

# Maatwerk vereist maatwerk

## Bespreking van het VAR-preadvies ‘Responsief bestuursrecht’ van Lukas van den Berge

NTB 2020/131

### 1. Inleiding

De VAR-preadviezen behandelen een belangwekkend onderwerp: hoe kun je in het bestuursrecht – zoveel mogelijk of beter – maatwerk leveren? Dat lijkt een eenvormige vraag, maar zoals zo vaak blijkt een op het eerste gezicht eenduidig thema voor velerlei uitleg en uitwerking vatbaar. Je kunt inzoomen op techniek van maatwerk of focussen op concrete praktijk. In zijn preadvies kiest Lukas van den Berge voor een abstract-systematische benadering. Dat is niet de meest makkelijke invalshoek, maar dat hoeft ook niet (altijd) en past ook wel bij deze auteur als diepe denker.

Als je de idee van maatwerk projecteert op ons bestuursrechtelijke systeem – zowel in materieel als formeel opzicht – komt vrijwel onmiddellijk een verband met de idee van de responsieve rechtsstaat in beeld.<sup>2</sup> Maatwerk laat zich dan associëren met het streven naar individuele gerechtigheid. Dat vormt een burgerperspectief, dat de laatste jaren in het bestuursrecht enorm aan argumentatiekracht heeft gewonnen. Ultieme drijfveer daarbij is de ontdekking dat het concept van de democratische rechtsstaat als zodanig onvoldoende legitimiteit (meer) biedt aan het rechtssysteem. Wil het rechtssysteem het gezag kunnen baseren op het vertrouwen van de burger, dan zal het meer moeten tonen dat het (ook) functioneert voor die burger: de rechtsstaat dient zich responsief te tonen om aan legitimiteit te (her)winnen. Dit gedachtegoed is vooral uitgedragen door Michiel Scheltema in dit tijdschrift<sup>3</sup> – met daarbij de ontwikkelingen in het sociaal domein als wind in de rug – hetgeen in 2018 een dubbeldik themanummer van het NTB heeft opgeleverd.<sup>4</sup>

De idee van de responsieve rechtsstaat behelst dus aandacht voor maatwerk in het bestuursrecht. Dat verband is al veel

vaker gelegd – sterker nog: men zou kunnen betogen dat uit het streven naar maatwerk de idee van de responsieve rechtsstaat is ontstaan<sup>5</sup> – dus dan rijst al snel de vraag wat een preadvies aan nieuws oplevert. Het antwoord daarop is – na lezing van het preadvies van Van den Berge – eenvoudig: onder hetgeen de idee van de responsieve rechtsstaat in concreto vermag, wordt een kritisch theoretische basis geschoven. Daardoor kan het effect dat van de idee mag/kan worden verwacht, systematischer worden benaderd. Het adagium ‘niets is zo praktisch als een goede theorie’<sup>6</sup> doet zich dan gevoelen. Vervolgvraag is natuurlijk – het betreft hier een recensie – of op die basis ook daadwerkelijk ‘winst’ wordt geboekt bij de theoretische en praktische ontwikkeling van de idee van de responsieve rechtsstaat.

### 2. In vogelvlucht: de aanpak

Het preadvies begint met een korte inleiding in hoofdstuk 1,<sup>7</sup> waarin de auteur helder uiteenzet wat zijn bedoeling is. In mijn ogen staat de centrale vraagstelling aan het begin van de tweede paragraaf: ‘Wat zou de door Scheltema en anderen beoogde transitie van een bureaucratische naar een responsieve rechtsstaat voor de inrichting van het Nederlandse bestuursrecht concreet moeten betekenen?’<sup>8</sup> In de aanpak van deze vraag bewandelt Van den Berge dan twee wegen: hij positioneert een kader voor theorievorming en hij zoekt een systematische ingang voor de praktische uitwerking.

Voor het theoretisch kader grijpt Van den Berge naar de rechtssociologie. Hij voert ‘de notie van juridische responsiviteit’ terug naar het ‘developmental model’ van de Amerikaanse rechtssociologen Philippe Nonet en Philip Selznick.<sup>9</sup> Zij hanteren een typologie van drie op elkaar voortbouwende stijlen van juridische ordening, t.w. van ‘repressive law’ (recht fungeert als instrument na believen van een elite) naar ‘autonomous law’ (recht schept vaste procedures

1 Mr. dr. J.A.F. Peters is universitair hoofddocent bestuursrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

2 Je kunt het ook meer pragmatisch benaderen en kijken hoeveel ruimte er bestaat voor maatwerk bij de bestaande Awb-toolbox. Zie daarvoor het advies van Sandra van Heukelom-Verhage & Frank van Tienen, *Maatwerk met de Awb*, Den Haag 2019. Zie <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2019/09/30/maatwerk-met-de-awb>

3 Zie onder meer de publicaties van Michiel Scheltema: ‘Bureaucratische rechtsstaat of responsieve rechtsstaat’, *NTB 2015/37*, ‘Schulden van de burger in de responsieve rechtsstaat: het regeerakkoord biedt perspectief’, *NTB 2017/28*, ‘Handleiding nadeelcompensatie: best practices in de responsieve rechtsstaat’, *NTB 2018/57*, ‘De responsieve rechtsstaat: het burgerperspectief’, *NTB 2019/24*.

