

‘Niet is zo praktisch als een goede theorie’

Pleidooi voor een multidimensionale bestuursrechtswetenschap

Lukas van den Berge*

1. Inleiding

‘Nothing is as practical as a good theory’, aldus een bekend adagium van de Duits-Amerikaanse psycholoog Kurt Lewin.¹ In zijn recensie van mijn preadvies zegt Hans Peters hem dat na.² Toch denk ik dat het praktische belang van theoretische reflectie op het bestuursrecht nog veel groter is dan Peters zich realiseert. Er zijn in mijn ogen in hoofdzaak twee gevaren die een theoretisch onderontwikkeld bestuursrecht bedreigen. Daarbij gaat het ten eerste om een ongezonde fixatie op een wereldvreemde bureautafellogica die zich blindstaart op juridisch-dogmatische figuurzagerij en voor de concrete leefwereld van burgers – het burgerperspectief, zoals dat tegenwoordig heet – nauwelijks oog heeft.³ Daarnaast staat het gevaar van een benadering waarbij het bestuursrecht de eigen, niet-instrumentele waarde van juridische vormen en beginselen vergeet en zich kritiekloos voor het karretje laat spannen van managers, bestuurskundigen, economen, psychologen en vertegenwoordigers van andere academische disciplines die voor de eigen normatieve dimensie van het recht soms weinig oog hebben.⁴ In mijn preadvies heb ik een bijdrage willen leveren aan de ontwikkeling van een multidimensionale bestuursrechtswetenschap die beide gevaren kan helpen beteugelen. Hieronder licht ik dat nader toe.

2. Responsiviteit: geen hoerabegrip

Mijn preadvies begint met een nadere duiding van het concept van juridische responsiviteit. In de sliptestream van enkele publicaties van, onder meer, Scheltema⁵ en Allewijn⁶ heeft die term zich de laatste jaren ontwikkeld tot een waar nieuw bestuursrechtelijk *buzzword*. 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, maakt een onbuigzame juridische systeemlogica plaats voor maatwerk en flexibiliteit en ervaart de burger dat ‘het bij de rechtsstaat uiteindelijk om hem gaat’.⁷ Een rechtsstaat zonder parsekrokodillenproblematiek, wie wil dat nou niet? In de literatuur van de laatste jaren komt een wijde variëteit aan voorstellen en ideeën voorbij om de gedachte van ‘een

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

¹ K. Lewin, *Field Theory in Social Science: Selected Theoretical Papers*, Londen: Tavistock 1952, p. 169: ‘Nothing is as practical as a good theory’.

² J.A.F. Peters, ‘Maatwerk vereist maatwerk. Bespreking van het VAR-preadvies ‘Responsief bestuursrecht’ van Lukas van den Berge’, *NTB* 2020, afl. 6, §1.

³ Zie o.a. M. Scheltema, ‘De responsieve rechtsstaat: het burgerperspectief’, *NTB* 2019, afl. 6, p. 246-253.

⁴ Zie voor een recente en toegankelijke verwoording van dergelijke kritiek onder meer P.C. Westerman, ‘Naar een kritische en relevante rechtstheorie’, *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 2019, afl. 2, p. 244-255. Tot de Nederlandse bestuursrechtswetenschap is soortgelijke kritiek nog nauwelijks doorgedrongen.

⁵ M. Scheltema, ‘Bureaucratische rechtsstaat of responsieve rechtsstaat?’, *NTB* 2015, afl. 9, p. 287-289; M. Scheltema, ‘De burger in de rechtsstaat: Alice in Wonderland?’, *NTB* 2016, afl. 8, p. 267-270; M. Scheltema, ‘Schulden van de burger in de responsieve rechtsstaat: het regeerakkoord biedt perspectief’, *NTB* 2017, afl. 8, p. 253-257; M. Scheltema, ‘Wetgeving in de responsieve rechtsstaat’, *RegelMaat* 2018, afl. 3, p. 121-132; Scheltema 2019.

⁶ D. Allewijn, *Tussen recht en vrede: mediation in de responsieve rechtsstaat* (oratie Amsterdam VU), Den Haag: Sdu Uitgevers 2018.

⁷ Scheltema 2019, p. 248.

meer responsief bestuursrecht' van een nadere invulling te voorzien.⁸ Op die manier is bij sommigen het beeld ontstaan van responsiviteit als een modieus 'juichwoord', een in feite inhoudsloos 'hoerabegrip' waarachter de meest uiteenlopende en onderling soms tegenstrijdige doelen en uitgangspunten schuilgaan en dat zich slecht leent voor kritiek en discussie.⁹

