.¹¹ De Franse filosoof Foucault spreekt in dit verband wel van 'gouvernementaliteit', door Tjeenk Willink wel begrepen als 'bureaucratisch-bedrijfsmatige logica' en door Willem Witteveen aangeduid als 'beheersbaarheidsmentaliteit': de in onze tijd zo dominante bestuurspraktijk van deregulering en publiek-privaat netwerkbestuur die sterk op output en efficiëntie is gericht en ertoe neigt juridische vormen als opportuun omhulsel te hanteren.¹² Het klassieke stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming is bijzonder slecht tegen die moderne bestuurspraktijk opgewassen. Om uit de problemen te komen is meer nodig dan een ad-hoc oplossing hier en een doekje voor het bloeden daar. In plaats daarvan is een nieuwe doordinking en uiteindelijk ook herziening nodig van het bestuursrechtelijke begrippenkader zelf.¹³

Het Nederlandse bestuursrecht berust van oudsher op de gedachte dat besturen in de kern bestaat uit het verrichten van publiekrechtelijke rechtshandelingen die jegens allen iets veranderen in de wereld van het recht.¹⁴ Die voorstelling van zaken past bij het klassieke beeld van publieke machtsuitoefening aan de hand van het panopticon, Bentham's ideale koepelgevangenis met het bestuur als de bewaker die ons vanuit het centrum in zijn greep houdt.¹⁵ Maar in de moderne netwerksamenleving heeft de bewaker zijn centrale positie allang verlaten en is publieke machtsuitoefening veelal ingebed in onoverzichtelijke bestuurlijke netwerken waarin een duidelijk centrum ontbreekt.¹⁶ Neem nu het Groninger gasgebouw: een bizar ingewikkelde kluwen van publieke en private actoren zonder herkenbare hiërarchie. Waar de overheid als de 'spin in het web' van de publieke ruimte nog vrij gemakkelijk kon worden aangesproken op haar pu-

8 Zie uit de talrijke publicaties bijv. de VAR-adviezen van Van Ommeren & Huisman, Van der Veen & De Graaf in: *Het besluit voorbij* (VAR-reeks 150), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

9 L. van den Berge, *Bestuursrecht tussen autonomie en verhouding. Naar een relationeel bestuursrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016.

10 Mr. dr. L. van den Berge is universitair docent rechtstheorie aan de Universiteit Utrecht.

11 Zie ook L. van den Berge, 'Bestuursrecht in de netwerksamenleving. Waarom de rechtsmacht van de bestuursrechter een materiële grondslag behoeft', *RM Themis* 2018, afl. 4, p. 124-136, met verdere verwijzingen.

12 M. Foucault, *La naissance de biopolitique. Cours au Collège de France (1978-1979)*, bezorgd door F. Ewald e.a., Parijs: Gallimard 2004, p. 192. W.J. Witteveen, 'Foucault en de beheersbaarheidsmentaliteit', *Regelmaat* 2009, p. 129-134; H. Tjeenk-Willink in een hele serie jaarverslagen van de Raad van State, zo onder meer in het jaarverslag over 2010, p. 19.

13 Vgl. onder meer de recente oproep tot meer bestuursrechtelijk grondslagenonderzoek in R.J.N. Schlössels, 'Juridische jubilea en de zilveren Awb', *Gst.* 2018/164.

14 De *locus classicus* voor die voorstelling van zaken is C.W. van der Pot, 'De vormen van het besturen', in: C.W. van der Pot e.a. (red.), *Nederlandsch bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1932, p. 201-230.

15 M. Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris: Gallimard 1975, p. 197 e.v.; J. Bentham, *The Panopticon Writings* (bezorgd door M. Bozovic). London: Verso 1995.