4 Themanummer responsief bestuursrecht, *NTB 2018*, nr. 5, naar aanleiding van een expertmeeting bij de Erasmus Universiteit Rotterdam, geïnitieerd door de toenmalige Rotterdamse medewerkers Jurgen Goossens en Lukas van den Berge.

5 Als ik het goed zie, begint dat bij Scheltema met het project ‘Prettig contact met de overheid’ waarin een ‘responsieve opstelling’ van de overheid wordt geëigend (zie Michiel Scheltema, ‘Nederland gidsland bij bezwaar’, *NTB 2011/33*) en dat groeit uit tot de idee van de responsieve rechtsstaat (zie Michiel Scheltema, ‘Bureaucratische rechtsstaat of responsieve rechtsstaat?’, *NTB 2015/37*).

6 Afkomstig van Kurt Lewin (1890-1947), een van de grondleggers van de gestaltpsychologie en bekend van de veldtheorie.

7 Uit de voetnoot op p. 7 van het preadvies volgt dat de auteur de hoofdstukken zelf aanduidt als ‘paragrafen’ maar hieruit ontstaat geen verwarring volgens mij.

8 L. van den Berge, ‘Responsief bestuursrecht’, in: L. van den Berge e.a., *Maatwerk in het bestuursrecht* (VAR-reeks 164), Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2020, p. 10.

9 Ph. Nonet & Ph. Selznick, *Law and society in transition. Towards responsive law*, New Brunswick: Transaction Publishers 2001.

en regels ter beperking van willekeur) naar ‘responsive law’ (recht richt zich op concrete rechtvaardigheid en verwezenlijking van sociaal-maatschappelijke doelen). Die stijlen vormen een quasi-evolutionair proces, waarbij – uiteraard – de responsieve rechtsorde het hoogst ontwikkelde stadium is. Dat komt hierna nog nader ter sprake.

Om orde in de praktische uitwerking te scheppen, sluit Van den Berge aan bij een typering die eerder door Gijsbert Vonk is gegeven.<sup>10</sup> Deze onderscheidt responsiviteit op verschillende niveaus, nl. handelingsresponsiviteit op microniveau (hoe gezagsdragers zich concreet jegens burgers opstellen), stelselresponsiviteit op mesoniveau (wijze waarop regelgeving en overheidssturing responsiviteit faciliteren) en systeemresponsiviteit op macroniveau (in hoeverre past het bestuursrecht zich aan de gewijzigde sturingsfilosofie aan).

Deze twee uitgangspunten – het theoretisch kader van Nonet & Selznick en de typering van Vonk – vormen vervolgens het geraamte voor het preadvies: in hoofdstuk 2 wordt het theoretisch kader uitgewerkt, in hoofdstuk 3 komt de praktijk van het microniveau aan de orde, gevolgd door hoofdstuk 4 met het mesoniveau en het macroniveau in hoofdstuk 5. Hoofdstuk 6 besluit het preadvies met conclusies.

De aanpak van Van den Berge is daarmee duidelijk. Er ontstaat een matrix, waarbij op de ene as de rechtssociologische stijlen zijn uitgezet en op de andere de verschillende niveaus van uitwerking. Als dan ook alle hoofdstukken nagenoeg dezelfde omvang hebben, houdt deze matrix een evenwichtige, geordende en overzichtelijke aanpak in. Dat is knap werk. Daarnaast is de auteur een begenadigd verteller – ik hou daarvan – zij het dat stijl en woordkeuze de toegankelijkheid van het verhaal voor menige lezer niet zal vergroten. Maar hoe dit ook zij: de waardering voor de aanpak en werkwijze zegt nog niets over die voor de bevindingen van de preadviseur op de verschillende niveaus.

### 3. Nader beschouwd: de typologie

Zoals gezegd, behandelt hoofdstuk 2 de theorie van Nonet & Selznick. Van den Berge toont zich hier op z'n best. In een helder exposé komt de ontwikkeling van het ‘repressive law’ naar het ‘autonomous law’ naar ‘responsive law’ aan de orde. Ik vind zo'n rechtssociologische benadering (vrijwel) altijd verrijkend. Ze biedt ‘food for thought’. Toch komt hierbij uiteindelijk de vraag op welk doel zo'n rechtssociologische exercitie dient voor het bestuursrechtelijke discours waaraan het preadvies wil bijdragen. In mijn ogen biedt de typologie een abstracte duiding, waarmee rechtsregels gekarakteriseerd kunnen worden. Daarmee kan ze richting geven bij de ontwikkeling/waardering van regels en is dus bruikbaar in de matrix van Van den Berge.

