

STERFT, GIJ OUDE VORMEN EN GEDACHTEN!

Grondslagen van een responsief bestuursrecht

Lukas van den Berge*

Van oudsher is het Nederlandse stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming sterk geënt op de klassieke noties van een ondeelbaar algemeen belang en verticale publiekrechtelijke verhoudingen. In een tijd van voortgaande privatisering en fragmentarisering van de publieke ruimte zijn die uitgangspunten steeds verder onder druk komen te staan. Inmiddels lijkt het klassieke stelsel zelfs dusdanig werkelijkheidsvreemd dat het in zijn starre klassieke vorm onhoudbaar is geworden. Pogingen om het vanuit de eigen logica te herzien zijn onbevredigend en deels ook onvruchtbaar gebleken. Daarom is het hoog tijd ook de grondbegrippen van het stelsel zelf kritisch te heroverwegen. Hoe zou eventueel vorm kunnen worden gegeven aan een 'responsief bestuursrecht' dat tegemoetkomt aan hedendaagse maatschappelijke behoeften maar tegelijkertijd oog houdt voor de klassiek-rechtsstatelijke beginselen waarop het traditioneel is georiënteerd?



Lukas van den Berge
**Bestuursrecht tussen
autonomie en verhouding.
Naar een relationeel
bestuursrecht**

Diss. UU, Den Haag: Boom juridisch
2016, 360 p., € 66,50

Lukas van den Berge promoveerde op 8 november 2016 aan de UU met het proefschrift *Bestuursrecht tussen autonomie en verhouding. Naar een relationeel bestuursrecht*. Promotoren waren prof.mr.dr.s. A.M. Hol en prof.dr. B.J. Schueler.

1 Inleiding

Naar men zegt liet baron Von Münchhausen zich op een kanonskogel afvuren naar een belegerde stad en keerde hij op een in tegenovergestelde richting afgevuurde kogel weer terug. Met gemak sprong hij met paard en al door de openstaande ramen van een rijdende koets. Maar het beroemdste is wellicht de wonderlijke daad die hij verrichtte toen hij tijdens de jacht stuitte op een zompig moeras. In achtervolging op een haas zette hij zijn paard aan over het moeras

heen te springen. Maar toen hij ontdekte dat de aanloop te kort genomen was, liet hij het dier midden in de lucht rechtsomkeert maken. Ook de tweede keer was de sprong te kort, zodat de baron met paard en al in het moeras viel en in de modder wegzakte. Het paard begon van angst te hinniken. Weldra dreigde het moddergraf zich boven hem en zijn berijder te sluiten. Maar de baron behield zijn tegenwoordigheid van geest, pakte met krachtige greep zijn pruik en trok zichzelf met paard en al uit de klei omhoog. Het was een hele hijs, dat moest de baron toegeven. Maar uiteindelijk kwamen paard en ruiter beiden weer op vaste grond terecht.¹ Na zijn dood in 1797 werd de baron begraven in het huidige Kemnade, niet ver van Hannover. Kwade tongen wagen sindsdien zijn heldenverhalen te betwijfelen en noemen hem wel de leugenbaron. Maar wie schetst de verbazing van de werklieden die in 1953 zijn graf openden?

¹Toen de doodskest openging, viel de mannen het gereedschap uit de handen; in de kist lag geen geraamte, maar een slapend mens met haar, huid en een gezicht [...]. Een breed, rond, gaaf gelaat met een scherpe neus en een bijna lachende mond.²

Het grofweg tweehonderd jaar oude Nederlandse bestuursrecht – arbitrair gerekend vanaf het Conflictbesluit uit 1821 – biedt een minder florissante aanblik. Van oudsher is het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming sterk geënt op de noties van een ondeelbaar algemeen belang en ver-

* Mr. L. van den Berge is universitair docent aan de Erasmus School of Law, vakgroep Sociologie, Theorie en Methodologie van het Recht en oud-redacteur van dit blad.

1 R.E. Raspe, *De wonderlijke avonturen van Baron von Münchhausen*, Amsterdam: Pantheon 2015 [1785].

2 J. Steinz & P. Steinz, *Steinz – Gids voor de wereldliteratuur*, Amsterdam: Nieuw Amsterdam 2015, p. 439.

ticale publiekrechtelijke verhoudingen. Het kwam tot ontwikkeling vanuit de idee van de staat als soeverein heerser, hoog uittorend boven zijn burgers en stevig in het bezit van een ongebonden en ondeelbaar publiek *imperium*.

Het ooit zo onaantastbaar geachte publieke imperium ligt in scherven uiteen, opgeknipt en uitbesteed aan een veelheid van internationaal, decentraal of alleen op bepaalde beleidsterreinen opererende publieke en private actoren

In de huidige tijd van privatisering, individualisering, decentralisering en internationalisering is dat uitgangspunt steeds verder onder druk komen te staan. Het ooit zo onaantastbaar geachte publieke *imperium* ligt in scherven uiteen, opgeknipt en uitbesteed aan een veelheid van internationaal, decentraal of alleen op bepaalde beleidsterreinen opererende publieke en private actoren. Vertrouwend op 'new public management' besteedt de overheid niet alleen van alles en nog wat uit aan private partijen, maar transformeert zij ook zelf steeds meer tot private partij. Andersom schikken burgers zich jegens de overheid niet langer vanzelfsprekend in een rol als onderdaan, maar manifesteren zij zich steeds nadrukkelijker als 'klant' of 'coproducent van beleid'.³ Een coherent dogmatisch antwoord op de horizontalisering en fragmentarisering van de publieke ruimte is tot nog toe uitgebleven. Op grond van de eigen klassieke logica kan het Nederlandse bestuursrecht zich niet op bevredigende wijze hervormen. Of het nu gaat om de strategische verruiming van het besluitbegrip, bestuurlijke en rechterlijke lussen, verraderlijke trechters en fuiken, de ontwikkeling van allerlei nevendicta of de beperking van de omvang van het geding: wanhopig rukt het Nederlandse bestuursrecht nu al enkele decennia aan zijn eigen prui. Anders dan baron Von Münchhausen zakt het echter steeds dieper weg in de drassige bodem. Om aan een zeker moddergraf te ontkomen is iets anders nodig: een fundamentele doordenking en heroverweging van de fundamenten van het Nederlandse bestuursrecht *zelf* (zie kader).