In mijn preadvies voer ik de notie van responsiviteit terug op de theorie van de rechtssociologen Nonet en Selznick, die dat concept als geen ander in juridische zin hebben uitgewerkt.¹⁰ De waarden die ten grondslag liggen aan wat Scheltema de 'bureaucratische rechtsstaat' noemt, zijn bij hen herkenbaar in wat zij aanduiden als 'autonomous law': een stijl van juridische ordening die sterk is gericht op formele gelijkheid, regelgebondenheid en strikte overheidsneutraliteit. Om aan die waarden tegemoet te komen stelt het autonome recht zich met opzet op een zekere afstand van de sociale werkelijkheid. Een dergelijke afstandelijkheid komt bijvoorbeeld tot expressie in het vertrouwde beeld van de geblinddoekte Vrouwe Justitia, dat uitdrukt dat juridische instituties hun ordenende functie alleen naar behoren kunnen vervullen door zich terug te trekken in een abstracte juridische systeemwereld en het eigen waarnemingsvermogen actief te belemmeren. Het responsieve recht, daarentegen, rukt zich de doek juist van het hoofd en wenst niet langer blind te zijn voor de concrete leefwereld van burgers. Waar het autonome recht zich richt op behandeling van burgers *zonder* aanzien des persoons, scheidt 'responsive law' juist ruimte voor behandeling *met* aanzien des persoons en daarmee ook voor flexibiliteit en maatwerk.

In zijn recensie van mijn preadvies ziet Hans Peters tussen de idealen van het autonome en het responsieve recht geen inherente spanning. Binnen de veilige kaders van de democratische rechtsstaat laat het autonome ideaal zich volgens hem gemakkelijk verrijken met responsieve elementen zonder daarbij in te boeten op de waarden die aan het autonome recht ten grondslag liggen.¹¹ Ik ben dat niet met hem eens. Vrouwe Justitia kan haar geblinddoekte afstandelijkheid niet volledig volhouden en zich tegelijkertijd meer oriënteren op de concrete realiteit waarop het recht als systeem betrekking heeft. Een behandeling *zonder* aanzien des persoons staat nu eenmaal op gespannen voet met een behandeling *met* aanzien des persoons en andersom. Een Corendonvariant – alles inclusief voor dezelfde prijs – is niet altijd voorradig. Een transitie van een autonome – of bureaucratische, zo men wil – rechtsstaat naar een responsieve rechtsstaat kan wenselijk zijn, maar brengt hoe dan ook kosten met zich mee. Maatwerk en flexibiliteit zijn welkomme elementen van een vernieuwde juridische orde, maar staan in gespannen verhouding tot waarden die het best gedijen bij een zekere juridische vormelijkheid. Kortom: responsiviteit is geen hoerabegrip, maar verwijst naar een juridische openheid die ook zelf niet zonder problemen is.¹²

3. PCMO en NZB: ervaren procedurele rechtvaardigheid

Anders dan Peters af en toe lijkt te suggereren, heeft de aandacht die ik in mijn preadvies vraag voor de fricties tussen de bestuursrechtelijke uitgangspunten van regelgebondenheid enerzijds en

⁸ Zie onder meer de verzamelde bijdragen in L. van den Berge en J. Goossens (red.), *Responsief bestuursrecht in de veranderende publieke ruimte* (NTB 2018, afl. 5), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

⁹ L. Damen, 'Van Awb-mens naar responsieve burger?', in: A.T. Marseille e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 113-122, p. 115. Zie ook R.J.N. Schlössels, 'Beginselen van behoorlijk bestuur', NTB 2018, afl. 9, p. 426 over responsiviteit als 'een universele kleefpasta om allerlei bestuursrechtelijke onderwerpen met elkaar te verbinden'.

¹⁰ Ph. Nonet en Ph. Selznick, *Law and society in transition. Toward responsive law*, New Brunswick: Transaction Publishers 2001 (eerste editie 1978).

¹¹ Peters 2020, §3.

¹² Zie in dezelfde zin ook N. Doornbos, 'Naar een meer responsief bestuursrecht? Verder bouwen aan het huis van de rechtsstaat', in: A.T. Marseille e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 567-578; E. Tanja, 'Responsiviteit: betekenis, waarde en gevolgen voor de bestuur(srechtelijke) praktijk', NTB 2018, afl. 5, p. 185-187.

maatwerk en flexibiliteit anderzijds met cynisme of zelfs fatalisme niets te maken.¹³ Integendeel. Zijn het niet juist al die onoplosbare spanningen en dilemma's die van de rechtsgeleerdheid zo'n heerlijk werkerrein maken? Evenmin betreft de afwijzing van een alles-inclusief Corendonrecht een vorm van theoretische scherpslijperij die voor de praktijk van het recht verder van weinig importantie is. Een scherp oog voor de spanning tussen afstandelijke juridische vormelijkheid en praktische openheid is onder andere van belang bij de analyse van bestuurlijke en rechterlijke vernieuwingsprogramma's als Passend (voorheen Prettig) Contact met de Overheid (PCMO) en de Nieuwe Zaaksbehandeling (NZB). Beide initiatieven berusten onder meer op de gedachte dat burgers zich gemakkelijker voegen naar overheidsgezag wanneer zij zich gekend voelen in hun particuliere gevoelens en individuele situaties. Aan de sociale psychologie ontleende kernbegrippen zijn 'procedural justice' en 'voluntary compliance': wie zich rechtvaardig behandeld voelt, zal zich vrijwillig neerleggen bij overheidsgezag. Uiteindelijk, zo is de gedachte, wordt iedereen daar beter van: burgers besparen zich de energie van nodeloos protest en overheidsinstituties behouden het gezag dat zij nodig hebben om de maatschappij in goede banen te leiden.¹⁴