Tegelijkertijd heb ik steeds de neiging om de rechtssociologische typering – en de verhandeling van Van den Berge – te willen ‘vertalen’ naar mijn eigen juridische termen en concepten. De stijlen van juridische ordening van Nonet & Selznick probeer ik dan in mijn publiekrechtelijk frame te passen. Dat is geen diskwalificatie van de typologie of de gekozen invalshoek van de preadviseur, noch van mijn eigen capaciteiten, maar die vertaling maken de stijlen herkenbaar en hanteerbaar(der) voor mij als bestuursrechtjurist. En die vertaling lukt ook, sterker nog: die ligt zeer voor hand. Het ‘autonomous law’ laat zich als eerste associëren met de democratische rechtsstaat. Van den Berge omschrijft dat treffend: ‘Het autonome recht vertelt ons het mooie verhaal van een “government of laws and not of men”, dat wil zeggen, van een juridische en politieke orde waarin willekeur is uitgebannen en burgers nog slechts zijn onderworpen aan algemene regels en beginselen die zij zichzelf omwille van hun gelijke vrijheid hebben opgelegd’.<sup>11</sup> Dat wordt nog eens bevestigd bij de typering van het ‘responsive law’: ‘Anders dan het autonome recht berust het responsieve recht niet alleen op een democratische legitimiteit die wordt bepaald door periodieke verkiezingen, maar ontleent het zijn gezagsaanspraak daarnaast aan een principieel open opstelling ten opzichte van de wensen en het weten van de burgers’.<sup>12</sup> In de terminologie van Scheltema gaat het hier om de responsieve rechtsstaat. Om mijn plaatje netjes rond te maken: omdat de typologie ook een quasi-evolutionair proces behelst en het ‘repressive law’ daarin aan het ‘autonomous law’ voorafgaat, laat zich dat plaatsen als de organisatievorm voorafgaande aan de democratische rechtsstaat. Te denken valt dan in termen als vorstelijk absolutisme.

De vertaling van de rechtssociologische typologie naar concepten moge die hanteerbaarder maken voor de(z) jurist, in de omzetting wordt die onbruikbaar voor het doel waarvoor Van den Berge ze opvoert in zijn preadvies: de waardering/karakterisering van elementen in ons bestuursrecht, op weg naar meer responsief recht. Daarvoor kun je de typologie van Nonet & Selznick wel gebruiken en een rechtsstatelijk concept niet. Toch is de gemaakte associatie daarmee niet onnuttig of overbodig. Dat toont zich mijns inziens in de derde paragraaf van hoofdstuk 2 van het preadvies. Daarin benoemt Van den Berge de risico's van de typologie ter zake van de juridische ordening, waarbij – in navolging van Nonet & Selznick – het ‘autonomous law’ als ‘low-risk view of law and order’ wordt gekwalificeerd en het ‘responsive law’ als een ‘high-risk’ model van juridische ordening wordt gezien. Van den Berge schrijft dan:

‘Het autonome recht beschikt over een duidelijke “spirit of constraint” en werpt strikte grenslijnen op die door het bestuur niet mogen worden overschreden. Andersom neemt ook de rechter scherpe grenslijnen in acht, zodat hij ontkomt aan de verdenking zich te bemoeien met

10 In zijn slotbeschouwing bij de VAR-studiemiddag ‘Responsief bestuursrecht in de veranderende publieke ruimte’ op 15 juni 2018, zie daarover het gelijknamige verslag van Kromhout en Marseille in *NTB* 2008/60.

11 Van den Berge 2020, p. 16.

12 Van den Berge 2020, p. 18.

zaken waar hij zich buiten zou moeten houden. In het responsieve recht vervagen die grenslijnen juist, met alle gevaren van dien. Het grootste risico zien Nonet en Selznick in een “instrumentalist jurisprudence” waarin bestuurders zich niet langer aan algemene regels gebonden achten en ook rechters zich van die regels niet langer veel aantrekken. Een dergelijk instrumentalisme is onverenigbaar met een stabiele juridische orde, niet alleen omdat een “heerschappij van rechters” op de loer ligt, maar ook omdat het binnen een al te eenzijdig op doelen georiënteerd stelsel moeilijk is voor rechters om ten opzichte van de politiek een juiste afstand te bewaren en niet te bezwijken onder politieke druk. ‘A too open legal order’, aldus Nonet en Selznick, “loses the ability to moderate the power in society; it regresses to oppression”.<sup>13</sup>

Hier komt mijns inziens het essentiële verschil tussen de typologie en de concepten naar voren ten faveure van het concept: het streven naar responsief recht hoeft niet noodzakelijkerwijs de omschakeling naar een andere type rechtsstaat in te houden. De evolutie van autonoom recht naar responsief recht in de typologie hoeft niet gepaard te gaan met het inwisselen van het concept van de democratische rechtsstaat. De typologie typeert en (wellicht) initieert, maar omvat geen concept voor de juridische ordening. Anders gezegd: het streven naar responsief recht kan (en moet, al was het maar omdat de feitelijke constellatie dat ons rechtssysteem nu eenmaal bestaat, daartoe dwingt) plaatsvinden binnen het concept van de democratische rechtsstaat. En dat concept kan zich bij het streven naar (meer) responsiviteit strenger of welwillender tonen voor verandering, afhankelijk of de kernwaarden in gedrang komen.

Als deze invalshoek wordt gedeeld, krijgt de opmerking van Van den Berge dat de visie van Scheltema op het ideaal van de responsieve rechtsstaat nergens duidelijk maakt hoe de waarden van het autonome recht probleemloos in dat nieuwe ideaal kunnen worden verdisconteerd<sup>14</sup> in enen perspectief. Het stelt dan scherp aan de orde of het wel terecht of wenselijk is om te spreken van de responsieve rechtsstaat en of niet – ook in het preadvies van Van den Berge – het verschil tussen responsief recht als typologie en de responsieve rechtsstaat als concept scherper en consequenter gemaakt zou moeten worden. Overigens denk ik – zoals hiervoor al in de inleiding aangegeven – dat in de visie van Scheltema wordt gekoerst op meer responsief recht binnen de grenzen van de democratische rechtsstaat en dat de ‘responsieve rechtsstaat’ eerder als pakkende aanduiding is gekozen – er is zelfs sprake van alliteratie – zonder zich bewust te zijn van de hiervoor beschreven normatieve lading, die aan die aanduiding kan worden gekoppeld.