Wanhopig rukt het Nederlandse bestuursrecht nu al enkele decennia aan zijn eigen prui. Anders dan baron Von Münchhausen zakt het echter steeds dieper weg in de drassige bodem

Aan een dergelijke hernieuwde doordenking heb ik in mijn proefschrift een bijdrage willen leveren. Op grond van welke overwegingen kreeg het klassieke,

Tweepolig procesrecht

Aan het objectieve, op algemene rechtshandhaving gerichte besluitenprocesrecht kleven allerlei praktische bezwaren die men de afgelopen decennia heeft willen ondervangen door allerlei 'subjectiverende' en 'finaliserende' elementen in het stelsel op te nemen. De objectieve grondstructuur van het bestuursproces bleef echter ongewijzigd. Op die manier ontstond een 'tweepolig procesrecht' dat niet alleen theoretisch ondoordacht is, maar ook allerlei praktische nadelen heeft. Zie verder o.a. M. Schreuder-Vlasblom, 'Tweepolig procesrecht', in: T. Barkhuysen e.a., *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2010, p. 411-429; D. Allevijn, *Tussen partijen is in geschil... De bestuursrechter als geschilbeslischer* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu 2011. Zie ook S.E. Zijlstra, 'E.M.H. Hirsch Ballin, Dynamiek in de bestuursrechtspraak. Over de betekenis van veranderingen in economie, politiek en samenleving voor de bestuursrechtelijke rechtsontwikkeling' (boekbespreking), *NTB* 2015/16, p. 128; 'De discussie over [het bestuursrecht] is vastgelopen [...]. Er is grote behoefte aan een meer principiële beschouwing [...]. Zie voor de noodzaak van diepere doordenking van de theorie van het bestuursrecht (niet alleen in Nederland, maar ook elders in Europa) in het bijzonder ook A. von Bogdandy, 'Verwaltungsrecht im europäischen Rechtsraum', in: A. von Bogdandy, S. Cassese & P.M. Huber (red.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum* (band 4), Heidelberg: C.F. Müller 2011, p. 4-7.

verticaal ingerichte en op het onverdeelde algemeen belang georiënteerde bestuursrecht oorspronkelijk zijn gestalte? Vanuit welke theoretische uitgangspunten zou eventueel vorm kunnen worden gegeven aan een 'responsief' stelsel van rechtsbescherming tegen de overheid dat tegemoetkomt aan de 'gefragmentariseerde' en 'gehorizontaliseerde' sociale werkelijkheid van het publiekrecht, maar tegelijkertijd recht blijft doen aan wat wel wordt beschouwd als de 'eigen aard' van publiekrechtelijke verhoudingen? Ter beantwoording van dergelijke vragen is meer nodig dan het gebruikelijke zuiver dogmatische of het sterk op het oplossen van dringende praktische problemen gerichte bestuursrechtelijke onderzoek alleen. Een grondslagenonderzoek naar het Nederlandse bestuursrecht zal zich ook moeten bezighouden met politiek-ideologische en andere theoretische voorstellingen die voor de vertrouwde grammatica van het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming bepalend zijn, maar in het rechtsgeleerde discours zelden worden geëxpliciteerd. In hoeverre is er vandaag de dag nog plaats voor de gedachte dat het publiekrecht ten opzichte van het privaatecht over een 'eigen aard' beschikt? Hoe moet het verder met het besluitbegrip? Is de bestuursrechtelijke relativiteitseis een goed idee en zo ja, hoe zou die eis dan nader gestalte moeten krijgen? Is er binnen moderne bestuursrechtelijke verhoudingen nog ruimte voor het klassieke leerstuk van 'marginale toetsing'?

Ik hoop dat mijn proefschrift kan helpen tot nog toe veelal impliciet gebleven vooronderstellingen die aan verschillende oplossingsrichtingen ten grondslag liggen te ontsluiten en vatbaar te maken voor reflectie en discussie

3 Zie, onder veel meer, *De toekomst van de nationale rechtsstaat* (rapport WRR), Den Haag: Sdu 2002 en de verschillende bijdragen in M. Ruffert (red.), *The Transformation of Administrative Law in Europe. La mutation du droit administratif en Europe*, München: Sellier 2006. Zie voor verdere verwijzingen naar de 'neoliberale' sociale en institutionele context van het bestuursrecht o.a. L. van den Berge, 'The Relational Turn in Dutch Administrative Law', *Utrecht Law Review* 2017, p. 99-111 en van dezelfde auteur, 'Rethinking the Public-Private Divide in the Neoliberal Era. A Comparative Analysis of French, English and Dutch Law', *Public Law* 2017 (te verschijnen).

Al die vragen komen in mijn proefschrift uitgebreid aan bod. Niet altijd leidt dat tot direct toepasbare aanbevelingen. Wel hoop ik dat mijn proefschrift kan helpen tot nog toe veelal impliciet gebleven vooronderstellingen die aan verschillende oplossingsrichtingen ten grondslag liggen te ontsluiten en vatbaar te maken voor reflectie en discussie, zodat uiteindelijk een fundament kan worden gevonden voor een stabiel en legitiem stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming dat niet langer wegzinkt in de zompige modder.