Aan vaste juridische vormen en algemene procedures bestaat bij de nieuwe werkwijze niet per se veel behoefte. Meer dan voorheen is het de bedoeling dat gezagsdragers maatwerk en flexibiliteit vooropstellen en hun handelen concreet afstemmen op specifieke behoeften van burgers. Legitimiteit wordt in de eerste plaats begrepen als de mate waarin burgers het overheidshandelen als rechtvaardig ervaren en niet als de mate waarin dat handelen overeenstemt met beginselen van rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en democratie. Waar output al langer wordt onderkend als een belangrijk element van legitiem overheidsgezag, is de legitimiteit van overheidsgezag op die manier in zekere zin zelf output geworden. In internationale literatuur bestaat op die ontwikkeling al langer forse kritiek, maar tot de Nederlandse rechtswetenschap is die tot nog toe nog nauwelijks doorgedrongen.¹⁵ Een praktische gelijkstelling van *ervaren rechtvaardig* met *rechtvaardig* overheidshandelen houdt echter aanzienlijke risico's in. Ten eerste kan de nieuwe informele werkwijze zich ontwikkelen tot een 'burger-als-klant-benadering' die in het publieke domein slecht op zijn plaats is.¹⁶ Ten tweede bestaat het gevaar dat 'prettig contact met de overheid' verwordt tot de strategische inzet van technieken waarmee aan burgers knollen voor citroenen kunnen worden verkocht zonder daarbij op noemenswaardig protest te hoeven rekenen.¹⁷

Dat aan de informalisering van publieke machtsuitoefening bepaalde risico's kleven, neemt natuurlijk niet weg dat vernieuwingsprogramma's als PCMO en NZB op zichzelf heel belangrijk en waardevol zijn. Het op het autonome recht gefundeerde ideaal van de gezagsdrager als onpersoonlijke handhaver van vaste regels en procedures voldoet niet langer in een tijd waarin burgers vaak niet zozeer 'zonder aanzien des persoons', maar eerder 'mét aanzien des persoons' behandeld wensen te worden. Toch is het tegelijkertijd belangrijk voldoende oog te houden voor de problematische aspecten die aan de nieuwe, meer informele benadering van burgers kleven. Dat is geen zwartkijkerij, maar constructieve kritiek jegens een nieuw ideaal van bestuurlijk en rechterlijk handelen dat in de Nederlandse bestuursrechtswetenschap tot nog toe nauwelijks kritiek heeft ontmoet. Een volwassen bestuursrechtelijke theorie die de aantrekkelijke kanten van juridische responsiviteit onderkent maar de problematische aspecten ervan niet onder het tapijt schuift, biedt

¹³ Peters 2020, §3.

¹⁴ Baanbrekend zijn onder meer T.R. Tyler, *Why People Obey the Law*, New Haven: Yale University Press 1990, J. Thibaut en L. Walker, *Procedural Justice: A Psychological Analysis*, Hillsdale: Lawrence Erlbaum Associates 1975 en E.A. Lind en T.R. Tyler, *The Social Psychology of Procedural Justice*, New York: Springer 1988. Zie voor toepassing op de Nederlandse bestuursrechtspraak o.a. D.A. Verburg, *Bestuursrechtspraak in balans: bejegening, beslechting en bewijs* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2019, met verdere verwijzingen.

¹⁵ Zie o.a. A. Sarat, 'Authority, Anxiety, and Procedural Justice: Moving from Scientific Detachment to Critical Engagement', *Law and Society Review* 1993, afl. 3, p. 647- 671.

¹⁶ Vgl. o.a. I. van Domselaar, 'De rechter is meer dan een probleemoplosser', *NRC Handelsblad* 14 januari 2020.

¹⁷ Zie ook Westerman 2019, p. 254.

een aantrekkelijk kader om moderne inzichten over procedurele rechtvaardigheid in het bestuursrecht een duidelijke plek te geven en tegelijk kritisch te blijven op de wijze waarop gezagsdragers met die inzichten omspringen.¹⁸ Het praktische belang van zo'n theorie valt haast niet te overschatten.

