



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Van systeem naar reflectie: naar een kritische bestuursrechtelijke methode in onderwijs en wetenschap

Esser, J.E.

Citation

Esser, J. E. (2024). Van systeem naar reflectie: naar een kritische bestuursrechtelijke methode in onderwijs en wetenschap. *Nederlands Tijdschrift Voor Bestuursrecht*, 2024(6), 344-346. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4109163>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4109163>

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

Van systeem naar reflectie: naar een kritische bestuursrechtelijke methode in onderwijs en wetenschap

NTB 2024/224

Hoe dragen we, als wetenschappers werkzaam aan een onderwijsinstelling, het Nederlandse bestuursrecht over aan de nieuwe generatie juristen en wat zegt dat over de manier waarop wij zelf het bestuursrecht zien? Uiteraard proberen we in het onderwijs aandacht te besteden aan de geschiedenis en de grondslagen van het bestuursrecht, maar als ik zelf ook eerlijk ben, richt het grootste gedeelte van het onderwijs en het tentamen zich toch op “de schema’s”. Dat heeft met capaciteit te maken, zeker, maar ook met de aard van het Nederlandse bestuursrecht, dat (sinds de invoering van de Awb?) toch vooral wordt bestudeerd en beoefend als een sluitend *systeem*. Het onderwijs richt zich dan vooral op die drie prachtige B’s, zodat we mensen op kunnen leiden die inzien dat een mededeling zonder rechtsgevolg geen besluit is, daarmee dus ook geen formele rechtskracht kan krijgen maar eventueel wel zodanig kan samenhangen met een daaropvolgend besluit dat je er toch niet zelfstandig tegen kunt procederen bij de civiele rechter.²

Tijdens mijn Duitse rechtsvergelijking kwam ik over dit systeemdenken de volgende uitspraak tegen: “*Schemata sind wie Laternen. Wenn es dunkel ist, können sie Dir einen Weg weisen, aber nur Betrunkene halten sich an ihnen fest.*”³ Eigenlijk is dat wel opvallend, want als er iemand houdt van schema’s maken, dan is het wel de Duitse jurist.⁴ Toch hebben de Duitsers iets goed begrepen: het bestuursrecht dient ergens toe, namelijk het verwezenlijken van de fundamentele constitutionele waarden die de relatie tussen de overheid en de burger bepalen.⁵ Dit besef is de afgelopen jaren ook geland bij de Nederlandse bestuursrechtjurist. Dit komt niet in de laatste plaats door Michiel Scheltema, die aan de wieg stond van ons systeem, maar het steeds is blijven vernieuwen. De bestuursrechtelijke methoden hebben daarom de laatste tijd twee impulsen gekregen, hieronder weergegeven in afbeelding 1. Enerzijds moeten we weten waartoe het bestuursrecht dient. Dat vereist een meer normatieve inslag, die onmiskenbaar een meer integrale bestudering

van het staats- en bestuursrecht vraagt. Anderzijds moeten we weten of het bestuursrecht die doelen in de praktijk wel echt verwezenlijkt. Dat vereist een meer empirische inslag.



Afbeelding 1

Hoewel deze ontwikkeling de bestuursrechtelijke methode verdiept, verandert zij tegelijkertijd ook weer niet zo gek veel aan onze opvatting over de aard van het “systeem” in het midden. Dat wordt hier als een neutraal instrument gezien om bepaalde idealen, waar iedereen wel voor moet zijn, zoals gelijkheid, verdelende rechtvaardigheid of vrijheid, om te zetten in bepaalde resultaten. Het feit dat bepaalde zaken nu niet goed gaan, komt dan vooral omdat er ergens iets onbedoeld fout is gegaan. Als we het gewoon minder ingewikkeld maken, dan komt het vast wel goed.

Dat idee van neutraliteit past goed bij onze opvattingen over onze bestuurscultuur én bestuursrechtscultuur: belangen, ook minderheidsbelangen, komen allemaal aan het woord in ons politieke systeem en worden daar netjes omgezet in politieke beslissingen, die vervolgens door keurige bestuurders neutraal worden omgezet in besluiten. Zo stelde Arend Lijphart, de politicoloog die het Nederlandse ideaal van de consensusdemocratie internationaal op de kaart zette over het Nederlandse politieke stelsel: “*In the final analysis, it is impossible to argue that Holland deviates much from the democratic ideal (...) And there are no minorities that are disenfranchised, deprived of their civil liberties, or subject to systematic discrimination.*”⁶ In een meer bestuursrechtelijk voorbeeld zien we de volgende reactie van een staatssecretaris op een opmerking van de Afdeling advisering Raad van State over artikel 8:3 Awb: “*Omdat algemeen verbindende voorschriften voor een ieder in beginsel even belastend zijn, bestaat voor de individuele belanghebbende ook minder behoefte daartegen in beroep te gaan.*”⁷ Het Nederlandse systeem verdraagt de gedachte slecht dat besturen inherent politiek is en dat daarbij sommige belangen meer aan de orde komen dan andere.