2 'Autonoom' en 'relationeel' recht

Hoe nu aan zo'n grondslagenonderzoek nader vorm te geven? In mijn proefschrift voer ik het klassieke, op verticale verhoudingen en het onverdeelde algemeen belang georiënteerde Nederlandse bestuursrecht terug op een 'autonoom' rechts- en staatsfilosofisch ideaal dat de publieke orde begrijpt als de kunstmatige schepping van autonome individuen. In een beroemde rechtssociologische studie spreken Nonet en Selznick in dit verband van 'autonomous law', waarvan de opkomst kan worden verklaard als een reactie op de 'repressive law' die premoderne samenlevingen zou kenmerken.⁴ 'Autonoom recht' is gegrondvest op het ideaal van een 'government of laws and not of men'.⁵ Het gaat uit van een strikte scheiding tussen *recht* en *beleid*, corresponderend met een scherpe grenslijn tussen rechterlijke taken enerzijds en die van de wetgever en het bestuur anderzijds. Ter vestiging van zijn legitimiteit vertelt het autonome recht het retorische 'verhaal' van vrije individuen die slechts zijn gebonden door de wetten die zij zichzelf hebben opgelegd.⁶ In de late negentiende eeuw werd aan dat verhaal vaak een nogal formalistische invulling gegeven, die kort gezegd inhoudt dat de burger alles mag tenzij een voldoende specifieke wettelijke bepaling daaraan in de weg staat, terwijl de overheid alleen mag handelen op grond van bevoegdheden die haar door de wet zijn verleend. De rol van de rechter blijft beperkt tot wetstoepassing, waarbij hij zich niet mengt in politieke conflicten en beleidsbeslissingen overlaat aan de democratisch gecontroleerde wetgever. Daarbij past het beeld van rechters als onafhankelijke, enigszins buitenmaatschappelijke 'men learned in the laws', 'passive dispensers of a received, impersonal justice'.⁷

De idee van een 'rule of law, not men' heeft ontegenzegglijk grote verdiensten. Zij staat evenwel soms op gespannen voet met concrete maatschappelijke behoeften

De idee van een 'rule of law, not men' heeft ontegenzegglijk grote verdiensten. Zij staat evenwel soms op gespannen voet met concrete maatschappelijke behoeften. 'Legality', schrijven Nonet en Selznick, 'is the promise of autonomous law; legalism is its affliction.' Een al te grote nadruk op formele regels vermindert het aantal juridisch relevante feiten, zodat het recht op afstand komt te staan van de sociale realiteit.

Het resultaat is 'legalism', begrepen als een rechtsopvatting die primair geënt is op de zuiverheid van de rechtsorde *in abstracto* en niet op maatschappelijke omstandigheden *in concreto*. Dat maakt de autonome rechtsopvatting weinig praktisch van aard. In haar gerichtheid op formele zuiverheid neigt zij tot miskenning van concrete maatschappelijke doelen en behoeften. Haar blik is immers in de eerste plaats gericht op de algemene 'rationeel-legale' orde en niet op hetgeen nodig of wenselijk is binnen concrete sociale verhoudingen.⁸ De moderne rechtstheorie laat zich voor een belangrijk deel beschrijven als een zoektocht naar een model waarin de uitwassen van 'autonomous law' worden teruggedrongen zonder de waardevolle elementen ervan geheel in te leveren.⁹ Vergaande hervormingen werden onder andere bepleit onder de vlag van de Duitse *Interessenjurisprudenz* van Rudolf von Jhering en zijn navolgers, die stelden dat niet de formele regel, maar het maatschappelijke 'Zweck' de 'Schöpfer des ganzen Rechts' is.¹⁰ Verwante opvattingen werden in de vroege twintigste eeuw onder meer verkondigd door de Amerikaanse rechtsrealisten, die stelden dat het recht meer tegemoet zou moeten komen aan algemene maatschappelijke behoeften. Een gevaar van dergelijke benaderingen is dat zij gemakkelijk kunnen uitmonden in een instrumentele rechtsopvatting die de idee van een door autonome en rationele individuen geschapen 'rationeel-legale orde' geheel links laat liggen, zodat de waarden die zij vertegenwoordigt al snel worden opgeofferd aan de bewerkstelling van allerlei bovenindividuele maatschappelijke doelen.¹¹

In vergelijking tot het autonome model biedt de idee van relationeel recht de mogelijkheid het juridische blikveld aanzienlijk te verruimen

De kunst is daarom een model te vinden dat zich rekenschap geeft van de spanning tussen 'autonoom recht' enerzijds en de contextualisering van rechtsposities binnen concrete sociale verhoudingen anderzijds. Nonet en Selznick spreken in dit verband van 'responsive law', begrepen als een rechtsopvatting die rekening houdt met particuliere relaties en de bredere maatschappelijke context van het recht, maar daarbij niet vergeet zelfstandige waarde toe te kennen aan de autonome vrijheid van individuele rechtssubjecten en aan de wettelijke en andere meer formele algemene rechtswetten die daarop rechtstreeks zijn geënt.¹² Vanwege haar sterke oriëntatie op concrete en maatschappelijke *verhoudingen* duid ik die rechtsopvatting in mijn proefschrift aan als *relationeel recht*.¹³ In vergelijking tot het autonome model biedt de idee van relationeel recht de mogelijkheid het juridische blikveld aanzienlijk te verruimen. In het moderne Nederlandse privaatrecht is daarvan met name vanaf de vroege twintigste eeuw dankbaar gebruik gemaakt. Een doorbraak arrest is in dit verband natuurlijk *Lindenbaum/Cohen* uit 1919, waarin werd bepaald dat rechtssubjecten niet alleen de wet in acht dienen te nemen, maar bovendien verplicht zijn de 'zorgvuldigheid' te betrachten 'welke in het

4 Ph. Nonet & Ph. Selznick, *Law and society in Transition. Toward Responsive Law*, New Brunswick: Transaction Publishers 2001 [1978], p. 53 e.v.

5 Constitution of the Commonwealth of Massachusetts, deel 1, art. 30.

6 Vgl. o.a. W.J. Witteveen, *De retoriek in het recht* (diss. Leiden), Zwolle: Tjeenk Wilink 1988, p. 404 e.v.

7 Nonet & Selznick 2001 [1978], p. 56-60.

8 Nonet & Selznick 2001 [1978], p. 64-65.

9 Vgl. o.a. J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1992, p. 15 e.v.

10 Zie o.a. R. von Jhering, *Der Zweck im Recht*, Leipzig: Breitkopf 1923 [1877]: 'Der Zweck ist der Schöpfer des ganzen Rechts' (motto).