4. 'Government by stealth': besturen onder de radar van het bestuursrecht

Een soortgelijke kritische omgang is nodig met betrekking tot een tweede ontwikkeling die ik mijn preadvies behandel: de verschuiving van 'government' via 'new public management' naar 'network governance' als de nieuwe dominante vorm van regulering en overheidssturing. Met 'government' doel ik in dit verband op een bureaucratisch sturingsmodel waarbij – conform de principes van het autonome recht – regelgebondenheid van het bestuur centraal staat.¹⁹ 'Governance' daarentegen heeft betrekking op vormen van sturing waarbij – geheel volgens de principes van het responsieve recht – niet regelgebondenheid, maar het bereiken van doelen vooropstaat. Maatwerk en flexibiliteit zijn daarbij sleutelbegrippen.²⁰ Een belangrijk moment in de overgang van 'government' naar 'governance' is de opkomst van 'new public management', maar die sturingsfilosofie is inmiddels alweer doodverklaard en begraven onder het inzicht dat een al te eenzijdige nadruk op privatisering en vermarkting afbreuk kan doen aan belangrijke publieke standaarden van transparantie, inclusiviteit en democratische verantwoording.²¹ Het huidige dominante model van overheidssturing wordt wel aangeduid als 'network governance': de gedachte dat overheid, markt en samenleving niet zonder elkaar kunnen en zich samen 'om de tafel' zullen moeten scharen om tot gezamenlijke oplossingen te komen.²²

De overgang van 'government' naar 'network governance' wordt vooral in bestuurskundige literatuur alom bezongen als een welkome ontwikkeling. De huidige tijd zou vragen om een overheid die 'ruimte geeft aan vitaliteit' door bij de uitvoering van publieke taken zo veel mogelijk te vertrouwen op samenwerking met burgers, bedrijven en maatschappelijke organisaties. 'Loslaten in vertrouwen', aldus het verleidelijke beeld dat de Raad voor het openbaar bestuur van die werkwijze schetst.²³ Maar volgens critici heeft de nieuwe sturingswijze nu juist met 'loslaten' helemaal niets te maken.²⁴ Integendeel: door zich zogenaamd uit het publieke domein terug te trekken maar intussen een fijnmazig stelsel van benchmarks, prestatieafspraken en andere financiële prikkels in het leven te roepen is de overheid beter dan ooit in staat de samenleving tot in de haarvaten te micro-managen. 'Government by stealth', noemt de Amerikaanse critica Wendy Brown dat in een belangrijk boek over deze materie.²⁵ Juist vanachter een rookgordijn van consensualiteit en samenwerking blijft het

¹⁸ Vgl. ook Doornbos 2019.

¹⁹ Vgl. o.a. Y. Papadopoulos, *Democracy in Crisis? Politics, Governance and Policy*, New York: Palgrave Macmillan 2013, p. 120.

²⁰ D. Levi-Faur, 'Regulation and Regulatory Governance', in: D. Levi-Faur (red.), *Handbook on the Politics of Regulation*, Cheltenham: Edward Elgar 2011, p. 3-21.

²¹ De definitieve doodverklaring van het 'new public management' wordt in de literatuur vrij algemeen toegeschreven aan P. Dunleavy e.a., 'New Public Management Is Dead – Long Live Digital-Era Governance', *Journal of Public Administration Research and Theory* 2006, afl. 3, p. 467-494.

²² E.H. Klijn en J. F.M. Koppenjan, *Governance Networks in the Public Sector*, Londen: Routledge 2016.

²³ Raad voor het openbaar bestuur, *Loslaten in vertrouwen. Naar een nieuwe verhouding tussen overheid, markt én samenleving*, Den Haag 2012, p. 67-68. De zienswijze van de Raad is sterk verwant aan de visie zoals die wordt uiteengezet in I. Ayres en J. Braithwaite, *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, Oxford: Oxford University Press 1995.

²⁴ Zie voor heldere en zeer toegankelijke uitleg op dit punt onder meer W. Schinkel en F. van Houdt, 'Besturen door vrijheid. Neoliberaal communitarisme en de verantwoordelijke burger', *Bestuurskunde* 2010, afl. 2, p. 12-21, met verdere verwijzingen.

²⁵ W. Brown, *Undoing the Demos. Neoliberalism's Stealth Revolution*, New York: Zone Books 2015.

moderne bestuur gemakkelijk onder de radar van juridische en democratische controlemechanismen en dringt het uiterst diep en dwingend door in het private domein van burgers.²⁶

