



**Universiteit
Leiden**

The Netherlands

Review of Berge, L. van den (2016) Bestuursrecht tussen autonomie en verhouding. Naar een relationeel bestuursrecht (diss. UU)

Boogaard, G.

Citation

Boogaard, G. (2017). Review of Berge, L. van den (2016) Bestuursrecht tussen autonomie en verhouding. Naar een relationeel bestuursrecht (diss. UU). *Tijdschrift Voor Constitutioneel Recht*, 8(2), 170-176. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/57967>

Version: Publisher's Version
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/57967>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Lukas van den Berge

Bestuursrecht tussen autonomie en verhouding. Naar een relationeel bestuursrecht

(diss. UU), Den Haag: Boom Juridisch 2016, xiv +359 pp., ISBN 978-946290-300-5

G. BOOGAARD*

Rechtenstudenten vormen een gevarieerde populatie. Sommigen zijn eenvoudig uitgeloot bij geneeskunde en ‘moeten toch iets met hun leven’. Dat zijn soms heel getalenteerde, maar vaak matig gemotiveerde studenten. Andere rechtenstudenten zijn juist heel erg gemotiveerd, doch zeer matig getalenteerd. Het blijft bij hen altijd een beetje de vraag of ze ook punten hadden gehaald bij een opleiding als klassieke talen. En er zijn studenten die eerst geneeskunde, dan klassieke talen en vervolgens alsnog rechten gaan studeren. Die zijn dus getalenteerd en gemotiveerd. Eén van hen is Lukas van den Berge, die met zijn promotie op 8 november 2016 de hoogste academische graad uiteindelijk in de rechtsgeleerdheid heeft verkregen. Hij promoveerde in het bestuursrecht, bij de hoogleraren Hol en Schueler. Zijn onderzoek was een ambitieuze onderneming. Achterin zijn proefschrift geen bescheiden verzameling adviezen voor de wetgever om het functioneren van de bestuurlijke lus op een paar puntjes eventueel te verbeteren. Van den Berge wil ‘de grondbegrippen van het stelsel opnieuw doordenken’, zoals de achterflap betoogt, om de daaruit voortvloeiende noodzaak voor een ‘rechtsstatelijk bestuursrecht’ vervolgens concreet uit te werken in het relativiteitsvereiste, het besluitbegrip en de rechterlijke toetsing aan het evenredigheidsbeginsel.

De centrale stelling van het onderzoek is dat het Nederlandse bestuursrecht ‘sterk wordt beheerst door een polaire spanning tussen ‘autonome’, primair op het verlichte ideaal van onbelemmerde gelijke vrijheid toegesneden rechtsopvattingen enerzijds en ‘relationele’, sterk op de sociale werkelijkheid van het recht georiënteerde opvattingen anderzijds’ (p. 303). Autonoom recht is de logische toepassing van de zuivere begrippen, relationeel recht ligt – uiteindelijk – in de feiten. Ondanks het polaire karakter van deze spanning, is het toch de bedoeling van het onderzoek om beide te verenigen. De probleemstelling luidt: ‘hoe kan het bestuursrecht tegemoet komen aan een veranderende sociale werkelijkheid zonder het klassieke formele vrijheidsideaal te veronachtzamen’ (p. 19-20)? In deze

* Mr. Geerten Boogaard is universitair docent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden

formulering ligt besloten dat het bestuursrecht op dit moment dus kennelijk *niet* tegemoet komt aan de veranderende sociale werkelijkheid, maar dat is niet helemaal wat Van den Berge wil beweren. Het bestuursrecht bevindt zich volgens hem niet in dezelfde fase als het privaatrecht zich bevond toen het beruchte arrest *Zutphense waterjuffer* werd gewezen (HR 10 juni 1910, W9038). Daarin hield de Hoge Raad vol dat iemand die zonder goede reden weigert de hoofdkraan dicht te draaien niet onrechtmatig handelt, zelfs niet als zij daarmee willens en wetens een handelsvoorraad lederen kleding van de onderbuurman ruïneert. Ook dan, zo redeneerde de Hoge Raad, is nog altijd geen *wettelijke* norm overtreden en kan dus van schadevergoeding uit onrechtmatige daad geen sprake zijn. Het arrest vormt een illustratie van wat autonoom recht vermag: ultieme systematische zuiverheid zonder rechtvaardigheid. Operatie geslaagd, patiënt overleden. Zo erg is het huidige Nederlandse bestuursrecht er volgens Van den Berge niet aan toe. De rechtspraak is wel degelijk in de weer met de effecten van rechtspraak op sociale verhoudingen. Alle energie die in het finaliseren van de geschilbeslechting en in de nieuwe zaaksbehandeling wordt gestoken, vormt daarvan het voortdurende bewijs. Van den Berge meent alleen dat deze rechtsontwikkeling zich aan de pragmatische oppervlakte voltrekt, zich onvoldoende bezint op de grondslagen van het relationele recht en daardoor ook niet profiteert van de aldaar te verwerven fundamentele inzichten. Zoals Paul Scholten in zijn *Algemeen Deel* bij de Asser-serie het privaatrecht en Hugo Krabbe in *De moderne staatsidee* het staatsrecht opnieuw op de werkelijkheid betrokken, zo wordt het volgens Van den Berge ook voor het bestuursrecht (weer eens) tijd om zich fundamentele vragen te stellen. *Hoe* sluit de systeemwereld van het bestuursrecht aan op de maatschappelijke leefwereld?

Van den Berge verdeelt zijn onderneming in drie delen. Deel I (de hoofdstukken twee tot en met vier) werkt de tegenstelling tussen de autonome staat en de relationele staat op theoretisch niveau uit, wat zou moeten ‘culmineren in een nieuwe interpretatie van de vermaarde polemiek tussen Loeff en Struycken’ (p. 21). Deel II (de hoofdstukken vijf en zes) herneemt dezelfde tegenstelling op doctrinair bestuursrechtelijk niveau, met als ambitie om ‘alsnog’ de ‘fundamentele discussie’ met de zelfverklarde academische ballingen Tak en Teunissen aan te gaan (p. 153). In Deel III (de hoofdstukken zeven tot en met negen) moet een en ander weer op zijn praktische pootjes terecht komen. In de bestaande discussies over het besluitbegrip, het relativiteitsvereiste en de rechterlijke toetsingsintensiteit wil Van den Berge de centrale stelling van zijn proefschrift meer precies aanwijzen. Een dergelijke opzet biedt de auteur gelegenheid om reeds eerder verschenen zelfstandige artikelen opnieuw een plek te geven. Daar is niets mis mee, vooral niet als dat keurig wordt

boeken

verantwoord. Maar de kaft-tot-kaft-lezer moet bedacht zijn op herhalingen. De uiteenzetting in hoofdstuk negen over wat Loeff eigenlijk bedoelde met zijn wetsontwerp, bijvoorbeeld, is bepaald uitgebreider dan nodig voor wie net hoofdstuk drie achter de kiezen heeft.

Wat zijn wetenschappelijke methode betreft, deelt Van den Berge zichzelf primair in bij de ideeënhistorici (p. 20-21). Waar komt ons recht en vooral waar komen de huidige rechtsopvattingen vandaan? Welbegrepen verleden, juist ook wat de historische intellectuele context van het recht betreft, is immers van wezenlijk belang voor de discussie over de toekomst. Daarnaast stopt Van den Berge de 'sociologische, politiek-theoretische en filosofische benaderingen' in zijn gereedschapskist. Wat dat allemaal precies betekent en wat dat hem heeft opgeleverd, is niet onmiddellijk duidelijk. Maar wie zal de methodologische maat nemen van iemand die zegt aan te sluiten bij wat Hegel ook deed? Wel durf ik iets te zeggen over de uit deze methode resulterende leesbaarheid van het boek. De ideeënhistorische benadering heeft lange lappen tekst opgeleverd waarin Van den Berge een indrukwekkende hoeveelheid denkers bespreekt. Maar waar de lezer al enigszins met de besproken denker vertrouwd is, blijft de behandeling te veel aan de algemene oppervlakte om iets toe te voegen en wordt het zelfs een beetje saai. Waar de lezer evenwel voor het eerst van een denker hoort, blijft de behandeling te veel aan de oppervlakte om echt interessant te worden. Daar komt bij dat Van den Berge de lezer per hoofdstuk wel bedient met handige samenvattingen, maar op het niveau van de alinea's niet altijd duidelijk maakt welke specifieke deelvraag de zoveelste *detour* naar het werk van weer een andere Grote Denker rechtvaardigt. Zoals goede verbeelding het van de 'willing suspension of disbelief' moet hebben, zo vraagt dit proefschrift van de lezer soms wel heel veel 'willing suspension of relevance' bij het doorakkeren van alle besprekingen. Maar relevant en inspirerend zijn de theoretische verbindingen die Van den Berge tussen de denkers legt zeker.