1 Mr. drs. J.E. (Joyce) Esser is promovenda staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en lid van de deelredactie van NTB.

2 HR 9 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7774, AB 2006/286, m.nt. F.J. van Ommeren (Kuijpers/Valkenswaard).

3 Vrij vertaald: Schema’s zijn als lantarenpalen: ze geven verlichting in het donker, maar slechts een dronkaard houdt zich eraan vast; F. Hufen, *Verwaltungsprozessrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2021, p. 136.

4 Zie H. Maurer & C. Waldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2020, p. 291-294 voor een zeer uitgebreid en punctueel voorbeeld van een “Aufbaueschema”.

5 In de inmiddels geveleugelde woorden van Fritz Werner, voormalig rechter in het Bundesverfassungsgericht is het Duitse bestuursrecht “geconcretiseerd staatsrecht”, F. Werner, ‘Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht’, *DVB* 1959, p. 527 e.v.

6 A. Lijphart, *The Politics of Accommodation. Pluralism and Democracy in the Netherlands*, California: University of California Press 1968, p. 180.

7 Kamerstukken II 2005/06, 30483, nr. 4, p. 13.

Wat hierbij mijns inziens mist, is het radicale inzicht dat systemen niet neutraal zijn en ook niet kunnen zijn. De bestuursrechtswetenschapper van de toekomst doet er daarom goed aan om, naast inzichten uit het staatsrecht of de empirie, toch ook eens naar de meer kritische methoden uit de geesteswetenschappen te kijken. De kritische theorie, in brede zin, leert ons dat geen enkel begrip, waarde of systeem neutraal is, maar altijd afhankelijk is van de manier waarop dominante perspectieven “waarheid” weten in te kleuren en daarmee ook van *ideologie*.⁸ Met ideologie bedoel ik de onbewuste denkstructuren die bepalen wat in een samenleving als waar en goed of als neutraal en noodzakelijk mag gelden. In onze samenleving lijkt het bijvoorbeeld vanzelfsprekend en noodzakelijk dat er zaken zijn als de overheid, verschillen tussen mannen of vrouwen, dat er privaat eigendom en een vrije markt is, en dat er dus mensen zijn die ontzettend rijk zijn die dat zelf hebben verdiend en ook mensen die arm zijn, en die dat misschien ook wel hebben verdiend. Wie de maatschappelijke macht bezit om dit soort ideeën te vormen, heeft een veel machtiger instrument in handen dan dwang of geweld: hij hoeft niets af te dwingen, want men is het met hem eens.

Waar we misschien vroeger werden geregeerd door religie of de adelstand en later door de gewetenloze markt, is het momenteel de overheid die tot de haarvaten van ons leven kan doordringen. De moderne overheid doet dat niet met dwang of slechte wil, maar met zorg en bureaucratie, in een prachtig systeem waar iedereen in past of wordt bijgestuurd.⁹ Toch is het wel degelijk zo dat het systeem voordeliger werkt voor de een dan voor de ander. En wie net buiten het systeem valt of aan de verkeerde kant van de samenleving staat, kan zomaar vernalen worden door het systeem. Daarvan kennen we in Nederland helaas ook genoeg voorbeelden, bijvoorbeeld van alleenstaande ouders of mensen die chronisch ziek zijn. Dat is dus niet altijd een kwestie van een onhandige inrichting van regels, maar de inherente neiging van bureaucratische systemen, die proberen iedereen naar de status quo te voegen.