16 Vgl. P. Westerman, *Outsourcing the Law. A Philosophical Perspective on Regulation*, Cheltenham: Edward Elgar 2018, hoofdstuk 9; M. Castells, *The Rise of the Network Society*, Londen: Blackwell 2000.

blieke verantwoordelijkheden, functioneren moderne bestuursnetwerken maar al te vaak als de zwarte gaten waarin die verantwoordelijkheden restloos lijken te verdwijnen.¹⁷ De Groninger gaswinningskwestie is daarvan een schrijnend voorbeeld. De bijzondere bestuursrechtelijke procedure die onlangs werd geschapen ter afwikkeling van de schade is zeker een stap in de goede richting, maar het blijft merkwaardig dat er fakkeltochten en liederen van cabaretiers voor nodig zijn geweest voordat het zover heeft kunnen komen.¹⁸



Lukas van den Berge

Foto: André van Haasteren Fotografie

Het Groninger gasgebouw is een vroege manifestatie van schijnbaar horizontaal netwerkbestuur zoals dat in de jaren tachtig en negentig op verschillende manieren zou uitgroeien tot de dominante bestuursvorm. Of het nu gaat om de ruimtelijke ordening, de zorg, het onderwijs of de wetenschap: op al deze terreinen trekt de overheid zich zogenaamd terug, het oude hiërarchische model van 'command and control' vervangend door technieken van indirecte sturing – het sturen van het sturen, aldus Foucault.¹⁹ Daarmee dringt zij des te dwingender tot het maatschappelijk domein door, maar blijft zij desalniettemin vaak onder de radar van het bestuursrecht als bijzonder inhoudelijk en procedureel juridisch regime. Anders dan vaak wordt gedacht heeft die ontwikkeling met een herwaardering van de vrije samenleving niets te maken. Juist vanachter een rookgordijn van consensualisme en samenwerking is het moderne bestuur in staat die samenleving naar de hand te zetten en tot in de haarvaten te micromanagen. 'Technologies of autonomy',

noemt de Britse socioloog Nikolas Rose dat treffend.²⁰ Of: besturen door vrijheid, zoals de Rotterdamse sociologen Willem Schinkel en Friso van Houdt het uitdrukken.²¹ Het moderne bestuur gunt zijn burgers en hun maatschappelijke organisaties een zogenaamde autonomie, maar tuigt meteen ook een fijnmazig stelsel van benchmarks, prestatieafspraken en financiële prikkels op dat gemakkelijk voorspelbaar maakt hoe zij van hun georkestreerde vrijheid gebruik zullen maken. Het keukentafel managerialisme in het vernieuwde sociaal domein, de DBC terreur in de zorg en de bureaucratisch-bedrijfsmatige logica die het moderne universitaire leven beheerst zijn daarvan nog maar enkele voorbeelden.²²

Hoe zou nu vorm kunnen worden gegeven aan een stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming dat tegen het moderne veelvormige en vaak of afstand opererende bestuur het juiste weerwerk biedt? Een bestuursrechtelijke theorie die het wezen van bestuurlijke machtsuitoefening blijft zoeken in de eenzijdige vaststelling van andermans rechtspositie valt niet in overeenstemming te brengen met een praktijk van 'het sturen van het sturen' waarin de macht van het bestuur zich grotendeels op meer verholde wijze laat gelden. De memorie van toelichting bij de eerste tranche van de Algemene wet bestuursrecht benadrukt het 'in hoofdzaak codificerend en harmoniserend karakter' van de wet; een op 'fundamentele en dogmatische beschouwingen' berustende visie werd gezien als een olifant die het uitzicht belemmert.²³ Op die manier kon het gebeuren dat een tweeslachtig stelsel vorm kreeg dat enerzijds uitgaat van een op ongeschreven beginselen gefundeerde rechtsbetrekking tussen bestuur en burger en anderzijds vasthoudt aan het besluitbegrip als het alfa en omega van het bestuursrechtelijk geding.²⁴ Met de opkomst van de netwerksamenleving kunnen we ons een dergelijke pragmatische behoudzucht niet langer veroorloven. Niet het nemen van besluiten, maar de uitoefening van bestuursmacht – in welke vorm ook – is de kern

17 De wijze waarop genetwerkte bestuursmacht zich onzichtbaar pleegt te maken is fraai geanalyseerd in: W. Brown, *Undoing the Demos. Neoliberalism's Stealth Revolution*, New York: Zone Books 2015, hoofdstukken 2, 3 en 4, alsmede in: J.S. Davies, *Challenging Network Governance: From Networks to Hegemony*, Bristol: Policy Press 2011.