11 Zie o.a. J. Frank, 'Mr. Justice Holmes and Non-Euclidian Legal Thinking', *Cornell Law Review* 1932, p. 586: 'All those known as legal realists or legal sceptics are eager [...] to improve the judicial system, to make it more efficient, more responsive to social needs, more "just", if you like that word.'

12 Nonet & Selznick 2001 [1978], p. 74-75.

13 Vgl. o.a. J.L.M. Gribnau, *Rechtsbetrekking en rechtsbeginselen in het belastingrecht* (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1990; R.M.G.E. Foqué & A.C. 't Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming*, Arnhem: Gouda Quint 1990; R.M.G.E. Foqué, *De ruimte van het recht* (oratie Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1992.

maatschappelijk verkeer betaamt ten aanzien van eens anders persoon of goed'.¹⁴ Terwijl het privaatrecht zich aldus in 'relationele' zin hervormde, bleef het Nederlandse publiekrecht lange tijd goeddeels autonoom van aard. Pas betrekkelijk recent is daarin verandering gekomen. Zo introduceerde de memorie van toelichting bij de eerste tranche van de Awb de figuur van de 'wederkerige bestuursrechtelijke rechtsbetrekking'. Bestuur en burger staan volgens de wetgever niet langer slechts in een eenzijdige verticale verhouding; in plaats daarvan zou tussen hen een juridische betrekking bestaan die vooral voor het bestuur juridische beginselverplichtingen met zich brengt, maar ook voor de burger bepaalde plichten oplevert.¹⁵ Met andere woorden: de wetgever verruimt het 'autonome' model van juridische kunstmatigheid door het 'relationele' uitgangspunt van voorpositieve juridische betrokkenheid tussen burger en overheid die voor beide partijen niet zonder gevolgen blijft.¹⁶

Hoe kan een relationeel, minder 'autistisch' bestuursrecht gestalte krijgen zonder daarbij al te zeer in te boeten op de klassieke waarden van het autonome recht?

De 'relationele' hervorming van het privaatrecht in het interbellum kon al snel op breed draagvlak rekenen. Zo groeide *Lindenbaum/Cohen* uit tot algemeen gekoesterd symbool van 'open' en meer 'relationeel' privaatrecht dat niet langer wordt begrepen als een 'autonoom' systeem van algemene wetsbevelen die de rechtssubjecten 'zichzelf' hebben opgelegd, maar als stelsel dat ten diepste wordt beheerst door 'zorgvuldigheid', 'goede trouw' en 'redelijkheid en billijkheid' als intersubjectieve, 'door ons zedelijk [...] bewustzijn gedragen' beginselen die aan het geschreven recht vooraf gaan en hun definitieve gestalte pas krijgen binnen concrete sociale verhoudingen.¹⁷ Relationele hervorming van het bestuursrecht ligt veel gevoeliger. De weerzin tegen het principiële, maar hoogst onpraktische, zelfs 'haast autistische' autonome bestuursrecht van weleer wordt breed gedeeld.¹⁸ Tegelijk zijn velen bevreesd voor een 'wederkerig bestuursrecht' waarin de uitoefening van overheidsgezag voortaan al te zeer wordt gezien in het licht van particuliere verhoudingen. Met name is men daarbij gekant tegen een wederkerigheidsconcept dat analoog aan het privaatrecht wordt ingevuld. De meer 'horizontale' verhoudingen die daarbij zouden ontstaan zijn volgens critici zelfs 'strijdig met de fundamentele uitgangspunten van het bestuursrecht'.¹⁹ Aldus dringt zich de vraag op hoe het bestuursrecht tegemoet kan komen aan maatschappelijke behoeften en concrete verhoudingen *inter partes* zonder zijn traditionele publiekrechtelijke oriëntatie op de 'rationeel-legale orde' *erga omnes* en de daarvan afgeleide rechtsposities van vrije en gelijke individuen te veel te veronachtzamen. Met andere woorden: hoe kan een relationeel, minder 'autistisch' bestuursrecht gestalte krijgen zonder daarbij al te zeer in te boeten op de klassieke waarden van het autonome recht?

3 'Autonome pathologieën'

Voor een dieper begrip van de weerstand tegen de 'relationele' hervorming van het bestuursrecht is het nuttig en instructief kennis te nemen van de rechts-culturele en intellectueel-historische wortels van het 'autonome' bestuursrecht waarmee wij van oudsher vertrouwd zijn. Een prominent 'geestelijk vader' van het huidige bestuursrecht is de jurist en politicus J.A. Loeff (1858-1921), die zich rond 1900 ontwikkelde tot de belangrijkste voorvechter van onafhankelijke bestuursrechtspraak. Loeffs model van bestuursrechtelijke rechtsbescherming is expliciet gericht op de bevrijding van burgers uit de klauwen van een ongeschreven 'zedelijkheid' die hen zou opzadelen met allerlei onduidelijke juridische plichten. Met vage ideeën over 'justitia', schrijft Loeff fel, 'heeft de jurist niets te maken'. Hij kan 'wat zij voorschrijft niet tot een systeem verknoeden, noch er eene methode op toepassen'. Het enige dat hem aangaat is het formele recht dat is uitgevaardigd door de staat als 'mit Imperium ausgestatteter Herr', die in zijn 'machtvolkomenheid' als enige de mogelijkheid heeft rechten en juridische plichten op te leggen.²⁰ Anders dan in het privaatrecht behelst publiekrechtelijke rechtspraak niet in de eerste plaats een 'beslissing [...] van een tusschen twee partijen loopend geschil', maar slechts een abstract oordeel aan de hand van het objectieve recht.²¹ Die logica vereist dat de overheid zich in al haar handelen nooit specifiek verhoudt tot concrete individuen, maar zich steeds uitsluitend 'jegens allen' verbonden weet aan de bewerkstelling van het algemeen belang. Aldus richt het loeffiaanse bestuursrecht zich niet op bijzondere verhoudingen of particuliere omstandigheden, maar slechts op een situatie waarin uiteindelijk 'ieder het zijne' krijgt toebedeeld. Een dergelijke positivistische en abstracte rechtsopvatting doet ons tegenwoordig misschien vreemd aan, maar kan worden begrepen vanuit de 'autonome' gedachte van de publieke orde als artificieel construct, als 'kunstwerk' dat haar subjecten bevrijdt uit een barre natuurtoestand waarin slechts het recht van de sterkste heerst en het individu voor zijn bestaanszekerheid is overgeleverd aan interpersoonlijke (lees: feodale) afhankelijkheidsverhoudingen. Onderwerping aan de staat als kunstmatige reus, een almachtige Leviathan, is paradoxaal genoeg de enige garantie voor de vestiging en de bescherming van ieders gelijke vrijheid.²²