‘Kan het dan nooit een keer goed zijn?’, aldus het gevoel dat Hans Peters bekruipt bij kennisname van dergelijke kritiek.²⁷ Maar met goed of slecht heeft de kritiek op het publiek-private netwerkbestuur van Brown en anderen niet per se iets te maken. De nieuwe sturingsfilosofie biedt tal van elementen die gekoesterd moeten worden. De toegenomen aandacht voor maatwerk en flexibiliteit, maar ook de actieve betrokkenheid van burgers en maatschappelijke organisaties bij beleidsvorming maken daar deel van uit.²⁸ Een terugkeer naar het centralistische en bureaucratische ‘command and control van weleer’ is niet aantrekkelijk. Maar aan het belang van kritiek als die van Brown doet dat niet af. In het sociaal domein hebben we de laatste jaren kunnen zien wat er kan gebeuren wanneer een decentraal en horizontaal georiënteerde sturingsfilosofie en een op controle en kostenbeheersing gericht bestuurlijk instrumentalisme door elkaar heen lopen. Een stelsel dat ruimte biedt aan maatwerk en pragmatisme ter vervanging van rigide regeltoepassing is op zichzelf reuze aantrekkelijk, maar interfereert gemakkelijk met een bestuurlijke logica die zich eenzijdig richt op output en efficiency. Een scherp oog voor de risico’s van het publiek-private netwerkbestuur helpt voorkomen dat die sturingswijze gemakkelijk ontspoord.²⁹

5. Mismatch: maatwerk vereist maatwerk

In het laatste hoofdstuk van mijn preadvies stel ik de mismatch aan de orde tussen de responsieve bestuurspraktijk enerzijds en het klassieke, sterk op autonome uitgangspunten gefundeerde stelsel van bestuursrechtspraak anderzijds. Een kernprobleem van het huidige stelsel van bestuursrechtspraak is dat het zit opgescheept met een verouderd instrumentarium dat op bestuurlijke machtsuitoefening slecht is toegesneden. Het moderne bestuur heeft wel iets weg van Proteus, de Griekse zeegod die steeds ongrijpbaar blijft door wisselende gedaantes aan te nemen.³⁰ De bestuursrechtspraak staat daar betrekkelijk machteloos tegenover. Een belangrijk obstakel voor adequate juridische tegenmacht is de ouderwetse notie van het besluit als de ‘kern van het besturen’.³¹ Al bij de inwerkingtreding van de Awb stond dat idee op gespannen voet met de bestuurlijke realiteit en die situatie is er sindsdien niet bepaald 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 meer indirecte sturingstechnieken en ‘stuurt het op resultaat’ alsof het een lieve lust is. Een systeem dat ‘de kern

²⁶ Zie ook L. van den Berge, ‘Gouvernementaliteit en rechtsbescherming: Groninger gas, sociaal domein en de ongrijpbare overheid’, *NJB* 2018, afl. 17, p. 1186-1190; L. van den Berge, ‘Van government naar governance: besturen onder de radar van het bestuursrecht’, *NTB* 2018, afl. 5, p. 220-222.

²⁷ Peters 2020, §5.

²⁸ Zie voor het belang van actief burgerschap voor democratische representatie onder meer het klassieke H.F. Pitkin, *The Concept of Representation*, Berkeley: University of California Press 1967 en voor het belang van interactief bestuur voor de output en efficiency van overheidsbeleid onder meer het even klassieke R.D. Putnam, *Making Democracy Work: Civic Traditions in Modern Italy*, Princeton: Princeton University Press 1993. Beide klassiekers gaan uitgebreid in op het belang van *responsiveness* voor de kwaliteit van het openbaar bestuur. Zie ook Tanja 2018.

²⁹ Vgl. voor dezelfde genuanceerde stellingname o.a. E. Tonkens en J.W. Duyvendak, ‘Professionaliteit, democratie en solidariteit onder druk. De beloften van nabijheid nader beschouwd’, in: *De verhuizing van de sociale verzorgingsstaat. Hoe de overheid nabij komt*, Amsterdam: Van Gennep 2018, p. 231-250.

³⁰ Zie ook L. van den Berge, L. van den Berge, ‘Bestuursrecht in de netwerksamenleving. Waarom de rechtsmacht van de bestuursrechter een materiële grondslag behoeft’, *RMThemis* 2018, afl. 4, p. 124-136.

³¹ De notie van het bestuursbesluit als de kern van het besturen gaat binnen de Nederlandse rechtswetenschap terug op C.W. van der Pot, ‘De vormen van het besturen’, in: C.W. van der Pot e.a. (red.), *Nederlandsch bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1932, p. 201 e.v.

van het besturen' blijft zoeken in het nemen van besluiten is tegen die moderne bestuurspraktijk niet opgewassen.³²