18 Zie ook L. van den Berge, 'Gouvernementaliteit en rechtsbescherming: Groninger gas, sociaal domein en de ongreepbare overheid', *NJB* 2018/820, met verdere verwijzingen.

19 M. Foucault, 'Le sujet et le pouvoir', in: *Dits et écrits IV*, Parijs: Gallimard 1994, p. 237: 'L'exercice de pouvoir consiste à 'conduire des conduites' et à aménager la probabilité.'

20 N. Rose, *Governing the Soul. The Shaping of the Private Self*, Londen: Routledge 1999 [1989], p. 244 e.v.

21 W. Schinkel & J.F. van Houdt, 'Besturen door vrijheid. Neoliberaal communarisme en de verantwoordelijke burger', *Bestuurskunde* 2010, p. 12-21.

22 Zie voor de uitdagingen waarmee privatisering en deregulering het Nederlandse bestuursrecht confronteren onder meer de onder het thema 'ontstating' gerubriceerde bijdragen in R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In het nu... wat worden zal. Over toekomstig bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

23 *Kamerstukken II 1988/89, 21221, 3*, p. 11. Vgl. M. Rutte, 'Nederland bij de tijd brengen: verandering én zekerheid', *H.J. Schoolezing 2013*, beschikbaar via www.rijksoverheid.nl: 'Laat ik [...] allereerst de olifant die daar in de hoek staat een hand geven. U hebt hem vast ook zien staan. 'VISIE', staat er in hoofdletters op. [...] Een land, een samenleving past niet in een mal. Waar ik wel in geloof is visie als perspectief voor mensen.'

24 Vgl. o.a. M. Schreuder-Vlasblom, 'Tweepolig procesrecht; over de aanvulling van rechtsgronden en feiten in het geding volgens het procesrecht van de Awb', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Bju 2010, p. 411-429.

van het besturen. Alleen een bestuursrechtelijk stelsel van macht en tegenmacht dat zulks onderkent is zelf wendbaar genoeg om tegen het moderne proteïsche overheidswezen opgewassen te zijn.

Anne Meuwese²⁵

De ambitie van de Awb-gemeenschap

In zijn bijdrage aan de bundel '25 jaar Awb' schrijft Lukas van den Berge dat het "typerend [is] voor het Nederlandse bestuursrecht dat het disfunctioneren van het bestuursbesluit als centraal object van het bestuursrechtelijk geding tot op de dag van vandaag geen reden is geweest het stelsel op dit punt in fundamentele zin te herzien".²⁶ Hij wijst erop dat "stelselwijzigingen in het Nederlandse bestuursrecht [...] al sinds jaar en dag uit de koker van verdeelde commissies waarvan de leden hun verschillen van inzicht plegen te maskeren in dikke rapporten die moeizame compromissen bevatten of controversiële kwesties geheel uit de weg gaan"²⁷ komen. Uit dit citaat spreekt een zeker pessimisme ten aanzien van de hervormingsgezindheid van de 'Awb-gemeenschap'. Hier zou ik een dosis optimisme tegenover willen zetten, die gepaard gaat met een bepaalde interpretatie van het verhaal van de Awb tot nu toe.