De gemene rechtsleer gaat uit van het privaatrecht als het organische, van onderop tot ontwikkeling gekomen en horizontaal georiënteerde algemene recht, dat behalve gewone burgers in beginsel ook de overheid bindt

Hoewel het door Loeff ontwikkelde model nooit werd ingevoerd, wierp de door hem ontwikkelde visie op bestuursrecht als *kunstmatig recht* haar schaduw ver vooruit. Bij gebrek aan een stelsel van bestuursrechtspraak besloot de Hoge Raad in arresten als *Guldmond/Noordwijkerhout* (1915)

¹⁴ HR 31 januari 1919, NJ 1919, p. 161, m.nt. W.L.P.A. Molengraaff (*Lindenbaum/Cohen*).

¹⁵ Kamerstukken II 1988/89, 21221, 3, p. 12.

¹⁶ Vgl. o.a. reeds E.M.H.

Hirsch Ballin, 'Wederkerig bestuursrecht', *RM Themis* 1989, p. 1-4 en geactualiseerd in 'Dynamiek in de bestuursrechtspraak', in: *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter* (preadviezen VAR), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 7-58.

¹⁷ G.E. van Maanen, *De Zutphense juffrouw en de ontrouwe bediende van Lindenbaum*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999, p. 9 e.v.

¹⁸ D. Allewijn, *Tussen partijen is in geschil... De bestuursrechter als geschilbeslechter* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu 2011, p. 147.

¹⁹ J.C.A. de Poorter & K.J. de Graaf, *Doel en functie van bestuursrechtspraak: een blik op de toekomst*, Den Haag: Raad van State 2011, p. 99-100. Zie verder o.a. J.B.J.M. ten Berge, *Burgerplichten jegens de overheid* (afscheidrede Utrecht), Deventer: Kluwer 2007 en R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat* (band 1), Deventer: Kluwer 2010, p. 48-50, met verdere verwijzingen.

²⁰ J.A. Loeff, *Publiekrecht tegenover privaatrecht* (diss. Leiden), Leiden: Ildo 1887, p. 7.

²¹ Loeff 1887, p. 67.

²² Vgl. o.a. Van den Berge, *Utrecht Law Review* 2017, p. 102-103; L. van den Berge, 'Het schelpdier en zijn schelp. Johannes Theodoor Buys (1826-1893) over administratieve rechtspraak', in: D. de Ruysscher e.a. (red.), *Rechtsgeschiedenis op nieuwe wegen. Legal history, moving in new directions*, Antwerpen: Maklu 2015, p. 133-168.

en Ostermann (1924) het gat in de rechtsbescherming tegen de overheid deels zelf op te vullen.²³ Daartoe maakte de Raad gebruik van de leer van het 'gemene recht', oorspronkelijk van Duitse makelij maar nergens anders enthousiaster omhelsd dan in Nederland.²⁴ De gemene rechtsleer gaat uit van het privaatrecht als het organische, van onderop tot ontwikkeling gekomen en horizontaal georiënteerde algemene (=gemene) recht, dat behalve gewone burgers in beginsel ook de overheid bindt. Dat wil zeggen: behalve voor zover 'zij er bij de wet geen vrijdom van gekregen heeft', zoals Hamaker het zo mooi zegt.²⁵ Tenzij een voldoende expliciete wettelijke bepaling anders bepaalt is niet de *staat* soeverein, maar het privaatrecht als het 'gemene recht', begrepen als het 'den menschen van nature ingeschapen bewustzijn van recht en onrecht'. Alleen binnen een door de wetten afgebakende publiekrechtelijke 'uitzonderingsruimte' gaat die fundamentele rechtsonderworpenheid niet op en herleeft de soevereiniteit van de staat en het kunstmatige wetspositivisme van Loeff, die de overheid toerust met een artificieel 'hoogheidskarakter' dat horizontale en wederkerige verhoudingen geheel uitsluit. Buiten het kunstmatige uitzonderingsgebied van het publiekrecht vallen overheid en burger evenwel te beschouwen als elkaars 'Rechtsgenossen', beiden met hun 'ganzes Können und Dürfen' overgeleverd aan geschreven en ongeschreven regels van het privaatrecht als emanatie van een natuurlijk rechtsbewustzijn.²⁶

De gemene rechtsleer en het bijbehorende beeld van bestuursrecht als kunstmatig uitzonderingsrecht laat nog altijd diepe sporen na