'Maatwerk vereist maatwerk', merkt Peters in zijn recensie in dit verband treffend op.³³ Nu het bestuurlijk handelen zich steeds meer oriënteert op flexibiliteit en maatwerk, kan het stelsel van bestuursrechtspraak moeilijk achterblijven en zijn grondslag blijven zoeken in de vaste vormen van een onwrikbaar formalisme. Aan de bestuursrechter maar al te vaak de taak het groene kroontje van een aardbei af te snijden met een cirkelzaag. Het is haast een wonder hoe goed hij daar vaak toch nog in slaagt, maar duidelijk is wel dat zijn instrumentarium dringend aan vervanging toe is.³⁴ Ten eerste is behoefte aan een fundamentele uitbreiding van de rechtsmacht van de bestuursrechter die zelfs nog verder gaat dan het voorzichtige groeimodel van Van Ommeren en Huisman, die het 'besluitcentrisme' in wezen onaangetaast laten door het nemen van besluiten te blijven bestempelen als 'de harde kern' en andere sturingswijzen hooguit aanwijzen als de 'omringende schil' daarvan.³⁵ Maar waarom zou het nemen van besluiten eigenlijk de kern van het besturen uitmaken, terwijl overige, meer indirecte maar daarmee zeker niet minder dwingende overheidshandelingen hooguit de periferie bestrijken?³⁶ Alleen een stelsel dat definitief afrekenet met de formalistische traditie van het besluitcentrisme biedt aan de moderne bestuurspraktijk het juiste tegenwicht.³⁷

Het gebrek aan een voldoende verfijnd en gevoelig instrumentarium komt in de bestuursrechtspraak daarnaast scherp naar voren in de omgang met b-organen en bij de toetsing van bestuurshandelen aan het evenredigheidsbeginsel. Het sterk formele b-orgaanbegrip zoals dat onlangs vorm heeft gekregen in de jurisprudentie functioneert in de praktijk vaak als routekaart in handen van het bestuur bij het vermijden van bestuursrechtelijke rechtsbescherming.³⁸ Een oplossing is slechts gelegen in een meer materiële en flexibele – dat wil dus zeggen: meer responsieve – omgang met het bestuursorgaanbegrip die beter aansluit bij de veelheid aan vormen waarin bestuurlijke machtsuitoefening heden ten dage gestalte krijgt. Hoopvoller is de recente ontwikkeling van rechterlijke toetsing aan het evenredigheidsbeginsel. Gelukkig beweegt de rechtspraak zich van een geconditioneerde respons van afstandelijkheid naar een contextuele benadering van 'toetsing op maat' waarbij de indringendheid van rechterlijke toetsing wordt afgestemd op relevante concrete

³² Zie ook L. van den Berge, 'Macht en tegenmacht in de netwerksamenleving: drie uitdagingen voor het bestuursrecht van de toekomst', in: A.T. Marseille e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 3-12.

³³ Peters 2020, §7.

³⁴ Illustratief in dit verband zijn onder meer de uitspraken van de Centrale Raad van Beroep van 18 mei 2016, waarin de Raad het instrumentarium van het besluitenprocesrecht uiterst creatief weet te benutten en op die manier rechtsbescherming biedt aan rechtzoekenden in het sociaal domein. Zie ECLI:NL:CRVB:2016:1491, *AB* 2016/263, m.nt. A. Tollenaar; CRvB 18 mei 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1402, *AB* 2016/202, m.nt. C.W.C.A. Bruggeman; CRvB 18 mei 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1403, *AB* 2016/203, m.nt. C.W.C.A. Bruggeman en CRvB 18 mei 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1404, *AB* 2016/204, m.nt. C.W.C.A. Bruggeman. In zijn advies voor een regeling van integrale geschilbeslechting in het sociaal domein legt Scheltema helder uit waarom de oplossing toch geen bevredigende oplossing is: Zie M. Scheltema, 'Advies integrale geschilbeslechting in het sociaal domein', *NTB* 2018, afl. 1, p. 5-6. Zie voor een nadere bespreking eventueel ook §5.2 van mijn preadvies.

³⁵ F.J. van Ommeren en P.J. Huisman, 'Van besluit naar rechtsbetrekking: een groeimodel', in: *Het besluit voorbij* (preadviezen VAR), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 12-15.

³⁶ Vgl. o.a. Ch.W. Backes, *Suum cuique? Enkele opmerkingen over de rechtsmachtverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter* (oratie Maastricht), Maastricht 2009, p. 21; 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... wat worden zal. Over toekomstig bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 33-38.

³⁷ De term 'besluitcentrisme' ontleen ik aan R.J.N. Schlössels, 'Het besluit voorbij...maar via welke route?', in: A.T. Marseille e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 133-141. zie voor het gebruik van dezelfde term ook Van Ommeren en Huisman 2013, p. 112.