Mijn stelling luidt dat het succes van de Awb ons als gemeenschap juist het vertrouwen heeft gegeven buiten de gebaande paden te denken. De huidige discussies over een hardheidsclausule²⁸ en een vergisrecht²⁹ zijn illustratief voor een verschuiving in het ambitieniveau dat wij collectief voor ogen hebben voor de Awb. We zouden het een volgende stap in "de emancipatie van het bestuursrecht"³⁰ kunnen noemen. Hoe dan ook, er hangt wel degelijk hervormingsgezindheid in de lucht.

Is de Awb inderdaad een succes? De redacteuren van de bundel '25 jaar Awb' concluderen dat "de Awb in het licht van haar doelstellingen een geslaagde wet is. De Awb stond aan de wieg van de 'groei en bloei' van het algemeen deel van het bestuursrecht, heeft het bestuursrecht weten te binden en de autonomie van dit rechtsgebied sterk bevorderd. De aandacht voor het algemeen deel is in een kwart eeuw tijd tot volle wasdom gekomen."³¹

Na 25 jaar is de Awb een 'instituut'. Wanneer is nu, in algemene zin, een instituut een succes? Er wordt wel eens gezegd dat dit het geval is als het zichzelf overbodig heeft weten te maken. De normen die het instituut moest promoten, zijn gaandeweg ook de sociale normen geworden. Het tegenovergestelde ligt echter ook voor de hand: je bent als instituut een succes als niemand meer om je heen kan. Voor de Awb is allebei een beetje waar. We zijn zo aan haar gewend geraakt dat we sommige bepalingen, vooral de definitiebepalingen, onderhand eigenlijk wel zou kunnen missen. Tegelijkertijd heeft de Awb ook dermate groot gezag, dat een afwijkende oplossing in bijzondere wetten stevig beargumenteerd moet worden. Ik zou willen betogen dat we hiermee de juiste voedingsbodem te pakken hebben voor een nieuw, hoger ambitieniveau dan oorspronkelijk gehanteerd is.

Dat oorspronkelijke ambitieniveau kan vandaag de dag op behoorlijk wat kritiek rekenen. Van regeringscommissaris Scheltema is bekend dat hij het betreurt dat de doeleinden destijds wat beperkt zijn gehouden.³² Misschien was het echter achteraf gezien juist wel een slimme strategie, zoals Peter van Lochem in zijn bijdrage ook suggereert:³³ de bewuste vaagheid van de Awb-doelstellingen heeft de ruimte geschapen om een dergelijk wetgevingsmonument mogelijk te maken. De (ondragelijke?) lichtheid van de oorspronkelijke ambities heeft een organische ontwikkeling in de hand gewerkt. In strategische termen: eerst zorg je dat je een positie verwerft en als je onmisbaar bent geworden, pak je door.

25 Prof. dr. A.C.M. Meuwese is hoogleraar Europees en vergelijkend publiekrecht aan de Tilburg Law School.

26 L. van den Berge, 'Macht en tegenmacht in de netwerksamenleving', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 11.

27 Ibid.

28 M. Scheltema, 'Wetgeving in de responsieve rechtsstaat', *RegelMaat* 2018/3, p. 121-132.

29 Zie de bijdrage van Willem Konijnenbelt aan de bundel '25 jaar Awb', voor meer informatie over het in Frankrijk geïntroduceerde 'recht op herstel van een vergissing': W. Konijnenbelt, 'De Franse Awb-II. De Code des relations entre le public et l'administration, 499-510', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 508.

30 J.A.F. Peters, 'Verbonden begrippen. Over de verhouding tussen de subject-begrippen bestuursorgaan en rechtspersoon', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 269; G. Jurgens, 'De rol van de wetgever in de concurrentie tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke bevoegdheden', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 296.

31 T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. XI.

32 M. Scheltema, 'Rechtseenheid of rechtsstaat als doelstelling van de Awb?', *NJB* 2015/814.

33 P. van Lochem, 'Codificatie en andere doelstellingen. Over de houdbaarheid van de Awb', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 82.