Een slotopmerking over het tweede hoofdstuk: het ontgaat mij enigszins waarom Martin Loughlin als uitsmijter in dit hoofdstuk nadrukkelijk ten tonele wordt gevoerd.

Natuurlijk zijn er altijd mensen, die het inherente dilemma van responsief recht – de noodzakelijke algemeenheid van het recht enerzijds en de behoefte aan flexibiliteit en concrete rechtvaardigheid anderzijds – fatalistisch zullen willen beschouwen en het als onoverkomelijk zullen zien. Zwartkijkers zijn van alle tijden. Het benoemen van hun bestaan relativeert wel – vooral omdat responsiviteit zich als een ‘juichwoord’ heeft ontwikkeld – maar in een pleidooi voor responsief recht kan worden volstaan met kritische kanttekeningen ter zake van het dilemma. Met de visie van Loughlin wordt – buiten de signalering – ook niets gedaan.

#### 4. Nader beschouwd: de responsieve rechter

De hoofdstukken 3, 4 en 5 van het preadvies volgen de andere as van de matrix: de niveaus van responsiviteit zoals door Vonk onderscheiden. Dat Vonk over ‘niveaus’ spreekt, is opvallend. Het betreft hier responsiviteit uitgesplitst naar verschillende vlakken of functies: handelingsresponsiviteit betreft het gedrag en de opstelling van gezagsdragers, stelselresponsiviteit ziet op concrete regelgeving en overheidssturing en systeemresponsiviteit betreft de fundamentele systematische aanpak. Daar zit – ook normatief – als zodanig geen niveauverschil in. Wellicht dat Vonk ‘niveaus’ gebruikt vanuit een burgerperspectief – daar draait het tenslotte bij responsiviteit om – en dan liggen de varianten steeds verder weg van de concrete beleving van de burger. Het abstractieniveau neemt dan toe van micro naar meso naar macro.

In het derde hoofdstuk van het preadvies komt dan het eerste niveau van responsiviteit aan de orde: de handelingsresponsiviteit op microniveau (hoe gezagsdragers zich concreet jegens burgers opstellen). Van den Berge focust daarbij geheel op de rechter. Dat roept meteen de vraag op: waarom die beperking? Zeker, er is veel aandacht gegeven in de literatuur aan de veranderende rol en functie van de rechter. Maar ook andere gezagsdragers spelen op dit niveau van responsiviteit een belangrijke rol.<sup>15</sup> Te wijzen valt op het bestuurlijke project ‘Prettig contact met de overheid’. En in de responsieve tevredenheid, die we kennen onder het populaire begrip ‘procedurele rechtvaardigheid’, speelt de bestuurlijke benadering minstens een even belangrijke rol als de rechterlijke. Dat weet Van den Berge natuurlijk ook wel – hij haalt de rol van het bestuur wel (impliciet) aan<sup>16</sup> – maar daaraan wordt geen verdere aandacht besteed. Dat houdt het preadvies – zoals eerder belicht – weliswaar compact en evenwichtig, maar in het kader van de centrale vraagstelling van het preadvies is dat toch een forse aderlating.

<sup>13</sup> Van den Berge 2020, p. 18-19.

<sup>14</sup> Van den Berge 2020, p. 19.

<sup>15</sup> Zie in dit verband Koen Giezeman & Niels Jak, ‘Bestuursrechtelijk maatwerk. De wetgever en het bestuur aan zet’, *NJB* 2020/572.

<sup>16</sup> Van den Berge 2020, p. 24 waar hij spreekt van ‘juridische instituties meer in het algemeen’ en p. 47 waar de burgervriendelijke wijze van communiceren van het bestuur genoemd wordt. Ook de beschouwing over procedurele rechtvaardigheid wordt breder getrokken, zie Van den Berge 2020, p. 26.

Het effect van dat aderalaten raakt vergroot als de balans ter zake van de responsieve rechter in hoofdstuk 3 wordt opgemaakt. Er blijkt namelijk niet zoveel op het responsieve verlanglijstje te staan als naar de positie en functioneren van de bestuursrechter ten opzichte van de rechtzoekende burger wordt gekeken. In de ontwikkeling van het nieuwe bestuursprocesrecht zijn al forse stappen gemaakt en het is bij nadere lezing en doordinking eigenlijk behoorlijk indrukwekkend hoever de responsiviteit sinds Loeff op dit niveau is weten door te dringen.<sup>17</sup> Dat maakt de focus op de responsieve rechter niet minder waardevol, maar daarover wisten we al zoveel<sup>18</sup> en dat doet het gemis van een beschouwing over het responsieve bestuur zwaarder wegen. Wellicht dat daar nog (veel meer) winst te halen zou zijn. Natuurlijk komt het bestuur wel weer aan de orde bij de responsieve regulering, maar dat is op het mesoniveau van de stelselresponsiviteit en niet op het microniveau en dan liggen de kaarten toch weer anders.