Natuurlijk is de gemene rechtsleer inmiddels op losse schroeven komen te staan en draagt het bestuursrecht lang niet meer zo'n kunstmatige identiteit als voorheen. Toch laat de gemene rechtsleer en het bijbehorende beeld van bestuursrecht als kunstmatig uitzonderingsrecht nog altijd diepe sporen na. Dat er (al dan niet gecodificeerde) algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn, wordt heden ten dage algemeen erkend. Met het spiegelbeeld van die beginselen – algemene normen van behoorlijk burgerschap – ligt het veel ingewikkelder. Misbruik van bevoegdheid – détournement de pouvoir – van overheden jegens burgers is streng verboden, maar de erkenning van de mogelijkheid dat burgers zich in bepaalde gevallen jegens de overheid aan dergelijk misbruik schuldig zouden kunnen maken is nog steeds zeer controversieel. Bovendien bepaalt de gemene rechtsleer in ons stelsel van rechtsbescherming tegen de overheid nog altijd de te volgen procedure en de aan te zoeken rechter. Alleen wie klachten heeft die het bestuursrechtelijke uitzonderingsgebied betreffen – dat wil zeggen: wie zich richt tegen een op wettelijke grondslag terug te voeren publiekrechtelijke rechtshandeling – heeft in beginsel toegang tot de bestuursrechter; het terrein dat daarbuiten valt wordt bestreken door de burgerlijke rechter als

'restrechter'. In een beroemde kritiek op de kunstmatige identiteit van het Nederlandse bestuursrecht beschouwt Van der Hoeven die gang van zaken als 'de rechtstreekse nazaat van monistische gezagstheorieën' die de bron van alle publiek gezag terugvoeren 'tot een enkel punt, de democratisch gelegitimeerde staat'.²⁷ Tegen de moderne achtergrond van publiek-private samenwerking, 'new public management' en een meerlagige rechtsorde is die kunstmatige, nog altijd sterk imperativistische identiteit van het bestuursrecht er niet bepaald actueel op geworden. Naar ik in mijn proefschrift uitvoerig betoog brengt de gespannen verhouding tussen de klassieke, nog altijd op loeffiaanse grondslagen berustende logica van het bestuursrecht met de moderne sociale en institutionele werkelijkheid allerlei 'autonome pathologieën' met zich die het probleemoplossende en regulerende vermogen van het bestuursrecht ernstig in de weg zitten.²⁸

4 Relativiteit

Zo schrijft de klassieke logica van het bestuursrecht voor dat de rechter zich in strikte zin niet buigt over de rechtsverhouding tussen partijen onderling, maar slechts over de vraag of een bepaald besluit al dan niet rechtmatig is en wellicht beter uit de rechtsorde verwijderd zou kunnen worden. Die abstracte kernstructuur van het bestuursproces dwingt de rechter maar al te vaak tot omslachtige redeneerwijzen die met hetgeen gewenst en rechtvaardig lijkt tussen de betrokken partijen onderling hooguit indirect verband houdt. Een berucht voorbeeld is een zaak waarin bewoners van een welgesteld stadsdeel opkwamen tegen een gepland woonwagencamp met als argument dat de woonwagencampbewoners te veel geluids- en overlast zouden ondervinden van een nabij gelegen zwembad.²⁹ De overschreden norm betrof hier de bescherming van de belangen van degenen die door het besluit juist waren begunstigd; door velen werd het hoogst ergerniswekkend geacht dat de overschrijding van deze norm in de procedure juist tot hun nadeel werd ingeroepen. De klassieke logica van het bestuursrecht kent burgers echter het abstracte recht toe gevrijwaard te blijven van de gevolgen van onrechtmatige overheidsbesluiten, zelfs als een beroep op dat recht in een bepaald geval onredelijk of zelfs 'tenenkrommend' voorkomt.³⁰ De 'autonome' nadruk op formele juridische zuiverheid houdt in dat de abstracte rechtsorde zo min mogelijk bezoedeld dient te worden door onrechtmatige besluiten, zelfs als niemand last heeft van die besluiten en de mensen, die er last van zouden kunnen hebben, zich daaroverheen hebben gezet.³¹ Het klassieke bestuursrecht behelst op die manier een pathologische fixatie op abstracte zuiverheid, een ziekelijke neiging tot juridische smetvrees die aan gewone burgers niet langer te verkopen is en in de praktijk tot ernstige ontsporingen leidt.³²

De pathologische aard van het van oudsher nogal eenzijdig 'autonome' bestuursrecht wordt de laatste jaren steeds breder onderkend

23 Zie o.a. J. van der Hoeven, *De drie dimensies van het bestuursrecht* (VAR-reeks 100), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1989, p. 145 e.v.

24 Zie voor de gedachte van het privaatrecht als het gemene recht en het publiekrecht als uitzonderingsrecht onder meer O. von Gierke, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Frankfurt am Main: Klostermann 1948 [1889].

25 H.J. Hamaker, 'De tegenstelling van publiek- en privaatrecht', in: *Verspreide geschriften* (deel 7), Haarlem: Erven F. Bohn 1913, p. 148.

26 H. Krabbe, *Die Lehre der Rechtssouveränität. Beiträge zur Staatslehre*, Groningen: Wolters 1906, p. 35.

27 Van der Hoeven 1989, p. 214-215.

28 Vgl. o.a. A. Honneth, *Pathologien der Vernunft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 2007; A. Honneth, *Das Recht der Freiheit. Grundriß einer demokratischen Sittlichkeit*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 2011, p. 157 e.v. ('Pathologien der rechtlichen Freiheit'); p. 206 e.v. ('Pathologien der moralischen Freiheit').

29 ABRvS 19 maart 2003, AB 2003/191.

30 Vgl. o.a. J.C.A. de Poorter, B.W.N. de Waard, A.T. Marseille & M.J. Zomer, *Herijking van het belanghebbende-begrip. Een relativiteitsverste in het Awb-procesrecht?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 15.