³⁸ Vgl. W. den Ouden, 'Het coöperatieve bestuursorgaan', *NTB* 2016, afl. 10, p. 387-392.

omstandigheden.³⁹ Bij de verdere ontwikkeling daarvan, zo betoog ik in mijn preadvies, zou de Duits-Europese systematiek van toetsing op geschiktheid, noodzakelijkheid en proportionaliteit goede diensten kunnen vervullen. Die biedt immers een aantrekkelijke juridische taal die de rechter in staat stelt zich uit te spreken over bestuurlijk beleid en tot datzelfde beleid tegelijkertijd een zekere afstand te bewaren.⁴⁰

Kortom: in mijn preadvies pleit ik voor een fundamentele herdenking en uiteindelijk ook vernieuwing van het stelsel van bestuursrechtspraak. Rode draad is onder meer dat onwrikbare vormen en strikt binaire grenslijnen toe zijn aan vervanging door een meer verfijnd begrippenkader dat beter aansluit bij de wijze waarop bestuurlijke machtsuitoefening vandaag de dag in de praktijk gestalte krijgt. Ik pleit voor een bestuursrecht dat zich minder terugtrekt in een formeel-abstracte juridische systeemwereld en zich meer rekenschap geeft van de concrete leefwereld van burgers waarop het recht als systeem betrekking heeft. Het is waar dat ik bij dat alles geen panklare oplossingen aanlever, maar eerder een richting bepleit mogelijke oplossingen het best gezocht kunnen worden. Het spijt mij dat Hans Peters dat als een gemis beschouwt.⁴¹ Toch ben ik het niet met hem eens voor zover hij mocht bedoelen dat in de rechtswetenschap alleen ‘winst’ kan worden geboekt wanneer analyse leidt tot eenduidige en direct toepasbare instructies aan de wetgever of de praktijkjurist. In mijn ogen is het juist een gebrek aan fundamentele doordenking waardoor veel hedendaagse problemen in het bestuursrecht in feite worden veroorzaakt.⁴² Vraag het Kurt Lewin: het praktische belang van een goede theorie valt haast niet te overschatten.

6. Tot besluit: naar een multidimensionale bestuursrechtswetenschap

Meer aandacht voor theoretische reflectie op het bestuursrecht is behalve voor vruchtbare praktische vernieuwing ook in methodologisch opzicht van onschatbaar belang. In mijn proefschrift uit 2016 heb ik onder meer beschreven hoe het kon gebeuren dat de Nederlandse beoefening van de moderne bestuursrechtswetenschap al zo ongeveer sinds haar geboorte in de greep kon raken van een beklemmend formalisme dat in onze rechtscultuur zijn sporen tot op heden heeft nagelaten. Kort gezegd komt het erop neer dat het privaatrecht – het gemene (=algemene) recht, zo heette dat dan – al snel werd bestempeld als organisch beginselenrecht, terwijl het bestuursrecht te boek kwam te staan als kunstmatig uitzonderingsrecht.⁴³ In zijn monumentale *De drie dimensies van het bestuursrecht* trekt Jo van der Hoeven zo ongeveer alles uit de kast om het beeld van bestuursrecht als kunstmatig uitzonderingsrecht te bestrijden.⁴⁴ Maar zelfs hem is het niet gelukt die – bewust of onbewust gehanteerde – conceptie uit de hoofden van een aanzienlijk deel van de Nederlandse juristen te krijgen. In zijn recente oratie doet Rolf Ortlep een nieuwe poging.⁴⁵ Ik zeg hier graag: mensen, lees dat boek! Het is ongelooflijk belangrijke materie en de inzichten die Ortlep met ons deelt verdienen maximale verspreiding.

³⁹ R. Ortlep en W.S. Zorg, ‘Van marginale rechterlijke toetsing naar toetsing op maat: einde van een geconditioneerde respons?’, *Ars Aequi* 2018, afl. 1, p. 20-25.

⁴⁰ Zie ook reeds L. van den Berge, *Bestuursrecht tussen autonomie en verhouding. Naar een relationeel bestuursrecht* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2016, hoofdstuk 9. Zie voor hetzelfde standpunt E.M.H. Hirsch Ballin, ‘Dynamiek in de bestuursrechtspraak’, in: *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter* (Preadviezen VAR), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 7-58.

⁴¹ Peters 2020, §7.

⁴² Vgl. o.a. L. van den Berge, ‘Sterft, gij oude vormen en gedachten! Grondslagen van een responsief bestuursrecht’, *Ars Aequi* 2017, afl. 6, p. 563-569.

⁴³ Van den Berge 2016, met name hoofdstukken 5, 7 en 8.

⁴⁴ J. van der Hoeven, *De drie dimensies van het bestuursrecht* (VAR-reeks 100), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1989.

⁴⁵ R. Ortlep, *Redelijkheid en billijkheid in het bestuursrecht* (oratie OU), Deventer: Kluwer 2020, ook beschikbaar via <https://www.uva.nl/profiel/o/r/r.ortlep/r.ortlep.html> (laatst geraadpleegd 3 juni 2020).

