



Newtonlaan 231, 3584 BH Utrecht, The Netherlands

Staatscommissie rechtsstaat
info@staatscommissierechtsstaat.nl

**Faculteit Recht, Economie,
Bestuur en Organisatie**

Instituut voor Staatsrecht,
Bestuursrecht en Rechtstheorie

Bezoekadres
Newtonlaan 201
3854 BH Utrecht

Ons kenmerk 20230810/LvdB/IT
E-mail L.vandenberg@uu.nl
Website www.uu.nl/staff/LvandenBerge
Datum 10 augustus 2023
Onderwerp Responsief bestuursrecht

Geachte leden van de Staatscommissie rechtsstaat,

Heel hartelijk dank voor uw uitnodiging tot het schrijven van een brief aan uw commissie. Vanwege de expertise die u mij toeschrijft op de terreinen van het bestuursrecht en de rechtstheorie – en in het bijzonder het grensvlak daartussen – acht u mij in staat enkele ideeën aan te reiken die u bij uw taakvervulling behulpzaam zouden kunnen zijn. In het bijzonder vraagt u mij om enkele reflecties die verband houden met de mogelijke ontwikkeling van een 'responsief bestuursrecht'.

Aan dat eervolle verzoek kom ik graag tegemoet. Daarbij ga ik als volgt tewerk. Eerst ga ik dieper in op de notie van 'responsief recht' als vorm van juridische ordening die op zichzelf heel aantrekkelijk is, maar ook risico's inhoudt. Vervolgens schets ik in hoofdlijnen wat een responsieve hervorming van het bestuursrecht zou kunnen inhouden. Tot slot presenteer ik mijn conclusies.

1. Responsief recht

Eerst dus iets over noties als 'responsiviteit' en 'responsief recht'. Die termen mogen zich de laatste jaren verheugen in een ongekeerde populariteit. Vooral de publicaties van Michiel Scheltema zijn daarbij van groot belang geweest. In een 'bureaucratische rechtsstaat', aldus Scheltema, staan formele procedures en algemene regels voorop en verdwijnen de concrete burgers waarop die procedures en regels betrekking hebben al snel uit beeld. In een 'responsieve rechtsstaat', daarentegen, geldt het juridisch systeem niet als 'een doel in zichzelf', maar ervaart de burger dat 'het bij de rechtsstaat uiteindelijk om hem gaat'.¹ De rechtsstaat is er immers voor de burger en niet andersom. Dat betekent natuurlijk niet dat de burger altijd gelijk dient te krijgen, maar wel dat hij merkt dat zijn particuliere belangen bij het vormen van recht en beleid voldoende worden meegewogen.

In rechtstheoretische zin past Scheltema's pleidooi voor juridische hervorming vanuit het 'burgerperspectief' bij een functionele benadering van recht en rechtsstaat zoals die in de literatuur onder meer is verdedigd door Philippe Nonet en Philp Selznick.² In hun baanbrekende werk uit de jaren zeventig pleiten deze rechtssociologen voor een stijl van juridische ordening die zich niet blindstaart op formele regels en abstracte beginselen, maar daarnaast oog houdt voor bredere maatschappelijke doelen en de concrete behoeften en

¹ M. Scheltema, 'De responsieve rechtsstaat: het burgerperspectief', *NTB* 2019, afl. 6, p. 248.

² Ph. Nonet en Ph. Selznick, *Law and society in transition: Toward responsive law*, New Brunswick: Transaction Publishers 2001 (eerste editie 1978).



belangen van burgers. In dit verband spreken Nonet en Selznick van 'responsive law'. Het heeft er de schijn van dat die term van Nonet en Selznick – wellicht via een aantal tussenstations – uiteindelijk ook Michiel Scheltema heeft bereikt. Helemaal zeker kunnen we daar niet van zijn, want Scheltema's publicaties geven ons op dit punt helaas geen uitsluitel.

Twee treffende beelden kunnen wellicht helpen het verschil tussen de formele en de responsieve benadering nader te verduidelijken. Bij de formele rechtsopvatting past het vertrouwde beeld van Vrouwe Justitia, die we ons van oudsher voorstellen als een soort Grieks-Romeinse godin die hoog boven ons uittorent (figuur 1). Meestal wordt zij afgebeeld met een blinddoek voor haar ogen. Op die manier kunnen we begrijpen dat zij de haar voorgelegde kwesties in beginsel beslecht door algemene regels en abstracte beginselen 'zonder aanzien des persoons' toe te passen. Alles bij elkaar drukt het beeld de gedachte uit dat juridische instituties hun ordenende functie alleen naar behoren kunnen vervullen door een zekere afstandelijkheid in acht te nemen, het eigen gezichtsvermogen actief te belemmeren en zich zoveel mogelijk te beperken tot de onpersoonlijke toepassing van regels en beginselen.



