5.1, 2, e

Universitair docent rechtstheorie

‘HET RISICO BESTAAT DAT DE INFORMELE AANPAK MONDIGE BURGERS VOORTREKT’

Rechtstheoreticus 5.1, 2, e plaatst kritische vragen bij de informele aanpak. Deze is pragmatisch en dichtbij de burger, maar daardoor bestaat het risico dat juridische waarden als rechtszekerheid en gelijke behandeling uit het oog worden verloren. Beleidsmakers zouden zich meer bewust moeten zijn van dat spanningsveld. Dan kan de informele aanpak écht volwassen worden.

De voordelen van de informele aanpak worden door de praktische beoefenaars breed uitgedragen. Maar nu spreken we met een theoreticus.
‘Op de formele bezwaarschriftprocedure is zeker kritiek denkbaar. Deze is doorgaans te zwaar voor kleine gevalletjes. De procedure heet laagdrempelig te zijn maar wordt door burgers niet zo ervaren. Het pakt minder klantvriendelijk uit dan beoogd, ambtenaren verschuilen zich nog steeds achter regels. En ja, het is de slager die zijn eigen vlees keurt. Terecht dat er is gezocht naar een alternatieve bezwarenprocedure, en de informele aanpak heeft op het eerste gezicht prima papieren. Die past, zo zegt emeritus hoogleraar 5.1, 2, e 4.1, 4 vaak, prima bij de responsieve rechtsstaat, een model waar de overheid er is voor de burger. De informele aanpak ondersteunt de procedurele rechtvaardigheid, het werkt de-escalerend en leidt ertoe dat burgers meer vertrouwen hebben in hun overheid.’

Prima toch?
‘Op het eerste oog lijkt er niets mis met de informele aanpak. Hoewel ik geen tegenstander ben van de informele aanpak, heb ik er toch kritiek op.’

En die luidt?
‘Ik ben rechtstheoreticus, ik vertrek vanuit de theorie. Dat is in het bestuursrecht niet gebruikelijk maar wel erg nodig. Mijn punt is: er is niet zoiets als een Corendon-recht. Bij Corendon boek je all-in reizen, alles is inclusief. Daar heeft iedereen baat bij, het is een win-win-situatie. Maar in het recht bestaat dat eigenlijk niet.’

Wat betekent dat voor de informele aanpak?
‘Dan moeten we een stap terug doen. Zijn er praktische problemen met de bezwaarschriftprocedure, dan denk ik niet zozeer in oplossingen of pragmatische benaderingen die de wereld vooruit helpen, maar meer in spanningsvelden en dilemma’s. Het bestuursrecht bevindt zich in een dilemma: de afstandelijke positie van het recht tegenover de nabijheid ervan. Het recht moet een zekere afstand bewaren ten opzichte van de wereld waar het betrekking op heeft. Juridische basisbeginselen als rechtsgelijkheid, rechtseenheid en rechtszekerheid zijn daarbij van groot belang. Het recht richt zich erop om mensen zonder aanziens des persoons te behandelen, dat is de formele gelijkheid. Die spanning is er ook met de informele aanpak: je wilt mensen zonder aanziens des persoons behandelen maar je wilt ook rekening houden met de sociale context waar dat recht betrekking op heeft. Je wilt dan maatwerk leveren en dat doen wat goed aansluit op de specifieke situatie. Maar dat verdraagt zich niet altijd met juridische basisbeginselen.’

Zijn wij ons daarvan niet bewust?
'Nee, want wat lees ik in de academische literatuur? Alleen hoera-verhalen over responsiviteit, over de informele benadering, bellen met burgers, prettig contact met de overheid. Het is natuurlijk goed dat een bestuurder of een rechter niet alleen kijkt naar het juridisch geschil maar ook naar het materiële of sociale conflict dat daaronder ligt. Maar als rechtstheoreticus word ik wat nerveus van een tendens in de literatuur die wat eenzijdig pragmatisch is. Zo van: iedereen vindt die benadering OK, we lossen zo veel problemen op. Ik vind het prima dat er wordt gekeken naar het onderliggende conflict.'

Worden die waarden dan ondergesneeuwd als we ons te veel richten op de informele benadering?
'Er is wel een duidelijke spanning. Je kunt niet alles inclusief hebben, zoals gezegd: er bestaat geen Corendon-recht. We kunnen niet tegelijkertijd voldoen aan alle waarden van het recht. Óf je benadert iemand zonder aanziens per persoons, of met – de informelere aanpak – mét aanziens des persoons. Voor het eerste is veel te zeggen, dat is goed voor de formele rechtsgelijkheid.'