Dat laat onverlet dat bij de beschouwing op microniveau enkele belangrijke noties geplaatst worden. Uit de beschouwingen van Van den Berge komt helder naar voren dat de responsiviteit in het contact tussen gezagsdrager en burger niet louter afhangt van (procedure)regels, maar evenzeer hoe de gezagsdrager daarmee om weet te springen. Dan spelen ook de motieven van de gezagsdrager een rol. Terecht dat Van den Berge dan oproept om ook de responsieve rechter kritisch te blijven volgen omdat diens responsieve houding uiteindelijk ook – en zelfs relatief eenvoudig – een vorm van juridische instrumentalisme kan (gaan) verhullen. In de typologie van Nonet & Selznick slaat dan responsiviteit om in repressie<sup>19</sup> en zijn we weer terug bij af. Opmerkelijk daarbij is dat de gezonde argwaan van Van den Berge op dit punt gewekt lijkt te worden door het ideaalbeeld dat André Verburg van de bestuursrechter geeft. Van den Berge schrijft:

‘Verburgs analyse is erop gericht de kernwaarden van het autonome recht – rechtszekerheid, formele gelijkheid en legaliteit – en die van het responsieve recht – openheid ten opzichte van de feiten, maatwerk en billijkheid – met elkaar te verenigen of althans in harmonie samen te brengen. Dat project is zo mooi en de nieuwe stijl van communiceren is zo aangenaam dat we bijna zouden vergeten ook de publieke machtsuitoefening die wordt uitgeoefend door Verburgs moderne bestuursrechter kritisch tegemoet te treden.’<sup>20</sup>

Deze formulering onderstreept overigens dat in die ideale situatie de waarden van het autonome recht – de democratische rechtsstaat – aangevuld of gecombineerd worden met responsieve waarden.

## 5. Nader beschouwd: responsieve regulering

Komen we in hoofdstuk 4 van het preadvies toe aan het mesoniveau van responsiviteit: de stelselresponsiviteit, dat gaat over de wijze waarop regelgeving en overheidssturing responsiviteit faciliteren. Van den Berge opent hier met een verhandeling over ‘network governance’ en ‘gouvernementaliteit’. Het is boeiend te zien hoe hij daarbij met relatief weinig woorden ontwikkelingen kan schetsen en de betekenis weet te duiden, die daarmee ook hanteerbaar worden voor juristen pur sang. In het licht van responsiviteit komt de verhandeling over ‘network governance’ uit op het nieuwe model van publiek-privaat netwerkbestuur. Dat bestuurskundig model toont zich als een voorgeborchte van de responsieve hemel. In deze coronatijd klinkt het ineens ontzettend bekend in de oren, maar de kern van het model is: we moeten het samen doen! In één penne-streek van Van den Berge: ‘Of het nu het klimaat, de verzorgingsstaat of veiligheidskwesties betreft: steeds is het idee dat de overheid de problemen alleen samen met burgers, maatschappelijke organisaties en bedrijven de baas zal kunnen zijn.’<sup>21</sup> Het publiek-privaat netwerkbestuur richt zich op sociale en maatschappelijke uitkomsten, waarbij maatwerk en flexibiliteit sleutelbegrippen zijn. Daarbij worden burgers in de intersubjectieve benadering als ‘partners in een netwerk-samenleving’ gezien.

Als de Raad voor het Openbaar Bestuur deze ontwikkeling bezingt met ‘The Times They Are A-Changin’ van Dylan<sup>22</sup> is de euforie wel compleet.<sup>23</sup> Dan trapt Van den Berge op de rem: na de ‘bewieroking’ noemt hij een kritische benadering van het model ‘haast verfrissend’. En natuurlijk is relativering op zijn plaats, het is immers nooit alles goud wat er blinkt. Maar de criticasters die Van den Berge vervolgens aanhaalt, relativieren het model omdat de overheid stiekem langs deze wegen toch haar doelen wil verwezenlijken en misschien wel zelfs meer controle wil realiseren. Dat moge allemaal waar zijn – daarbij is het maar de vraag of dat dat als verwijtbaar gedrag moet worden beschouwd – maar het ging hier uiteindelijk om stelselresponsiviteit en in hoeverre raken deze kritiekpunten die vorm van responsiviteit? Al lezende in dit deel van het preadvies bekruipt je ergens een gevoel van ‘maar het mag ook niet goed zijn’. Wellicht draagt de typologie van Nonet & Selznick – de andere as van de matrix – daaraan bij omdat daarin relativering of gebrekkigheid van het ‘responsive law’ al snel een negatieve

17 Natuurlijk kan het altijd beter en stuit je af en toe op een regelrechte jurisprudentiële misvatting zoals de zogeheten tweewekentermijn, waarover het redactioneel in het nummer Tijn Kortmann, ‘Maatwerk bij ontvankelijkheidsbeslissingen’, *NTB 2020/131*.

18 Alleen al de recente dissertatie van André Verburg maait hier al veel gras weg, zie D.A. Verburg, *Bestuursrechtspraak in balans: bejegening, beslechting en bewijs*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2019. Van den Berge verwijst hier ook meermalen naar.

19 Van den Berge 2020, p. 27.

20 Van den Berge 2020, p. 25.

21 Van den Berge 2020, p. 29.

22 Raad voor het Openbaar Bestuur, *Loslaten in vertrouwen. Naar een nieuwe verhouding tussen overheid, markt én samenleving*, Den Haag: Rob 2010, p. 3. Zie <https://www.raadopenbaarbestuur.nl/documenten/publicaties/2012/11/22/loslaten-in-vertrouwen>

23 Van den Berge 2020, p. 30.

lading kan krijgen: daarmee wordt de weg terug naar de hel van het 'repressive law' ingezet.