Het slechts gedeeltelijk slagen van Van der Hoevens missie wil natuurlijk niet zeggen dat de afgelopen jaren geen vooruitgang is geboekt. Integendeel! Opvallend is met name de winst die is behaald door het bestuursrecht in verband te brengen met empirisch georiënteerde wetenschapsgebieden zoals bestuurskunde, economie, psychologie, milieu- en klimaatwetenschap en nu ook informatica en data science.⁴⁶ De empirische wetenschappen zijn van groot belang voor de ontwikkeling van een contextueel bestuursrecht dat zich niet beperkt tot juridisch-dogmatische figuurzagerij, maar zich mede richt op de concrete realiteit waarop algemene regels en abstracte beginselen betrekking hebben. Daarom is het ook zo heilzaam dat recent in de bestuursrechtswetenschap breed aandacht is besteed voor het WRR-rapport *Weten is nog geen doen*.⁴⁷ Het is bijzonder belangrijk dat de gedragswetenschappelijke kennis die in dat rapport beschreven staat goed tot de bestuursrechtswetenschappers, wetgevingsjuristen en praktijkjuristen doordringt. Alleen op die manier kan uiteindelijk een stelsel ontstaan dat niet vertrekt vanuit het uniforme beeld van de juridisch capabele, goed geïnformeerde en rationeel handelende burger, maar dat gedroomde visioen inruilt voor een realistisch en gedifferentieerd burgerbeeld waarin rekening wordt gehouden met het soms gebrekkige ‘doenvermogen’ dat burgers in de praktijk nu eenmaal op allerlei manieren parten kan spelen.⁴⁸

De verbreding van het blikveld van juristen tot de empirische wetenschappen is de laatste jaren enorm in de mode. De leerstoelen en onderzoeksinstituten in de Empirical Legal Studies (ELS) schieten als paddenstoelen uit de grond en de meeste academische rechtenopleidingen leiden hun studenten vandaag de dag op tot T-shaped lawyers, dat wil zeggen, tot rechtswetenschappers die niet alleen juridisch-dogmatische puzzels kunnen oplossen maar bovendien verstand hebben van de wereld waarop die puzzels betrekking hebben.⁴⁹ Van Boom⁵⁰ en Giesen⁵¹ spreken in dit verband wel van een multidimensionale rechtswetenschap. Maar waarlijk multidimensionaal, zou ik daar zelf aan willen toevoegen, is alleen een rechtswetenschap die behalve voor empirische kennisverwerving ook plaats inruimt voor serieuze rechtstheoretische reflectie. Alleen op die manier kan een rechtswetenschap gestalte krijgen die zich niet tevreden stelt met louter juridisch-dogmatische dorknoperij, maar zich evenmin laat meeslepen door empirische benaderingen die zich geen raad weten met normatieve beschouwingen en daarom al snel verzanden in een managerieel

⁴⁶ Een vrij willekeurige greep uit het overvloedig beschikbare materiaal: A.T. Marseille en H. Winter, *Bestuurlijke organisatie en geschilbeslechting in het sociaal domein* (dubbeloratie Groningen), Groningen 2015; Verburg 2019 (psychologie); D. Allewijn, *Tussen partijen is in geschil... De bestuursrechter als geschilbeslechter* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu Uitgevers 2011 (psychologie); H.K. Gilissen, *Adaptatie aan klimaatverandering in het Nederlandse waterbeheer - Verantwoordelijkheden en aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2013 (milieu- en klimaatwetenschap); B.M.A. van Eck, *Geautomatiseerde Ketenbesluiten & Rechtsbescherming. Een onderzoek naar de praktijk van geautomatiseerde ketenbesluiten over een financieel belang in relatie tot rechtsbescherming* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2018 (informatica en data science) en S. van Heukelom-Verhage, ‘Maatwerk bieden in een gedigitaliseerde en datagedreven samenleving; #HoeDan?’, in: *Maatwerk in het bestuursrecht* (preadviezen VAR), Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 185-231 (informatica en data science). Wat rechtseconomische analyse betreft valt voor de Nederlandse bestuursrechtswetenschap nog een wereld te winnen, maar internationaal is het *booming business*. Een goed overzicht is S. Rose-Ackerman, *Economics of Administrative Law*, Cheltenham: Edward Elgar 2007.

⁴⁷ Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op redzaamheid*, Den Haag 2017.

⁴⁸ Zie behalve de eerdergenoemde publicaties van Scheltema op dit punt onder meer ook L.J.A. Damen, ‘Van Awb-mens naar responsieve burger?’, in: A.T. Marseille e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 113-122.

⁴⁹ E. Mak, *The T-shaped Lawyer and Beyond: Rethinking Legal Professionalism and Legal Education for Contemporary Societies* (oratie Utrecht), Den Haag: Eleven International Publishing 2017.

⁵⁰ W.H. van Boom, *Structurele fouten in het aansprakelijkheidsrecht* (oratie Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 36.

⁵¹ I. Giesen, *Handle with care!* (oratie Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 18-21.

functionalisme dat zich nog slechts oriënteert op output en efficiency.⁵² Aan de ontwikkeling van een dergelijke multidimensionale beoefening van de bestuursrechtswetenschap heb ik met het schrijven van mijn preadvies een bescheiden bijdrage willen leveren.

⁵² Vgl. o.a. Westerman 2019.