Figuur 1: Vrouwe Justitia



Figuur 2: Bronzen beeld bij Rechtbank Amsterdam

Daartegenover staat bijvoorbeeld het beeld dat sinds 2021 voor de nieuwe rechtbank in Amsterdam is opgesteld (figuur 2). Daarbij gaat het om een enorme bronzen reus die zich behoedzaam buigt over een vogelnestje. Ten opzichte van Vrouwe Justitia spreekt dat beeld in veel opzichten een tegenovergestelde taal. Ondanks zijn afmetingen drukt de bronzen reus geen afstandelijkheid uit, maar is hij juist heel benaderbaar. Die indruk kunnen we althans krijgen door zijn vriendelijke uitstraling en zijn alledaagse kleding. En waar Vrouwe Justitia zich met opzet blind houdt voor de wereld om haar heen, is de reus opmerkelijk genoeg om oog te hebben voor het kleine en kwetsbare. Evenzo wil de responsieve rechtsopvatting zich niet opsluiten in een abstracte juridische systeemwereld, maar zich juist actief bekommeren om de concrete leefwereld van burgers.

Voor zo'n responsieve rechtsopvatting valt veel te zeggen. Maar dat neemt niet weg dat zij op zichzelf toch ook heel problematisch kan zijn. Belangrijke beginselen als rechtszekerheid, formele rechtsgelijkheid, legaliteit en rechtseenheid zijn over het algemeen gebaat bij een zekere vormelijke afstandelijkheid en niet bij een responsieve benadering waarbij juist maatwerk en flexibiliteit voorop staan. Een behandeling van burgers mét aanzien des persoons gaat nu eenmaal ten koste van een behandeling zónder aanzien des persoons en andersom. Een Corendonvariant – alles inclusief voor dezelfde prijs – is niet altijd voorradig. Met andere woorden: anders dan door sommigen wel wordt verondersteld, is 'responsief recht' zeker geen 'hoerabegrip', maar een stijl van juridische ordening die ook zelf niet zonder problemen is.



2. Responsief bestuursrecht

2.1 Mismatch

Dat neemt niet weg dat het mijns inziens van belang is de bestuursrechtspraak in responsieve zin te hervormen. In een aantal opzichten hanteert het Nederlandse bestuursrecht een juridische systeemlogica die zich op te grote afstand stelt van de concrete leefwereld van burgers. Deels hangen de problemen samen met de wijze waarop overheidssturing vandaag de dag gestalte krijgt. In de praktijk hebben burgers al sinds enige tijd te maken met machtsuitoefening door een publiek-privaat netwerkbestuur dat sterk gericht is op output en efficiency en zich voor het eigen handelen niet altijd aanspreekbaar houdt. De dogmatiek van het bestuursrecht, daarentegen, is nog altijd toegesneden op een bureaucratisch model van overheidssturing waarbij regelgebondenheid en hiërarchische publiekrechtelijke verhoudingen voorop staan. Die mismatch levert op verschillende manieren 'gaten in de rechtsbescherming' op die zonder radicale hervormingen moeilijk te dichten zijn.

2.2 Besluitbegrip

Neem nu de figuur van het bestuursbesluit als de klassieke spil van het Nederlandse bestuursprocesrecht. Al zo ongeveer sinds de geboorte van de Nederlandse bestuursrechtswetenschap geldt het besluit als de 'kern van het besturen'. Reeds bij de inwerkingtreding van de Awb stond dat idee op gespannen voet met de bestuurlijke realiteit en die situatie is er sindsdien bepaald niet beter op geworden. Natuurlijk: wanneer het zo uitkomt verheft het bestuur zich nog altijd boven zijn burgers als bureaucratische besluitenmachine. Maar daarnaast neemt het steeds vaker zijn toevlucht tot indirecte sturingstechnieken, schuift het private partijen tussenbeide, vormt het ingewikkelde publiek-private netwerken en 'stuurt het op afstand' dat het een lieve lust is. Met andere woorden: vaak oefent de overheid macht en invloed uit zonder appellabele besluiten te nemen. Als er dan iets misgaat, staan burgers in juridisch opzicht in de praktijk vaak met lege handen.

Ik geef van deze dynamiek hier even een concreet voorbeeld. Dagelijks brengen veel kwetsbare kinderen meer tijd door in drukke taxibusjes dan op school. Dat komt doordat de centrale overheid de gemeenten de verantwoordelijkheid heeft gegeven voor het leerlingenvervoer en tegelijk sterk heeft gesneden in de beschikbare budgetten. De gemeenten besteedden het vervoer daarop tegen bodemprijzen uit aan private bedrijven. Geen wonder dat die hun chauffeurs – voor zover die er überhaupt zijn – minimaal uitbetalen en hun opdragen per rit zoveel mogelijk leerlingen mee te nemen, zodat allerlei ingewikkelde omwegen nodig zijn. Kritische ouders krijgen in de regel te maken met een wirwar aan actoren die beschuldigend naar elkaar wijzen. Bij gebrek aan een appellabel besluit is bestuursrechtelijke rechtsbescherming in dit soort kwesties uitgesloten. En zoals bekend is de civielrechtelijke rechtsgang in de praktijk voor veel burgers onbegaanbaar.