In de benadering en aanpak van Van den Berge valt wat cynisme te proeven en ik begrijp dat ook wel zodra het sociaal domein als illustratie van de problematiek rondom gouvernementaliteit en publiek-privaat netwerkbestuur aan de orde komt. Het sociaal domein gold als de meest prachtige proeftuin voor stelselresponsiviteit, maar in dit experiment hebben zowat alle relativeringen zich negatief verwezenlijkt. Van den Berge schrijft wat moedeloos daarover: 'De situatie in het sociaal domein illustreert op treffende wijze wat er kan gebeuren wanneer een informele, op maatwerk, flexibiliteit en horizontale verhoudingen georiënteerde bestuurlijke logica enerzijds en een op controle en kostenbeheersing gericht bestuurlijk instrumentalisme anderzijds door elkaar heen lopen'.<sup>24</sup>

In de slotparagraaf van het vierde hoofdstuk komt Van den Berge met 'de legitimiteit van de nabijheid'. De kille bureaucratie en verticale gezagslijnen raken met de opkomst van publiek-privaat netwerkbestuur vervangen door nauwe betrokkenheid en onderlinge samenwerking. Ik begrijp de plaatsing van dit responsieve element in het vierde hoofdstuk wel – zij het dat dit positieve nieuws ook al wel eerder in dit hoofdstuk gegeven had mogen worden – omdat het een uitvloeisel is van nieuwe overheidssturing. Maar liever had ik het in het derde hoofdstuk gezien bij het microniveau van de handelingsresponsiviteit. Daar past het ook, zoals Van den Berge zelf aangeeft: 'Niet wezenlijk verschillend van het nieuwe beeld van de rechter als "professionele vriend" of "burgervriend" is de opkomst van publiek-privaat netwerkbestuur zoals in het sociaal domein sterk verbonden aan een verschuiving van een bureaucratische "legitimiteit van de afstand" naar een "legitimiteit van de nabijheid"'.<sup>25</sup> Met de plaatsing in een hoger abstractieniveau komt dit aspect veel minder op een juridisch-operationele wijze aan de orde, dan het op het microniveau het geval had kunnen (of moeten) zijn. Dat is – zoals eerder betoogd in paragraaf 4 van deze bespreking – een gemis.

## 6. Nader beschouwd: responsieve rechtsbescherming

In het vijfde hoofdstuk van het preadvies bereiken we het macroniveau van de systeemresponsiviteit. Van den Berge opent met de vraag: wat betekent de nieuwe, 'meer responsieve' sturingswijze zoals de moderne overheid die hanteert nu voor het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming?<sup>26</sup> Het antwoord daarop volgt onmiddellijk en dan weet de lezer dat in dit hoofdstuk – op dit niveau – de rapen gaar zijn: 'Vooralsnog wordt de ontwikkeling van het Nederlandse bestuursrecht ernstig belemmerd door een mismatch tussen de nieuwe, "meer responsieve" wijze van

overheidssturing enerzijds en het klassieke, op de logica van het autonome recht gefundeerde begrippenkader zoals dat ten grondslag ligt aan het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming anderzijds'. Wat zijn dan de drempels in het huidige systeem waarop responsiviteit blijft hangen?

Het zal niet verbazen na eerdere publicaties<sup>27</sup> dat Van den Berge allereerst zijn pijlen richt op het besluitcentrisme in de rechtsbescherming. Dat valt zonder meer te begrijpen. De centrale plaats en functie van het besluit als specifiek handelingsbegrip bevordert niet de responsiviteit in het systeem van rechtsbescherming. Ik verwacht niet dat tegen die stelling veel oppositie bestaat en daarin schuilt ook niet het knelpunt. Dat zit in het alternatief: op welk systeem moeten/kunnen we overschakelen en dan ook nog eens 'going concern', want het bestuursrecht vormt geen statische laboratoriumsituatie maar is een rijdende trein. Daarop weet niemand tot nog toe een afdoend antwoord te formuleren.<sup>28</sup> Er wordt al langere tijd gefilosofeerd over de 'bestuursrechtelijke rechtsbetrekking', maar die gedachtenvorming wil ook niet loskomen van het besluitbegrip<sup>29</sup> en dan houden we het maar op 'een groeimodel'.<sup>30</sup> Van den Berge opteert daarom liever voor de denkrichting van Scheltema voor een stelsel van integrale geschilbeslechting.<sup>31</sup> Maar dat is een keuze die in het kader van het preadvies niet heel veel brengt. Het voorstel van Scheltema ziet 'slechts' op de situatie in het sociaal domein, waarbij de daar spelende specifieke problemen – die van doen hebben met het leveren van maatwerk – in de procedurele sleutel geplaatst, leiden naar een aanpassing van de rechtsbescherming op dat deelterrain.<sup>32</sup> Een mooi experiment en misschien wel een breekijzer,<sup>33</sup> maar een algemene ommezwaai in de systeemwet ligt nog altijd heel ver weg. Dat maakt het tegelijkertijd in het preadvies tot een veilige gedachte omdat de vraag naar realisatie – hoe gaan we de regeling voor alle geschillen onder de Awb optuigen – wordt ontgaan.