Het meest geslaagd, wat mij betreft, is Deel I. In hoofdstuk twee laat Van den Berge zien hoe de vroegmoderne tijd afrekenet met de als natuurrecht verkochte feodale vormen van slavernij. Om individuele vrijheid te kunnen realiseren, tuigden Machiavelli, Bodin en Hobbes een staat op die geen onderdeel van een door God gewilde werkelijkheid was, maar een bedachte logische constructie en het resultaat van samenwerkende mensen. Het nauwelijks te overschatten belang van deze nieuwe benadering van een staat is dat de bevelen van machthebbers geen noodzakelijke natuurwetten meer zijn waartegen geen zinvol verzet denkbaar is. Van een staat als een logische constructie kan echter een democratische rechtsstaat gemaakt worden. Daarin hebben we niet meer te dulden wat een absolute vorst bij de gratie Gods over zijn onderdanen uitstort, maar

mogen 'we' van de overheid in beginsel niet méér last hebben dan waar 'we' zelf mee ingestemd hebben. De aldus opgetuigde 'autonome staat' uit de moderne tijd betekent dus primair de overwinning van de individuele autonomie over feodale onderdrukking. Daarvoor moest de staat als een constructie los gedacht worden van de feitelijke machtsverhoudingen, en worden uitgedrukt in abstracte begrippen, regels en rechtsbeginselen. In die (secundaire) zin is het publiekrecht van de autonome staat zelf dus ook 'autonoom', dat wil zeggen: los van de reële maatschappelijke verhoudingen bestaand recht. Zo ontstaat de 'systeemwereld van het recht'. Van den Berge illustreert het functioneren en de relevantie van deze nog altijd bestaande juridische systeemwereld aan de hand van de intuïtieve voorkeur die vrijwel iedereen heeft voor een 'recht' boven een 'belang'.

Belangen zijn voor lobbyisten in achterkamertjes en voor senatoren met dubbele petten. Belangen zijn vaak egoïstische eigen belangen of hoogstens afgeleide deelbelangen. Daartegenover heeft het neutrale en abstracte recht iets verhevens. Het recht moet vooral zijn autonome, rationele loop hebben. Wie zijn zaak wil bepleiten, legt meer gewicht in de schaal met waar hij *recht* op heeft, dan met wat in zijn *belang* is. Belangen en rechten gaan in het publiekrecht van de autonome staat in elkaar over via de constructie van een *algemeen* belang, gezuiverd van ieders eigen belang. Het aldus vastgestelde algemeen belang is dan vervolgens per kerende post ook een min of meer onaantastbaar uitgangspunt voor het recht geworden. Het autonome bestuursrecht legt een ijzeren juridische ring rond de uitoefening van overheidsgezag, maar respecteert een ethisch verder lege materiële inhoudelijke koers van het beleid.

Tegenover dit concept van de autonome staat zal uiteraard zelfs de meest verstokte thomist geen pleidooi voor feodalisme meer afsteken. De tegenhanger die Van den Berge in hoofdstuk drie uitwerkt is dan ook de 'relationele staat'. Daarin wordt het uitgangspunt van de staat als een samenwerkingsverband van autonome individuen betwist op de grond dat de mens maar zeer beperkt een autonoom individu *is*. Mensen laten zich veel beter begrijpen in de context waarin zij worden geboren en binnen de verbanden waarin zij hun leven verder leven. De staat is één van die verbanden, en als zodanig is het geen goed idee om de staat uitsluitend op te vatten als een logische constructie rondom een ethisch verder niet genormeerde belangenstrijd. In de relationele benadering is de staat primair ook een morele gemeenschap. In deze lijn, die van Hegel naar Thorbecke naar Hirsch Ballin loopt, bevindt een overheid die binnen de grenzen van het recht blijft zich niet in juridisch vacuüm. *Al* het overheidshandelen is genormeerd door beginselen en burgers hebben niet alleen rechten tegenover de staat maar ook plichten tegenover de gemeenschap waarvan de