Kunt u daarvan een voorbeeld geven?
'Ik woon in het Oostelijk Havengebied van Amsterdam. Daar ligt een steiger in het water, de Borneosteiger. Het is daar verboden om te zwemmen maar je kan wel lekker van die steiger in het water springen. Kortom, er wordt volop gezwommen. Iemand heeft zijn woonboot naast die steiger liggen en heeft daar veel last van. Die wil dat het zwemverbod wordt gehandhaafd. Ik begrijp zijn argumenten: hij heeft het recht gevrijwaard te blijven van al die zwemmende mensen. Hij doet een verzoek tot handhaving bij de gemeente. Die zegt: daar hebben we weinig zin in en bovendien hebben we geen capaciteit. Dat is toch wel raar. Stel, je gaat daar een woonboot kopen, je zoekt uit of er mag worden gezwommen, nee, en door de notie van rechtszekerheid mag je erop rekenen dat dit niet gebeurt, en dat de overheid het zwemverbod anders wel handhaaft. Kortom, in abstract-formele zin heeft die woonbootbewoner een sterk punt.'

Dus hij zoekt contact met de overheid.
'Belandt zijn bezwaar bij de gemeente, dan krijg je overleg, vervolgens mediation met de buurt. De gemeente wíl niet handhaven want veel mensen genieten van dat zwemmen. De overheid kan zich veel populairder maken door het zwemmen te gedogen dan door te handhaven. Er is dus ook politieke druk om die zwemplek open te houden, terwijl het niet mag. Ik snap het recht der werkelijkheid en pragmatische benaderingen, maar dan maak je het recht ondergeschikt aan sociale onderhandelingen. En dat is niet de bedoeling omdat er juridische waarden zijn die zich verzetten tegen dat gedogen. Hoe meer je het onderliggende conflict tussen zwemmers en de woonbooteigenaar bij het juridische geschil gaat betrekken, des te meer het abstracte recht van de woonbooteigenaar om van zijn rust te genieten verdwijnt. Recht is méér dan alleen pragmatisme of sociale onderhandelingen. Maak je een belangenafweging, dan zal de zwemplek open blijven, terwijl formeel gezien de woonbooteigenaar in zijn recht staat. Ook deze kwestie bevindt zich in het spanningsveld van afstand en nabijheid: de afstandelijke benadering van het juridische geschil – abstraheren van sociale belangen, handhaven van het zwemverbod, rechtszekerheid toepassen – tegenover de nabijheid tot het sociale conflict, en dan ga je gedogen. En wat gebeurt er: we gaan ons oriënteren op het sociale conflict zodat het recht ondergeschikt wordt aan de sociale werkelijkheid. Zelfs de woonbooteigenaar doet

daar aan mee: hij wil zich niet al te impopulair maken in de buurt, hij is ook gebaat bij een goede verhouding met buurtbewoners.'

Hoe komen we hier uit?
'Ik ben niet een voor- of tegenstander van het een of het ander. Het sociale conflict moet een rol spelen bij de oplossing van het juridisch geschil. Maar dan blijft er een gespannen verhouding bestaan tussen een afstandelijke of nabije benadering, tussen een benadering die zich oriënteert op abstracte normen en een die zich richt op sociale belangen. Bestuurders zouden zich meer bewust moeten zijn van dat spanningsveld en dus niet oplossingen zoeken in het Corendon-recht waarin alles inclusief is. We willen wel een win-win-situatie met maatwerk én behoud van klassieke juridische beginselen, maar die ís er niet. In die zin is die spanning ongemakkelijk en niet snel oplosbaar.'

Hier gaat het eigenlijk om een conflict tussen burgers: de botsende belangen tussen woonbooteigenaar en de zwemmers. Maar bij veel gevallen in de informele aanpak gaat het om bezwaren tegen een paarsekrokodillenbenadering door de gemeente: de dakkapel steekt een halve meter uit. Dan is 'bellen' toch prima?
'Ik ben geen regelfetisjist en vind dat ambtenaren niet domweg de regels moeten toepassen. Kijken naar het concrete geval is goed. Aan de andere kant voel ik me ook ongemakkelijk bij overheidsbeleid of besluitvorming als gevolg van te veel overleg of mediation. Daar zet ik kritische vragen bij. Immers, de overheid heeft nooit met één burger van doen, altijd met alle burgers tegelijk. Worden publieke normstellingen onderwerp van bedisselarij tussen bestuursorganen en burgers, dan is dat problematisch. Er ontstaat toch de situatie dat de ene burger zich braaf aan de afmetingen van de dakkapel houdt en de andere die zegt: die regel kan me wat. Die bedisselt dat met de overheid, want 'onderling komen we er wel uit'. We moeten ervoor uitkijken dat burgers met een grote mond, mensen die gestudeerd hebben of die goede toegang hebben tot het gemeentehuis, een betere rechtspositie hebben dan mensen die minder vaardigheden en connecties hebben, of minder geld voor een advocaat die met de gemeente kan onderhandelen. De overheid neemt besluiten die een *erga omnes*-werking hebben, dus werken jegens allen. De mode van mediation, overleg, onderhandelen, we komen er samen uit, de informele aanpak: dat alles schuurt aan tegen klassieke waarden van het publiekrecht, bijvoorbeeld de democratie. Wat de overheid wel of niet doet is ook een democratische kwestie.'