24 Van den Berge 2020, p. 35.

25 Ibidem.

26 Van den Berge 2020, p. 36.

27 Zie bijv. Lukas van den Berge, 'Macht en tegenmacht in de netwerksamenleving. Drie uitdagingen voor het bestuursrecht van de toekomst', in: Tom Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 3 e.v.

28 Zie daarover Hans Peters, 'Dat vermaledijde besluitbegrip', *NTB* 2019/23.

29 Zie daarover J.A.F. Peters, 'In de ban van het besluit. Over de verhouding tussen de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking, het besluit en de rechtsmachtverdeling', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In het nu... Over toekomstig bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 27 e.v.

30 Zie het VAR-preadvies – alweer zeven jaar geleden – van Van Ommeren & Huisman: F.J. van Ommeren en P.J. Huisman, 'Van besluit naar rechtsbetrekking: een groeimodel', in: F.J. van Ommeren e.a., *Het besluit voorbij* (VAR-reeks 150), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, gevolgd door diverse publicaties waarin dit model wordt uitgedragen, maar in de toepassing niet echt voorbij het besluitbegrip weet te komen.

31 Zie Van den Berge 2020, p. 37 en 39.

32 Scheltema spreekt zelf van een 'aanvulling van de Awb' en dat is niet direct een structurele aanpassing van de Awb (zie bijlage bij *Kamerstukken II* 2017/18, 34477, 27). Op basis van de ingewonnen reacties (zie het consultatieverslag, bijlage bij *Kamerstukken II* 2019/20, 34477, 69, p. 4) wordt ook niet overwogen om aan de Awb te sleutelen maar de aanvulling te plaatsen in de bijzondere wetgeving. Zie ook Van den Berge 2020, p. 37.

33 Zie Van den Berge 2020, p. 39, die het beeld ontleend aan L.J.M. Timmermans, 'Het sociaal domein als breekijzer', *Gst* 2017/173.

Na het besluitcentrisme stelt Van den Berge het begrip bestuursorgaan aan de orde, in het bijzonder het b-orgaan in de zogeheten publieke-taakjurisprudentie.<sup>34</sup> Dit is voor mij geen onbekend terrein maar – ik geef het ronduit toe – het heeft mij de nodige moeite gekost om het verband met responsief recht te ontdekken. Zie ik het goed, dan beschouwt Van den Berge de lijn in de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak als een kwalijke omdat die het overheidsbestuur te veel kans biedt om zich voor burger en het bestuursrecht te verstoppen. Dat doet afbreuk aan (de mogelijkheden van) responsiviteit. Heeft hij hier een punt? Het antwoord luidt bevestigend. Maar het b-orgaan in de publieke-taakjurisprudentie moet wel in een breed verband worden gezien. Vandaar dat een paar kanttekeningen op hun plaats zijn. De eerste opmerking is dat de publieke-taakjurisprudentie juist is ontstaan vanuit een poging van de bestuursrechter om de overheid niet uit het bestuursrecht te laten ontsnappen. Het gaat de bestuursrechter daarbij in het geheel niet om het formuleren van een overheidsbegrip – en al helemaal niet om een formeel overheidsbegrip – maar heel eenvoudig om het bieden van rechtsbescherming waar hij dat nodig vindt. Dat op de techniek die daarbij is gehanteerd, kritiek mogelijk is, zal ik niet ontkennen, maar de publieke-taakjurisprudentie komt – zoals mijn moeder placht te zeggen – ‘uit een goed hart’. Wrijf de bestuursrechter in theoretisch opzicht dus niet te snel iets als principieel verwijtbaar aan, als het deze daar praktisch niet om begonnen is. Laat onverlet dat de bestuursrechter zich wel bewust moet zijn van eventuele neveneffecten van zijn (strategisch) handelen. Voorts is bij de herijking van de publieke-taakjurisprudentie<sup>35</sup> getracht om de aanpak te preciseren, juist omdat daarop steeds kritiek was geleverd. Precisering leidt in deze constellatie tot meer mogelijkheden om je als overheid te onttrekken – dat is waar<sup>36</sup> – maar was niet de opzet en onder het adagium ‘echte boeven vang je niet met regels’ is het altijd mogelijk voor een kwaadwillende overheid om zich te onttrekken. Maar ook hier: is dat het patroon waarin we moeten denken en de maatstaf die we in de beoordeling moeten hanteren?

Als derde struikelpunt bij responsiviteit in de rechtsbescherming haalt Van den Berge de intensiteit van de rechterlijke toetsing aan. Dat is terecht: daar waar de rechter zich genoodzaakt ziet om afstandelijk te toetsen – laten we dit maar gewoon marginale toetsing noemen<sup>37</sup> – ontnemt hij zich de mogelijkheid om (meer) maatwerk te leveren. Op dit punt zit het Van den Berge mee: het is duidelijk opgepikt

en staat al geruime tijd in literatuur en rechtspraak geagendeerd en er zijn ook duidelijke koerswijzigingen zichtbaar.<sup>38</sup>

## 7. Afronding

In het laatste hoofdstuk laat Van den Berge de verschillende onderdelen van zijn preadvies wat samenvattend de revue passeren. Er zijn echter twee paragrafen in het zesde hoofdstuk die bijzonder de aandacht trekken: dat is de openingsparagraaf en de slotparagraaf.

