

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

Richard Neerhof

*Lukas van den Berge, Bestuursrecht tussen autonomie en verhouding. Naar een relationeel bestuursrecht (Den Haag: Boom juridisch, 2016), 359 p.*

Rechtsfilosofische beschouwingen over grondbeginselen van het bestuursrecht zijn in Nederland dun gezaaid. De dissertatie van Lukas van den Berge, waarop hij op 8 november 2016 aan de Universiteit Utrecht promoveerde, vormt daarop een gunstige uitzondering.

Van den Berge maakt onderscheid tussen twee fundamentele opvattingen van bestuursrecht, die met elkaar zouden conflicteren: de autonome en de relationele. Hij heeft als vraagstelling voor zijn onderzoek geformuleerd hoe het traditioneel voornamelijk ‘autonome’ bestuursrecht in ‘relationele’ zin kan worden hervormd zonder het verlichte aan het klassieke bestuursrecht ten grondslag liggende ideaal van autonome burgers op te geven. De begrippen autonoom en relationeel bestuursrecht worden in het boek niet precies gedefinieerd. Als ik het goed zie, kan de autonome opvatting van (bestuurs)recht worden omschreven als die volgens welke vrije individuen zich met algemene regels die abstraheren van bijzondere omstandigheden de wet stellen. Daarbij moet alles op alles worden gezet dat die regels door het bestuur ook daadwerkelijk worden toegepast. In de relationele opvatting zijn de rechtsposities van individuen in concrete verhoudingen tot anderen juist het vertrekpunt voor handelen van bestuur én rechter. Wat ik problematisch vind is dat in de vraagstelling al besloten lijkt te liggen dat hervormingen van autonoom naar relationeel bestuursrecht geïndiceerd zouden zijn.

In deel I geeft de auteur een interessante schets van wat hij noemt filosofische en ideeënhistorische grondslagen van autonome en relationele tradities in opvattingen over *de staat*. Beschouwingen van Rawls, Machiavelli, Hobbes, Locke, Rousseau en Kant getuigen volgens Van den Berge van een autonome staatsopvatting. Daarin wordt – kort gezegd – de vrijheid van burgers mogelijk gemaakt door vaststelling en handhaving van abstracte rechtsregels waaraan burgers zich gezamenlijk onderwerpen. De auteur schetst de zwakke stee in die zienswijzen aan de hand van analyses van hedendaagse filosofen als Dworkin, Sandel, Ricoeur en Honneth. Gemene kritische deler lijkt te zijn: waartoe dan die algemene, abstracte regels, wat zijn de ethische of morele gezichtspunten die daarbij leidend moeten zijn? De organische staats- en staatsopvattingen van Hegel en Thorbecke laten wél een oriëntatie op waarden en verbondenheden van mensen in concrete gemeenschappen zien. Tegen de geschetste achtergrond plaatst de auteur het rechtsgeleerde debat dat in Nederland eind negentiende en begin twintigste eeuw

Richard Neerhof

plaatsvond over de wenselijkheid van onafhankelijke administratieve rechtspraak.

In deel II wil de auteur bezien hoe de tegenstelling tussen autonome en relationele opvattingen over de staat hun vertaling krijgen in opvattingen over bestuursrecht en zijn verhouding tot het privaatrecht. Van den Berge meent dat de autonome opvatting onhoudbaar is gebleken. Zo werd in de ‘gemene rechtsleer’, die opkwam in het interbellum en waarvan er verschillende smaken zijn (Hamaker, Krabbe), het privaatrecht gezien als het gemene recht dat een uitdrukking vormt van het rechtsbewustzijn van burgers en in beginsel ook op overheidshandelen van toepassing is en het publiekrecht als louter wettelijk recht dat hieraan derogeert. Daarin was geen plaats voor ongeschreven bestuursrecht. Publiekrecht is daarin alleen wetgeving en dat maakt het tot ‘iets ijs’.