31 Vgl. o.a. B.J. Schueler, *Zand in de machine* (oratie Amsterdam UvA), Amsterdam: Vossiuspers UvA 2003.

32 Vgl. o.a. M. Hertogh, *Rechtsvervreemding. Tussen rechtsstaat en rechtsgevoel* (oratie Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

De pathologische aard van het van oudsher nogal eenzijdig 'autonome' bestuursrecht wordt de laatste jaren steeds breder onderkend. Tegen de achtergrond van de horizontalisering en fragmentarisering van de publieke ruimte is de klassieke, abstract en verticaal georiënteerde grammatica van het bestuursrecht op dusdanig gespannen voet met de sociale realiteit komen te staan dat 'relationele', meer op onderlinge verhoudingen en bijzondere omstandigheden gerichte hervorming van die grammatica onafwendbaar is.³³ Op zoek naar probate 'relationele' middelen tegen de 'autonome pathologieën' van het klassieke bestuursrecht ging men onder meer te rade bij het privaatrecht, dat een dergelijke hervorming al eerder onderging en zich vanaf het interbellum een contextualistische identiteit heeft aangemeten waarin 'relationele' begrippen als 'de omstandigheden van het geval', de 'aard van de partijen', 'zorgvuldigheid' en 'redelijkheid en billijkheid' sleutelposities innemen.³⁴ Een belangrijk – en nog steeds hoogst controversieel – moment in de 'relationele' wending van het privaatrecht is de introductie van de relativiteits, die inhoudt dat rechtzoekenden zich alleen met succes kunnen beroepen op normen die strekken tot de bescherming van hun werkelijke belangen.³⁵ Een abstract onrechtmatigheidsbegrip werd op die manier vervangen door een relatief onrechtmatigheidsbegrip. Of, zoals Scholten het uitdrukte: wat 'onrecht is tegenover den een' is niet langer per se ook 'onrecht tegenover den ander'.³⁶ Sommigen menen dat die vernieuwing er vooral toe diende de 'sluisdeuren van aansprakelijkheid' niet al te ver open te zetten, maar die interpretatie is onjuist of ten minste onvolledig; beter kan de introductie van de leer worden begrepen tegen de achtergrond van een bredere ontwikkeling van het privaatrecht van deductieve 'toepassings-' naar meer inductieve, op onderlinge afweging gerichte 'belangenjurisdictie' die voor het moderne privaatrecht kenmerkend is.³⁷

Aan de introductie van een relativiteits in het bestuursrecht ging een hoogoplopend rechtsgeleerd debat vooraf dat zijn weerga in de geschiedenis van het Nederlandse bestuursrecht nauwelijks kent

Aan de introductie van een soortgelijke eis in het bestuursrecht – vanaf maart 2010 van kracht op grond van de Crisis- en herstelwet en vanaf januari 2013 ook opgenomen in de Algemene wet bestuursrecht – ging een hoogoplopend rechtsgeleerd debat vooraf dat zijn weerga in de geschiedenis van het Nederlandse bestuursrecht nauwelijks kent. Met de invoering van de relativiteits, zo opperden men, is de moderne rechtsstaat in gevaar en dreigt een terugkeer tot duistere feodale tijden waarin het bestuursrecht zijn klassieke gerichtheid op rechtmatige verdeling van rechten en goederen 'jegens allen' inwisselt voor een op onderlinge verhoudingen toegesneden juridisch instrumentarium dat aan de 'eigen aard' van publiekrechtelijke verhoudingen geen

recht doet. 'Hoe onbevredigend onder omstandigheden ook', schrijft Dorhout, 'uiteindelijk [geldt] dat in een rechtsstaat het bestuur gebonden is aan de wet en daaraan gehouden moet kunnen worden', zodat burgers de gevolgen van een 'onvolkomen overheidsbesluit' nooit hoeven te accepteren.³⁸ De morele paniek rondom de invoering van de bestuursrechtelijke relativiteits kent meerdere oorzaken. Zo valt te wijzen op het nogal ongelukkige gesternte waaronder de eis werd geboren. Met de economische crisis van 2008 nog vers in het geheugen zag de wetgever in de relativiteits vooral een nuttig instrument ter bestrijding van 'juridische risico's' die in de weg zouden staan aan de voortvarende uitvoering van 'urgente projecten' van grote economische betekenis.³⁹ De relativiteitsgedachte als *systematische* verbetering van het bestuursrecht stond in het politieke discours minder voorop. Bovendien leefde de vrees dat bestuursrechtelijke relativiteit zou kunnen ontaarden in een ongewenste privatisering van het bestuursrecht die zich onvoldoende rekenschap geeft van de publieke belangen die in het bestuursrecht vaak centraal staan, zoals 'een goede ruimtelijke ordening' en de bescherming van het milieu.⁴⁰

Duidelijk is dat het bestuursrecht in het licht van moderne sociale en institutionele ontwikkelingen niet kan volharden in zijn klassieke 'autonome' identiteit, maar een 'relationele' wending zal moeten maken waarin het privaatrecht het een kleine eeuw eerder voorging

Tegen de achtergrond van de gebrekkige theoretische ontwikkeling van het Nederlandse bestuursrecht is de angst voor een 'relationeel', meer op onderlinge verhoudingen en bijzondere omstandigheden toegesneden bestuursrecht alleszins begrijpelijk. Wat immers ontbreekt is een *eigen* 'relationeel' begripkader waarin de bijzondere aard van bestuursrechtelijke verhoudingen duidelijk is verdisconteerd. De overheid beschikt over het geweldsmonopolie, stelt eenzijdig de rechtsposities van andere partijen vast en beschikt over bevoegdheden waarvan de uitoefening geheel in het teken hoort te staan van publieke belangen; in die zin verschilt zij fundamenteel van andere juridische actoren. Tegelijk is duidelijk dat het bestuursrecht in het licht van moderne sociale en institutionele ontwikkelingen niet kan volharden in zijn klassieke 'autonome' identiteit, maar een 'relationele' wending zal moeten maken waarin het privaatrecht het een kleine eeuw eerder voorging. Al met al is het hoog tijd dat het bestuursrecht een *eigen* 'relationele' juridische grammatica ontwikkelt die tegemoetkomt aan de horizontalisering en verbrokkeling van de publieke ruimte, maar tegelijkertijd voldoende recht blijft doen aan de particulariteit van de overheid als bijzondere juridische actor die niet zomaar met private partijen over een kam dient te worden geschoren. In de eigen signatuur die de bestuursrechtelijke relativiteitsleer op het moment ontwikkelt ten opzichte van haar privaatrechtelijke pendant worden de contou-

33 Zie ook Van den Berge, *Utrecht Law Review* 2017, p. 110-111.

34 Zie voor een heldere theoretische uiteenzetting van deze ontwikkeling o.a. H.S. Taekema, 'Private law as an open legal order. Understanding contract and tort as interactional law', *NJLP* 2014, p. 140-149.