staat een uitdrukking is. De verhouding tussen een burger en de overheid is dan het beste te duiden als, jawel, een 'wederkerige rechtsbetrekking'. De 'nieuwe interpretatie' van de canonieke polemieken tussen Loeff en Struycken ontstaat doordat Van den Berge het verschil tussen de autonome en de relationele staat erop toepast. Buys had halverwege zijn carrière de autonome rechtstraditie van de Duitse debatleider Laband opgepikt en Buys' promovendus Loeff trok daarvan de meest ultieme consequenties. Als het recht een autonome logische rekenoefening is, dan kan het bestuursrecht prima aan de gewone rechterlijke macht worden overgelaten. Mits zij zich als een soort morele rekenkamer maar wel blijft beperken tot het handhaven van het recht en alle daar per definitie buiten vallende bestuurlijke beslissingsruimte respecteert. Hiertegenover staat dan Struycken, die in lijn met Thorbecke en Hegel aarzelingen had bij het opbreken van overheidsgezag in vragen van rechtmatigheid en vragen van doelmatigheid. De staat is immers in hun ogen niet uitsluitend een juridische constructie maar ook een morele gemeenschap. Dat uitgangspunt negeren zou tot verwrongen constructies en schadelijke effecten leiden. Struycken vreesde dat bij het integreren van bestuursrechtspraak in de gewone rechterlijke macht zou gebeuren wat tegenwoordig wel van zwaarcommissies wordt geconstateerd. Dergelijke commissies waren bedoeld als verlengde besluitvorming, maar lijken over de hele linie gejuridiseerd tot voorportalen van de rechterlijke toets. Ze juridiseren (en misvormen) daarmee bestaande verhoudingen en bevorderen dat bestuursorganen meer bezig zijn met het 'overeind houden' van hun besluiten dan met het heroverwegen van de genomen beslissing. Met een naïef geloof in de potentie van democratische controle, zoals Struycken nog weleens wordt aangewreven, heeft dat alles weinig te maken. Het zijn reële uitwassen ('pathologiën', aldus Van den Berge) van een al te zeer van de werkelijkheid losgezongen, bijna 'autistische bestuursrechtbeoefening' waarin het belangrijker is dat de operatie slaagt dan dat de patiënt overleeft. Op die uitwassen moet het bestuursrecht altijd alert blijven en dus blijft het betoog van Struycken relevant in een tijd waarin onafhankelijke bestuursrechtspraak een gegeven is geworden.

In Deel II probeert Van den Berge de door hem ontwaarde polariteit tussen het autonome bestuursrecht en het relationele bestuursrecht te betrekken op twee naoorlogse doctrinaire discussies in het bestuursrecht, die over gemeenschappelijk recht en die over het model van Tak. Dat model blijkt in Van den Berges ideeënhistorische blik de seculiere variant van Dooyeweerd en ondanks de onderlinge verschillen past Tak toch samen met Schreuder-Vlasblom in de school van het autonome bestuursrecht. Hoewel in Deel II, anders dan bij de discussie tussen Loeff en Struycken, geen echte 'herinterpretatie' aan de orde is, vormt de nieuw