In paragraaf 6.1 stelt Van den Berge de slotvraag: ‘In welke richting zou het Nederlandse bestuursrecht zich nu verder moeten ontwikkelen?’. Hij ziet drie mogelijkheden: (1) verder met ons huidig rechtssysteem; (2) gaan voor het responsieve recht met maatwerk en flexibiliteit; of (3) verbreding van ons juridische blikveld door kritisch meer responsief recht op te nemen. Het antwoord ligt voor de hand en zal door vrijwel niemand betwist worden, dunkt me. We dienen dat te bereiken door oog te hebben voor responsief recht en in verantwoorde mate responsieve elementen in het autonome recht te incorporeren. Het maatwerk waar we voor willen gaan, moet ook door maatwerk worden werkstelligd. Dat relativeert op een gezonde wijze een al te grote geestdrift voor responsiviteit als ‘juichwoord’. In zijn beschouwingen heeft Van den Berge – misschien voor sommige lezers wat onverwacht – dan ook terecht hier en daar op de rem getrapt.

Maar stelt deze conclusie ons tevreden? Mij – eerlijk gezegd – niet helemaal. Ik heb met veel plezier het preadvies gelezen en ook nieuwe ideeën en inzichten opgedaan. Maar de boeiende vraagstelling uit de inleiding ‘Wat zou de door Scheltema en anderen beoogde transitie van een bureaucratische naar een responsieve rechtsstaat voor de inrichting van het Nederlandse bestuursrecht concreet moeten betekenen?’ is in hoge mate niet beantwoord. Voor mij is op te weinig punten juridische hardheid geboden, is de preadviseur te zeer in rechtstheoretische beschouwingen blijven hangen en zijn concrete alternatieven voor systeemwijzigingen uitgebleven. Uiteindelijk bewijst een goede theorie ook haar waarde door te laten zien wat de consequenties ervan in de praktijk zijn. Dus dat is jammer, maar misschien wel het oogmerk van de preadviseur en heb ik te veel verwacht van die ene vraag in paragraaf 1.2.

Tot slot paragraaf 6.9, waarin Van den Berge terugkomt op de ‘legitimiteit van de nabijheid’ zoals aan de orde op het mesoniveau in paragraaf 4.4. Hij stelt dan dat de hedendaagse instituties hun legitimiteit baseren op twee bronnen: zowel ‘de legitimiteit van de afstand’ als ‘de legitimiteit van de nabijheid’. Dat geeft goed de spagaat weer waarin de overheid (niet alleen de rechter) zich thans bevindt bij de inweving van responsief recht in onze rechtsstaat. Enerzijds

34 Zie J.A.F. Peters, ‘Bestuursorgaan en publieke taak’, in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *JB Select*, Den Haag: Sdu 2019, p. 13 e.v.

35 Zie J.A.F. Peters, ‘De publieke-taakjurisprudentie geijkt’, *NTB* 2015/23.

36 Zie ook W. den Ouden in een aantal publicaties: W. den Ouden, ‘Het coöperatieve bestuursorgaan’, *NTB* 2016/52, J.E. van den Brink & W. den Ouden, ‘Subsidie nieuwe stijl. Publiek geld verplicht?’, *NJB* 2016/2000, W. den Ouden & H. van Amerongen, ‘Het bestuursorgaan-begrip voorbij?’, in: M. Bosma e.a. (red.), *De conclusie voorbij. Liber amicorum aangeboden aan Jaap Polak*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017 en haar annotatie *AB* 2019/321.

37 Tegen de lijn van de Afdeling bestuursrechtspraak in, zie daarover R.J.N. Schlössels, ‘Discretionaire dogmatiek... anders de Afdeling bestuursrechtspraak?’, *NTB* 2018/52.

38 Zie bijv. Rolf Ortler & Wouter Zorg, ‘Van marginale rechterlijke toetsing naar toetsing op maat: einde van een geconditioneerde respons?’, *Ars Aequi* 2018/1, p. 20 e.v.

is er de algemeenheid van het recht en de gelijkheid, aan de andere kant het maatwerk en flexibiliteit. De combinatie beproeven vereist een groot gevoel voor evenwicht. Van den Berge schrijft treffend: 'Een behandeling *zonder* aanzien des persoons gaat nu eenmaal ten koste van een behandeling *met* aanzien des persoons en andersom'.<sup>39</sup> Dat sluit mooi aan bij de lotgevallen van Koning Rex uit Fullers 'The Morality of Law' waarmee Van den Berge – het is een verteller! – zijn preadvies opent<sup>40</sup> en daarmee loopt het verhaal ook mooi rond. Het krijgt echter geen gelukkig eind omdat Van den Berge dit als een 'onoverbrugbare spanning' ziet. Hij besluit dan met: 'De theorie van het responsieve recht biedt geen harmonieuze balans of geheimzinnige bezweringsformule die aan die spanning een einde kan maken. Ook de responsieve rechtsstaat van Michiel Scheltema zal ons er niet van kunnen verlossen'.<sup>41</sup> Dat klinkt niet hoopvol. Het zijn defaitistische woorden, waarvan ik eigenlijk wel schrok en die nog lang bleven hangen, maar waartegen ik mij – op grond van mijn karakter alsook het geloof in onze rechtsstaat – toch keer.

---

39 Van den Berge 2020, p. 51.

40 Zie Van den Berge 2020, p. 9.

41 Van den Berge 2020, p. 51.