De ‘invullende rechtsleer’ van Tak en Teunissen (ook ‘autonoom’), die in de jaren negentig van de vorige eeuw school maakte (geïnspireerd door de wijsbegeerte van Dooyeweerd en Van Eikema Hommes) houdt in dat al het overheidshandelen uitsluitend en alleen gericht mag en moet zijn op het algemeen belang, steeds een grondslag in de wet dient te hebben en alleen beheerst wordt door geschreven en ongeschreven publiekrecht. Het privaatrecht kent overheidslichamen niet rechtstreeks bevoegdheden toe. Bevoegdheden uit het Burgerlijk Wetboek mogen door overheidslichamen ‘invullend’ worden gebruikt als er een positieve indicatie in de wet is dat de overheid een bevoegdheid heeft. Van ongeschreven zorgvuldigheidsregels die burgers op hun beurt jegens overheden in acht zouden moeten nemen kan geen sprake zijn. Rechtsbescherming bij de onafhankelijke rechter heeft louter en alleen als functie bindend te laten vaststellen of met een besluit onrechtmatige inbreuk wordt gemaakt op de individuele rechtspositie van de aanlegger van het geschil en die inbreuk te herstellen. Van den Berge doet de interessante bevinding dat de vrijheid van burgers door Tak en Teunissen, anders dan door Dooyeweerd, wordt verabsoluteerd tot steeds voluit voor eigen belangen kunnen gaan, voor zover dat niet botst met de vrijheid van anderen. Hij meent dat zij zich onvoldoende rekenschap geven van de sociale en maatschappelijke context waarin het recht functioneert.

Hirsch Ballin verschijnt ten tonele als verwoorder bij uitstek van de relationele opvatting van bestuursrecht in Nederland. In de kern komt zijn opvatting erop neer dat er al een door (ongeschreven) rechtsbeginselen beheerste rechtsbetrekking is tussen overheid en burger voordat er positief recht is gevormd dat op die verhouding van toepassing is. Die betrekking is wederkerig en op zich noch privaatrechtelijk, noch publiekrechtelijk van aard. Van door de wetgever geschapen rechtsvrije ruimten voor bestuursorganen kan geen sprake zijn. Ook burgers zijn in die verhouding gebonden aan ongeschreven behoorlijkeheidsregels. De wederkerige rechtsbetrekking was een funderend concept van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb).

De opvattingen over de wederkerige rechtsbetrekking vonden onder bestuursrechtgeleerden veel bestrijding. De ‘gemeenschappelijke rechtsleer’ van M.W.

Scheltema en M. Scheltema lijkt meer aantrekkingskracht te hebben. Volgens die leer liggen aan het gehele recht bepaalde gemeenschappelijke beginselen ten grondslag, maar krijgen zij een specifieke uitwerking in publiek- en privaatrecht. Het publiekrecht heeft een andere inhoud dan het privaatrecht, omdat de overheid over bijzondere bevoegdheden beschikt waaraan burgers zich niet kunnen onttrekken en omdat de verhouding tussen overheid en burger een ongelijkwaardige is. Onnodige verschillen tussen publiek- en privaatrecht maken het recht echter minder ongeloofwaardig. Waarom deze rechtsleer zoveel meer aandacht zou hebben voor de concrete sociale en maatschappelijke context waarin het recht functioneert, blijft in het boek echter impliciet.

In deel III doet de auteur pogingen spanningen tussen autonoom en relationeel bestuursrecht te vertalen naar enkele meer concrete thema's in het bestuursrecht: de keuze voor het besluit als bedoeld in artikel 1:3 Awb als rechtsingangscriterium en object van geding bij de bestuursrechter, de in het bestuursprocesrecht in 2013 ingevoerde relativiteitseis en de intensiteit van toetsing van de belangenafweging in besluiten van bestuursorganen door de bestuursrechter.

Dat geen afscheid werd genomen van de publiekrechtelijke rechtshandeling als object van geding bij de bestuursrechter past volgens Van den Berge niet bij de wederkerige rechtsbetrekking. Het zou de bestuursrechter juist weer aanzetten tot abstraheren van specifieke omstandigheden van het geval en concrete verhoudingen. Ik kan begrijpen dat de context van besluitvorming (voorbereiding en uitvoering) dan uit beeld kan raken, maar meer uitleg had bijgedragen aan overtuigingskracht. Wat bovendien verrast is dat de auteur noch in de uitbreiding van de competentie van de bestuursrechter naar alle handelingen van bestuursorganen – te formeel criterium – noch in de invoering van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking – een materieel criterium dat te onduidelijk zou zijn – een goed alternatief ziet voor afbakening van de competentie van de bestuursrechter.