uitgelijnde ideeëngeschiedenis een interessante herschikking van een aantal posities in het bestuursrecht. De relevantie van deel III is echter minder gemakkelijk in te zien. Daarin was het de ambitie om de spanning tussen het autonome en het relationele bestuursrecht voor de praktijk vruchtbaar te maken. Hoofdstuk negen, over evenredigheid en de Trias Politica zal de lezers van dit blad het meest aan het hart liggen. Van den Berge brandmerkt daar de marginale toetsing die de Afdeling in *Maxis Praxis* (ABRvS 9 mei 1996, ECLI:NL:RVS:1996:ZF2153) ook onder de Awb voortzette, als een uitwerking van de ‘autonome notie’ dat recht en beleid twee volstrekt gescheiden domeinen zijn. Dat zou wat hem betreft allemaal op een meer relationele leest geschoeid kunnen worden, wat in dit geval zoveel betekent als dat de bestuursrechter de toetsingsintensiteit telkens per geval afstemt op de zwaarte van de betrokken belangen en de aard van de door de rechtzoekende ingeroepen rechten. De uitspraken over het alcoholslotprogramma (ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622) en de nieuwe toetsing van geloofwaardigheid van de Vreemdelingenkamer gaan wat hem betreft de goede kant op. Met Hirsch Ballin verzet Van den Berge zich tegen elke voorstelling van zaken waarin een vrije bestuurlijke beslissingsruimte bestaat, zelfs als die door een bestuursrechter vooral wordt gebruikt om zijn motivering overtuigender te maken. En dat is allemaal wat Montesquieu *eigenlijk* bedoelde. ‘Genuanceerde benaderingen’ met meer ‘oog voor de omstandigheden van het geval’ klinken altijd sympathiek en zijn dat ongetwijfeld ook. Maar wat Van den Berge bijvoorbeeld in hoofdstuk negen een beetje doet, is de voordelen van het relationele bestuursrecht vergelijken met de nadelen van autonome bestuursrecht. Wilt u meer of minder autistisch formalisme? Sterker zou zijn betoog zijn geworden als hij ook in de concrete kwesties meer was ingegaan op de mogelijke voordelen van de autonome benadering, bijvoorbeeld rechtszekerheid en institutionele helderheid. Waar in Deel I beide benaderingen een eigen waarde hebben, is het relationele bestuursrecht in Deel III een beetje het altijd betere Nieuwe Denken geworden. In hoofdstuk negen is het betoog over de keerzijde van de medaille bijvoorbeeld nogal dun. Het opdoeken van de vrije beslissingsruimte zal ‘geen *gouvernement des juges*’ opleveren, zo stelt Van den Berge zijn lezers gerust (p. 301). Want: ‘natuurlijk moet de rechter afstand tot het bestuur bewaren’. Maar hoe dan? Een paar zinnen later spreekt hij van een van geval tot geval te bepalen ‘invullingsvrijheid’ die de bestuursrechter aan het bestuur moet laten. Hoe dat precies gaat, en wat we dan gewonnen hebben ten opzichte van het gebruik van het woordje ‘beslissingsruimte’, blijft helaas in het ongewisse. De principiële polariteit tussen de autonome en de relationele rechtsopvatting in het bestuursrecht en de oorspronkelijke wens om het ene te

doen zonder het andere na te laten, komen in de loop van het boek dus minder uit de verf. Zie ik het goed, dan wordt dat deels veroorzaakt door dat Van den Berge zijn verhandeling op het niveau van de rechtsontologie houdt. Daar toont hij bij herhaling de fundamentele spanning tussen bestuursrecht dat moet formaliseren en systematiseren om de democratische rechtsstaat te realiseren, terwijl het tegelijkertijd moet materialiseren en flexibiliseren om recht te blijven doen in het individuele geval. Dat levert een probleem op dat Van den Berge trefzeker beschrijft. Een al te systematisch beoefend bestuursrecht 'vervreemdt ons van de normatieve grammatica waarmee wij intuïtief vertrouwd zijn', bijvoorbeeld, en: het 'resulteert in juridische procedures waarin het geschilbeslechtend vermogen van het normale communicatieve handelen buiten beeld raakt' (p. 51). Maar de geschetste tegenstelling is onverzoenbaar en kan in een beschouwing dus alleen maar bij herhaling worden geconstateerd: op theoretisch, doctrinair en praktisch niveau. *Opgelost* moet die spanning echter telkens worden door de individuele bestuursrechter die in het concrete geval de systematische integriteit van het bestuursrecht wil bewaken (omdat er anders geen bestuursrecht meer is) *en* die werkelijk recht wil doen in het concrete geval (omdat het bestuursrecht anders geen zin heeft). Dat bracht Paul Scholten ertoe het probleem uiteindelijk te vatten in methodologische vragen: hoe moet de rechter in het concrete geval recht vinden? Vereist het relationele recht een methodologische ruimte voor het geweten van de rechter? Hopelijk trekt Van den Berge de lijnen uit zijn rijke proefschrift nog eens door naar dit soort rechtsmethodologische vragen.