35 Zie o.a. L. van den Berge, "Rechtmatig tegenover den een, onrechtmatig tegenover den ander". Relativiteit in privaatrecht en bestuursrecht', *RM Themis* 2017, p. 43-55, met verdere verwijzingen.

36 Noot P. Scholten bij HR 28 februari 1929, *NJ* 1929, p. 905 (*Intercueros*).

37 Van den Berge, *Utrecht Law Review* 2017; zie voor een overtuigende analyse van de oorspronkelijke ratio van de privaatrechtelijke relativiteits ook P.W. den Hollander, *De relativiteit van wettelijke normen* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridisch 2016, p. 71 e.v.

38 L. Dorhout, 'Relativiteit van de onrechtmatigheid. Ook iets voor de administratieve rechter?', in: P.G.J. Kapteyn e.a., *Non ex regula*, Deventer: Kluwer 1985; zie in soortgelijke, in vergelijking tot Dorhout minder categorische zin onder meer ook G.T.M. Jurgens, 'De bestuursrechtelijke relativiteits', in: *Toegang tot de bestuursrechter beperkt?* (VAR-reeks 144), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 75-153.

39 *Kamerstukken II* 2009/10, 32127, 3, p. 2.

40 In die zin o.a. J.C.A. de Poorter, 'Doel en functie van de toegang tot de bestuursrechter: bespiegelingen over ontwikkelingen in het bestuursprocesrecht', in: *Toegang tot de bestuursrechter beperkt?* (VAR-reeks 144), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 7-74.

ren van een dergelijk bestuursrechtelijk 'relationeel' begrippenkader mogelijk langzaam zichtbaar. Het bestuursrecht omarmt inmiddels *de facto* niet anders dan het privaatrecht een *relatief* onrechtmatigheidsbegrip waarin wat als onrechtmatig wordt erkend jegens de een voor rechtmatig kan worden gehouden jegens de ander. Dat wil echter niet automatisch zeggen dat het bestuursrecht daarmee *privatiseert*. Integendeel: de bestuursrechtelijke relativiteitsleer vaart een eigen, ten opzichte van het privaatrecht duidelijk onderscheiden koers, waarin abstracte rechten en normen niet langer zaligmakend zijn, maar daarmee niet per se minder centraal staan dan voorheen.⁴¹

Sterft, gij oude vormen en gedachten! Het Nederlandse bestuursrecht staat tot de kin in de modder. Als het bestuursrecht wil voorkomen dat het geheel in de zompige klei verdwijnt zal het een nieuwe theoretische bodem moeten vinden

5 Conclusie

In zijn 'autonome', in zekere mate van de sociale realiteit abstraherende positie kan het recht zich richten op formele zuiverheid en daarmee neutraal en onpartijdig zijn; wanneer het zich zonder reserve zou mengen in de maatschappelijke belangenstrijd kan

het zijn samenbindende functie onmogelijk vervullen. Dat betekent echter geenszins dat het recht zich van het gewone maatschappelijke leven afzijdig zou moeten houden. Een rechtsstelsel dat onvoldoende acht slaat op de sociale verhoudingen die het wenst te reguleren zal ten prooi vallen aan 'autonome pathologieën', die de sociale verhoudingen waarop het betrekking heeft niet in goede banen leiden, maar juist verstoren. Het recht zal dus een balans moeten zoeken tussen afstand en nabijheid, systeem en leefwereld, scheiding en vereniging, norm en feit, met andere woorden: tussen autonomie en verhouding. Voor het bestuursrecht geldt dat niet minder dan voor het privaatrecht, zij het dat de eigen aard van bestuursrechtelijke verhoudingen bij het vinden van het juiste evenwicht als zelfstandige factor behoort mee te wegen. De spanning tussen 'autonome' en 'relationele' uitgangspunten heb ik in mijn proefschrift willen exploreren met betrekking tot een aantal brandende bestuursrechtelijke kwesties, waaronder behalve de relativiteitsleer ook de rechterlijke competentieverdeling, de interpretatie van het besluitbegrip en de intensiteit van rechterlijke toetsing aan het evenredigheidsbeginsel. Daarbij heb ik de contouren trachten te schetsen van een 'eigen', duidelijk van het privaatrecht onderscheiden 'relationeel' bestuursrechtelijk begrippenkader ter vervanging van een vermolmd, op een achterhaalde negentiende-eeuwse ideologie berustende 'autonome' grondstructuur die in de huidige tijd niet meer voldoet. Sterft, gij oude vormen en gedachten! Het Nederlandse bestuursrecht staat tot de kin in de modder. Nog langer rukken aan de eigen pruijk heeft weinig zin. Als het bestuursrecht wil voorkomen dat het geheel in de zompige klei verdwijnt zal het een nieuwe theoretische bodem moeten vinden.

⁴¹ Zie verder Van den Berge, *Utrecht Law Review* 2017, met verdere verwijzingen.



Call Care

Telefoonservice voor de advocatuur



Telefoonservice



Agendabeheer



Opvang Overflow

Wij werken voor +200 advocatenkantoren,
kennen de juridische terminologie en werken discreet

Call Care Nederland | 010 – 280 3333 | info@callcare.nl | www.callcare.nl



We zoeken een excellente, gedreven en ervaren

- **advocaat-medewerker** (of vergevorderde advocaat-stagiaire) ter versterking van de strafpraktijk en een:
- **juridisch medewerker m/v** voor ondersteuning van de strafpraktijk.

Voor meer informatie zie: www.zuketto-advocaten.nl

Schriftelijke sollicitaties voorzien van curriculum vitae, cijferlijst en referenties kunnen worden gericht aan: Zuketto advocaten, Oeverwal 2, 6221 EN Maastricht of info@zuketto-advocaten.nl, ter attentie van mr. M.M.H. Zuketto