Het relativiteitsvereiste kreeg ingang op alle deelterreinen van het bestuursrecht op 1 juli 2013, na ervaringen bij rechtsbescherming tegen besluiten over grote projecten (onder de Crisis- en herstelwet). Op grond van dit vereiste vernietigt de bestuursrechter een besluit niet op de grond dat het in strijd is met een geschreven of ongeschreven rechtsregel of een algemeen rechtsbeginsel, indien deze regel of dit beginsel kennelijk niet strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich daarop beroept (art. 8:69a Awb). Er is lang vastgehouden aan de klassieke idee dat rechtspraak ertoe dient om te waarborgen dat het bestuur steeds het objectieve recht juist toepast. De auteur ziet in deze bepaling een koerswijziging richting relationeel bestuursrecht. De invoering van het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste lijkt mij echter vooral een pragmatische keuze voor slagvaardig bestuur en het voorkomen van onnodige tijdrovende procedures. In 2016 heeft de bestuursrechtelijke evenknie van de correctie-Langemeijer in de jurisprudentie haar intrede gedaan met de correctie-Widdershoven. Deze houdt in dat de rechter toepassing van artikel 8:69a Awb achterwege laat als door het bestuursorgaan weliswaar een rechtsregel is geschonden die niet de bescherming beoogt van de belangen van een belanghebbende, maar die schending wel heeft geleid tot een

Richard Neerhof

schending van het vertrouwensbeginsel of gelijkheidsbeginsel jegens die belanghebbende. De auteur vindt dit een oprisping van autonoom bestuursrecht. Ik zou menen dat deze correctie juist duidt op oog voor de tussen een rechtssubject en bestuursorgaan in een concrete context bestaande rechtsverhouding.

Tot slot plaatst de auteur de marginale toetsing door de bestuursrechter van de belangenafweging door bestuursorganen in de sleutel van de tegenstelling tussen autonoom en relationeel bestuursrecht. Verhelderend voor mij was de bevinding dat deze toetsing niets van doen heeft met de leer van de trias politica van Montesquieu. Marginale toetsing past eerder bij de 'autonome' opvattingen over de staat en het bestuursrecht. Daarin kan de soevereine wetgever aan bestuursorganen een afgebakende discretionaire ruimte toekennen die de rechter dient te respecteren. In relationele opvattingen van bestuursrecht heeft de wetgever niet het primaat en moet door de rechter in concreto worden bezien of de wijze van uitoefening van discretionaire ruimte van het bestuur rechtmatig is, gelet op de aard van de rechtsverhouding en de in geding zijnde belangen. Dat past bij de huidige maatschappelijke context waarin gezagsdragers zich tegenover burgers voortdurend moeten verantwoorden. Van den Berge signaleert in recente jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak meer variabiliteit in intensiteit van toetsing. Uit jaarverslagen van de Raad van State van 2016 en 2017 blijkt inderdaad van minder terughoudendheid in toetsing.

Ik maak de balans op. De centrale onderzoeksvraag vat ik zo op dat de auteur heeft willen nagaan wat argumenten kunnen zijn om het bestuursrecht in relationele zin te hervormen. Hij kiest voor een (meer) organische opvatting van recht, waarin het recht levend is en aansluiting vindt bij belangen, morele intuïties, affecties en opvattingen van burgers. Mij lijkt helder dat die benadering betere kaarten kan hebben dan de autonome waarin alleen algemene wettelijke regels met een formele democratische legitimatie de rechtsverhouding tussen bestuur en burger bepalen. Op de vraag in hoeverre aan concrete maatschappelijke behoeften of de sociale realiteit in bestuurlijke besluitvorming en bestuursrechtspraak gehoor zou moeten worden gegeven hebben we daarmee nog geen antwoord. Het concept relationeel bestuursrecht komt mij voor als weinig sturend.

De auteur stelt in zijn verantwoording van de gebruikte methoden (p. 20-21) dat hij sociologische, politiek-theoretische en filosofische benaderingen in zijn onderzoek mee heeft genomen. De benadering in het proefschrift noemt hij empirisch-normatief: een benadering die zich rekenschap geeft van de sociale bepaaldheid van het recht, zonder uit empirische feiten 'meteen' normatieve standpunten te destilleren. Wat nu de aanpak is die de auteur precies heeft gevolgd wordt mij hiermee niet duidelijk. Hoe zijn sociale realiteiten en behoeften verdisconteerd in de analyses? Hoe is gekomen tot normatieve stellingnames?

Voorgaande kritische opmerkingen doen niet af aan de waardevolle inzichten die dit boek in het bestuursrechtelijke discours inbrengt.