2.3 Van normen naar doelen

Deels hangt de mismatch tussen de systeemwereld van het bestuursrecht en de leefwereld van burgers dus samen met privatisering en het zoekraken van publieke verantwoordelijkheden in voor burgers weinig overzichtelijke publiek-private netwerken. Voor een ander deel heeft de mismatch ook te maken met een toegenomen managerialisme binnen de overheid zelf. Bij moderne technieken van overheidssturing past een verschuiving van normen naar doelen. Liever dan van bovenaf allerlei gedetailleerde handelingsvoorschriften vast te stellen, stuurt het moderne bestuur 'op resultaat', stelt het bepaalde doelen vast en mogen de aangestuurde actoren zelf verder bepalen hoe zij die doelen op de meest efficiënte wijze kunnen behalen. Een verschuiving, aldus, van het 'hoe' naar het 'wat', of, om in de termen van rechtsfilosofe Pauline Westerman te spreken, van 'ought-to-do norms' naar 'ought-to-be norms'.³

³ P.C. Westerman, 'The Changing Bell Jar', *European Journal of Legal Studies* 2008, afl. 1, p. 183-202.



De gang van zaken die uiteindelijk zou leiden tot de toeslagenaffaire kan hier dienen als concreet voorbeeld. In het rapport *Ongekend onrecht* komt uitgebreid aan de orde hoe de oprichting van het Combiteam Aanpak Facilitators (CAF) in 2013 afhankelijk werd gemaakt van een 'business-case' die ervoor moest zorgen dat de extra investeringen in fraudeopsporing door de Belastingdienst zouden worden terugverdiend door terugvorderingen en andere maatregelen. Daarbij werd onder meer bepaald dat de Belastingdienst de betrokken ministeries uit eigen zak zou moeten compenseren als de fraudeopsporing onverhoopt minder zou opleveren. Aldus bestond er voor de Belastingdienst een duidelijke financiële prikkel om zo streng mogelijk terug te vorderen. Hierbij gaat het om een vorm van 'sturen op resultaat' die kenmerkend is voor modern overheidsbestuur.

Evenals de Belastingdienst in de toeslagenaffaire handelen andere bestuursorganen in de praktijk vaak op grond van eigen belangen en volgen zij een bedrijfsmatige logica die in de praktijk weinig (of zelfs in het geheel niet) verschilt van de wijze waarop grote ondernemingen en andere private partijen opereren. Die sociale realiteit verhoudt zich slecht met het klassieke bestuursrechtelijke uitgangspunt dat overheden het algemeen belang vertegenwoordigen en daarom in beginsel het voordeel van de twijfel verdienen. Traditioneel is het bestuursrechtelijke proces opgezet als een procedure waarbij de rechter zich strikt beperkt tot rechtmatigheidscontrole en zich bij zowel de feitenvaststelling als de rechtmatigheidstoets in beginsel betrekkelijk terughoudend opstelt. Voor een dergelijke terughoudendheid is in het licht van moderne vormen van overheidssturing geen enkele aanleiding meer.

2.4 Bestuursrechtelijke rechtscultuur

Een laatste punt dat ik hier wil bespreken heeft een iets andere aard. De toeslagenaffaire biedt een indringend voorbeeld van wat er kan gebeuren als de rechterlijke macht het bestuur te weinig tegenwicht biedt. Dat de rechterlijke macht het bestuur niet altijd passend weerwerk biedt, heeft deels systemische oorzaken. De centrale procesrechtelijke positie van het besluitbegrip en het daarmee samenhangende bestuursprocesrechtelijke uitgangspunt van afstandelijke objectieve rechtmatigheidscontrole zijn daarvan twee voorbeelden. Maar deels lijkt het gebrek aan rechtsbescherming toch ook met iets ongrijpbaars te maken te hebben. Ik doel daarbij op de manier waarop begrippen als 'recht' en 'rechtsstaat' door veel beoefenaars van het bestuursrecht lijken te worden begrepen. Voor het gemak spreek ik in dit verband maar even van de 'bestuursrechtelijke rechtscultuur'.