Ook het bestuursrecht is dus niet neutraal. De kritische rechtstheorie leert ons dat rechtsregels weliswaar neutraal lijken of zelfs vol mooie idealen, maar toch vaak, juist door hun ogenschijnlijke neutraliteit, bepaalde belangen

verbergen.¹⁰ In deze visie is het bestuursrecht dus inderdaad vaak eerder van en voor dan tegen het bestuur, maar de bestuursrechtwetenschap hoeft dat niet te zijn.¹¹ Het bestuursrecht behoeft daarom een kritische methode. De taak van de *kritische* wetenschapper is te laten zien hoe de regels van het bestuursrecht niet noodzakelijk en ook niet neutraal zijn, maar bepaalde effecten hebben voor mensen en belangen die minder invloed kunnen uitoefenen op het systeem. Dat geldt natuurlijk ten eerste voor de materiële regels van het bestuursrecht: welke gevolgen hebben die voor kwetsbare of stemloze belangen zoals daklozen, mensen die chronisch ziek zijn, mensen met een migratieachtergrond of de natuur? Maar het geldt minstens zo sterk voor de ogenschijnlijk neutrale systeemregels die de meer expliciet politieke beslissingen tot uitvoering moeten brengen. Ik noem hier kort drie voorbeelden.

Ten eerste de opvatting over democratie in het Nederlandse bestuursrecht. Door onze toch vrij formele opvatting over democratische legitimatie (men kiest via verkiezingen volksvertegenwoordigers die gezamenlijk wetten vaststellen en bestuurders kiezen en aansturen die die wetten gaan uitvoeren) lijkt totstandkoming en uitvoering van democratisch tot stand gekomen regels neutraal.¹² Dat zien we duidelijk terugkomen in de traditionele focus op regeltoepassing in het Nederlandse bestuursrecht, waarbij de achterliggende wet zelf niet of terughoudend wordt getoetst. Maar weten we wel genoeg over welke belangen zich beter weten te organiseren in het politieke proces, meer toegang hebben tot bestuurlijke besluitvorming, dichter bij de leefwereld staan van de gemiddelde ambtenaar?¹³

Ten tweede het onderscheid tussen belastende en begunstigende besluiten. Belastende besluiten roepen in het systeem meer rechtsbescherming op, vaak omdat ze impact hebben op de individuele vrijheid en eigendom. Belangrijke waarden, maar het publiekrecht gaat ook over collectieve en verdelende rechtvaardigheid, terwijl het bestuursrecht juist daar vaak maar moeilijk vat op krijgt. Zo is een belastingaanslag een belastend besluit, want de overheid pakt wat van je af, terwijl een toeslag een begunstigend besluit is:

8 Binnen én over de kritische theorie is een grote hoeveelheid literatuur geschreven, overigens niet altijd even toegankelijk. Soms ziet dit discours specifiek op het historische startpunt van de Frankfurter Schule en haar denkers zoals Adorno, Horkheimer en later Habermas, zie hierover bijv. introducerend Stephen Bronner, *Critical Theory. A Very Short Introduction*, Oxford: Oxford University Press 2017. Ik doel hier meer in bredere zin op de filosofische aanpak waarbij wordt blootgelegd hoe bepaalde neutrale structuren heersende en vaak onderdrukkende belangen reflecteren. Zie voor een toegankelijke introductie Lois Tyson, *Critical theory today: a user-friendly guide*, New York: Routledge 2006.

9 Dit inzicht is vooral gebaseerd op het werk van Michel Foucault, specifiek over het idee van “gouvernementalité”. Zie hierover bijv. Daniele Lorenzini, ‘Foucault, governmentality, and the techniques of the self’, in W. Walters & M. Tazzioli (red.), *Handbook on Governmentality*, Edward Elgar 2023, p. 22-37, alsmede de andere bijdragen in dit boek.

10 Dit is een van de meest kenmerkende stellingen Critical Legal Studies, een beweging die in de jaren '70 en '80 invloedrijk was in de Verenigde Staten, zie Robert M. Unger, ‘The Critical Legal Studies Movement’, *Harvard Law Review* 1983, afl. 3, p. 561-675. Deze specifieke stroming is karakteristiek Anglo-Amerikaans en inmiddels ver over zijn hoogtepunt heen, maar de algemene kritische insteek in de rechtstheorie is bijv. nog duidelijk terug te zien in meer feministische of eco-kritische benaderingen. Zie hiervoor E. Christodoulidis e.a. (red.), *Research Handbook on Critical Legal theory*, Edward Elgar 2019.