Welke publieke normen worden geschaad bij de informele aanpak?
'Laat je overheidsbeleid resultaat zijn van mediation of overleg met burgers, dan loop je het risico op ongelijke behandeling. Niet dat de waarde van de formele gelijkheid zaligmakend is maar die legt wel een zeker gewicht in de schaal. De overheid moet zich immers niet verantwoorden tegenover die ene en andere buurman, maar tegenover ons allemaal. Onderhandelingen tussen de overheid en burgers verhouden zich moeilijk tot klassieke waarden uit het publiekrecht. We streven pragmatisme na, en oplossingsgerichtheid, maatwerk, output en efficiency. Maar rechtsgelijkheid of rechtszekerheid kunnen we zo uit het oog verliezen.'

Streven we niet ook procedurele rechtvaardigheid na?
'Ik word onrustig van het idee dat procedurele rechtvaardigheid in veel academische teksten wordt verkocht als een manier om mensen tevreden te stellen over de overheid, zodat het vertrouwen in de overheid toeneemt. Het zou ook de-escalerend werken. Dat is op zich natuurlijk goed. Mijn punt

is: moet het recht of rechtvaardigheid zich alleen oriënteren op wat mensen ervan vinden? Gaat het er in het recht om wat mensen rechtvaardig vinden of wat rechtvaardig ís? Dat kan onder omstandigheden verschillend zijn. Een koekjesfabriek probeert zo lekker mogelijke koekjes te maken. Moet de overheid dan kiezen voor een beleid waarover mensen zo tevreden mogelijk zijn? Het begint er wel op te lijken dat dit het enige is dat telt – de informele aanpak is daarvan een voorbeeld. Het recht is er voor de burgers, heet dat dan, en de burgers zijn er niet voor het recht. Mee eens. Maar dat betekent niet dat het recht er alleen is om burgers tevreden te houden. In die zin is er wel degelijk kritiek mogelijk op de theorie van de procedurele rechtvaardigheid.'

Kunt u dat verder toelichten?
'Uit sociaalpsychologisch onderzoek zou blijken dat een oriëntatie op het onderliggende conflict ertoe leidt dat mensen zich eerder neerleggen bij beslissingen van rechters, en dus bij de autoriteit van de rechter en de autoriteit van het bestuur. Tegenwoordig moeten overheden op een andere manier hun legitimiteit verwerven, omdat mensen mondiger zijn geworden. Moet de rechter daarom datgene doen waarmee hij de meeste autoriteit verwerft? Moet het bestuur datgene doen waarover mensen het meest tevreden zijn? Dan maak je van het recht een disciplineringsmethode.'

Wat beoogt het recht dan?
'Dat is de vraag naar het doel van het recht. Gaat het in het recht om rechtvaardigheid? Gaat het om juridische waarden? En welke waarden dan – wordt het een waardendiscussie? Of is recht een manier om een probleem op te lossen? Of een manier om de bevolking te disciplineren? Dat zijn allemaal verschillende factoren. Stel dat de rechter in de woonbotenkwestie oordeelt: wat het onderliggende conflict met de zwemmers ook is, de eigenaar staat in zijn recht, zwemmen is daar verboden, punt. Misschien is dat wel heel rechtvaardig. Luisteren naar wat mensen vinden is heel belangrijk, daarmee verwerft het bestuur ook autoriteit, maar moet dat in het recht zaligmakend zijn? Ik merk in de academische literatuur weinig kritische distantie tot dit spanningsveld.'

Geldt dat ook voor de responsieve rechtsstaat, waarvan de informele aanpak een praktisch uitvloeisel is?
'In de discussie over de informalisering van de bezwaarfase zie ik weinig besef van dat spanningsveld. Er wordt snel gezegd: eisen van legaliteit, rechtszekerheid, rechtsgelijkheid – die eisen nemen wij gewoon op in onze responsieve, informele aanpak. Maar dat kan niet. Zo veeg je onder het tapijt dat er wel degelijk een spanningsveld is. Maar die benadering kan pas echt volwassen worden als deze zich rekenschap geeft van de kritiek die op die benadering mogelijk is. Als je blijft hangen in eendimensionale juichverhalen, dan verliest dat op een gegeven moment aan geloofwaardigheid.'

Hoe kan die benadering dan volwassen worden? Bellen is belangrijk, maar we willen de kritiek ook serieus nemen.
'Daarover moet ik helaas vaag blijven. Ik heb daarvoor geen handboek of concrete richtlijnen. Belangrijk in de volwassenwording van deze informalisering, van deze responsieve benadering, is het bewustzijn van dit spanningsveld. Het bewustzijn dat het recht niet en-en is, dat Corendon-recht niet bestaat, dat er een gespannen verhouding is tussen afstand en nabijheid in het recht. Ik hoop dat in trainingsprogramma's voor ambtenaren meer ruimte ontstaat voor dergelijke tegengeluiden en dat deze een plek krijgen in de informele aanpak.'

5.1. 2, e **studeerde Nederlands recht aan de Universiteit Utrecht. In 2016 promoveerde hij op *Bestuursrecht tussen autonomie en verhouding. Naar een relationeel bestuursrecht*. Sinds 2016 is hij universitair docent rechtstheorie, eerst aan de Erasmus Universiteit Rotterdam, sinds 2018 aan de Universiteit Utrecht. Hij is tevens redactielid van *Netherlands Journal of Legal Philosophy*.**