De roemruchte reactie van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak op het rapport *Ongekend onrecht* is wellicht exemplarisch op dit punt.⁴ Kort gezegd komt zijn respons erop neer dat de bestuursrechtters nu eenmaal gebonden waren aan wetgeving die het strenge terugvorderingsbeleid dwingend zou voorschrijven. Rechtsbeginselen zijn volgens hem alleen toepasbaar voor zover het recht als regelsysteem er ruimte toe biedt. Wanneer de wet duidelijke taal spreekt, zoals in de toeslagenzaken, zal de rechter de wet volgens hem in beginsel blindelings moeten toepassen. Dat de Afdeling in oktober 2019 alsnog een andere richting insloeg, zou berusten op een verwrongen herinterpretatie van het wettelijk kader waarvoor de wetstekst eigenlijk geen ruimte biedt – een 'rechterlijke noodgreep' die bepaald niet voor herhaling vatbaar zou zijn.

⁴ B.J. van Ettehoven, "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.



Met andere woorden: recht is volgens de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak in de eerste plaats een doctrinair regelsysteem en heeft pas in de tweede plaats iets te maken met (al dan niet geschreven) beginselen van behoorlijkheid en gerechtigheid. Uit de uitgebreide reflectierapporten die de Afdeling nadien liet verschijnen, valt een soortgelijke visie te destilleren. Vanzelfsprekend valt voor een dergelijke positiefrechtelijke opvatting van recht en rechtsstaat veel te zeggen. Maar zorgelijk is wel, dat een dergelijke visie voor de Afdeling klaarblijkelijk al bij voorbaat vaststaat en dus nergens wordt geproblematiseerd of wordt afgezet tegen andere mogelijke rechtsopvattingen. En dat terwijl een smal rechtsbegrip zoals dat van de Raad van State – met al die strakke grenslijnen tussen, recht, politiek en moraal – naar de huidige stand van de rechtswetenschappelijke literatuur toch bepaald niet vanzelf spreekt.

3. Conclusies

Welke conclusies vallen uit dit alles nu te destilleren? In praktische zin valt te wijzen op bepaalde hervormingen van de bestuursrechtspraak en de bestuursrechtelijke doctrine die nodig zijn om voldoende tegenwicht te bieden aan moderne vormen van bestuurlijke machtsuitoefening. In deze brief heb ik in dit verband onder meer aandacht willen vragen voor de al heel lang hoogst ongelukkige, maar vandaag de dag volkomen misplaatste positie van het bestuursbesluit als algemeen toegangscriterium tot bestuursrechtelijke rechtsbescherming en als centrale spil van het bestuursrechtelijke geding. Daarnaast heb ik willen betogen dat een lange bestuursrechtelijke traditie van afstandelijkheid bij rechterlijke feitenvaststelling en rechtmatigheidstoetsing zich slecht verhoudt tot het moderne, vaak op grond van eigen institutionele belangen en volgens een bedrijfsmatige logica opererende overheidsbestuur en daarom hard aan vervanging toe is.

Maar belangrijker wellicht dan dergelijke systeemkritiek is mijn pleidooi voor herdenking en vernieuwing van de bestuursrechtelijke rechtscultuur. Een probleem is onder meer dat in bestuursrechtelijke kringen niet altijd voldoende aandacht bestaat voor de meest wezenlijke vragen over recht en rechtsstaat. De toeslagenaffaire heeft laten zien waar een gebrek aan ideeënontwikkeling op deze punten toe kan leiden. Rechtstheorie, zo blijkt maar weer eens, is geen academische franje, maar bittere noodzaak. Niet per se zij omdat zij altijd direct toepasbare antwoorden biedt, maar wel omdat serieuze rechtstheoretische reflectie uiteindelijk een bestaansvoorwaarde is voor een volwassen rechtscultuur en uiteindelijk ook voor een voldoende doordacht stelsel van rechtsbescherming tegen de overheid.

De brede omarming van 'responsief recht' als nieuw model van juridische ordening maakt dit niet anders. Een betere aansluiting van het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming op de sociale realiteit is inderdaad hard nodig, maar het recht kan ook niet zonder een zekere vormelijkheid die ten opzichte van die realiteit juist een zekere afstand bewaart. Maatwerk en flexibiliteit zijn op zichzelf nastrevenswaardige juridische idealen, maar staan vaak tegenover andere juridische waarden die evenzeer heel belangrijk zijn. Gemakkelijke oplossingen zijn er dus niet. Maar juist dat maakt de rechtspraktijk tot zo'n uitdagend werkveld en de rechtswetenschap tot zo'n boeiende academische discipline.

Ik hoop van harte dat u in mijn brief – die iets langer is geworden dan ik mij aanvankelijk had voorgenomen – iets kunt vinden dat u bij uw ideeënvorming behulpzaam zou kunnen zijn.

Tot slot wens ik u vanzelfsprekend veel succes en wijsheid toe bij de vervulling van uw belangrijke taak.

Met hartelijke groet,

Lukas van den Berge