11 Met kwinkslag naar R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Band 1*, 2024, p. 1.

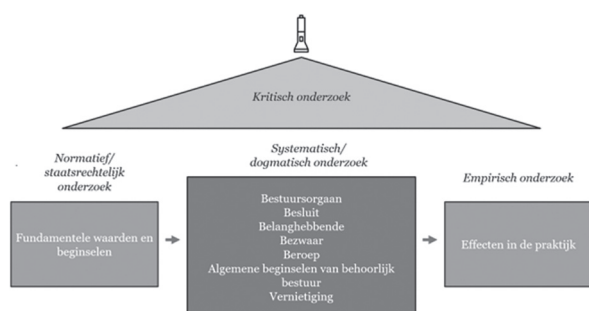
12 Zie over het “standaardverhaal” van de Nederlandse democratie M. Adams & W.J. Witteveen, ‘Democratisch wetgeven en de rol van het parlement. Over de zoektocht naar het Algemeen Belang’, in: J.C.A. de Poorter (red.), *De ordening van mechanismen van rechtsvorming in de democratische rechtsstaat*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 37.

13 J.E. Esser & Y.E. Schuurmans, ‘Gedeelde tafel, eigen stoel: rechter en rechtsvorming in het bestuursrecht’, in: J. Goossens e.a. (red.), *Rechtsvorming in een hypercomplexe samenleving (Bundel n.a.v. de Staatsrechtconferentie 2022)*, Oisterwijk: WLP 2022, p. 42 e.v.

letterlijk een gunst. Voor je het kan krijgen, moet je eerst al je persoonsgegevens delen en als je te veel hebt gekregen, moet je alles terugbetalen. Wat zou er zijn gebeurd als we de boel in Nederland niet via toeslagen, maar via het nivelleren van de belastingen zouden regelen?¹⁴ Het lijkt in ieder geval een stuk makkelijker om op te komen tegen een belastingstelsel dan tegen een toeslagenstelsel.¹⁵

Tot slot het besluitbegrip. Een centrale spil in de Awb, die de integriteit van het hele systeem draagt, maar ook de verhouding tussen de overheid en burger opknijpt in losse momenten en daarmee ook de verantwoordelijkheid voor de burger als mens verwatert.¹⁶ Het trieste daarbij is natuurlijk dat mensen die in een grotere afhankelijkheidsrelatie tot de overheid staan vaak meer besluiten ontvangen en persoonlijke kwetsbaarheid zo tot een steeds onpersoonlijkere relatie leidt.

Het is daarom mijn droom om een kritische generatie bestuursrechtjuristen op te leiden, die het systeem zowel doorgronden als kritisch durven te bevragen. Dat is dus geen vervanging, maar een aanvulling op de huidige methoden. Ik heb het daarom in afbeelding 2 weergegeven als een zoeklicht.



Afbeelding 2

Welke onbewuste aannames zitten er in onze waarden, ons systeem, en hoe zien we dat terugkomen in de praktijk? En waar komt dat wellicht ook door onze eigen, misschien wel bevoorrechte positie in de samenleving? Dat begint in het onderwijs. Dat vereist moeite, zeker, want ook het onderwijs is een bureaucratisch systeem dat soms makkelijke resultaten over daadwerkelijke vorming verkiest. Toch ben ik hoopvol. We gaan er misschien wel te makkelijk van uit dat studenten vooral schema's willen leren, terwijl mijn indruk

is dat de meeste jonge mensen juist heel goed in staat zijn de wereld kritisch te bevragen.

Tot slot: de wereld waarin wij leven, en dus ook het bestuursrecht, is inherent politiek. Wie dat ontkent, heeft weliswaar een gemakkelijke positie, maar sluit zijn ogen voor zijn verantwoordelijkheid, ook als wetenschapper.

14 De fiscale consequenties laat ik hier rusten. Zie over deze problematiek K. van Berkel & D. van Vuuren, *Hogere heffingskorting kan toeslagen vervangen*, ESB, 4 april 2024.

15 Vergelijk de nieuwsberichten 'Toch kans op geld terug voor spaarders zonder recht op compensatie', NOS 4 november 2022, raadpleegbaar via: nos.nl/artikel/2451045-toch-kans-op-geld-terug-voor-spaarders-sonder-recht-op-compensatie (geraadpleegd op 14 mei 2024) en 'Compensatie ouders toeslagenaffaire kan zomaar tot 2030 duren', Nieuwsuur 18 januari 2023, raadpleegbaar via: nos.nl/nieuwsuur/artikel/2460354-compensatie-ouders-toeslagenaffaire-kan-zomaar-tot-2030-duren (geraadpleegd op 14 mei 2024).

16 Dat het besluitbegrip de zogenaamde 'rechtsbetrekking' fragmenteert is vanuit (procedureel) rechtsbeschermings- of geschilbeslechtsingsperspectief uiteraard al vaak opgemerkt, zie VAR-Commissie Rechtsbescherming, *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid. Van toetsing naar geschilbeslechting*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 75.