

EUR Research Information Portal

Bestuursrecht in tijden van democratie en populisme

Publication status and date:

Published: 24/04/2018

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Document License/Available under:

Article 25fa Dutch Copyright Act

Citation for the published version (APA):

van Oenen, G. (2018). Bestuursrecht in tijden van democratie en populisme: Drie uitdagingen. *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht (NTB)*, (33), 198-200.

[Link to publication on the EUR Research Information Portal](#)

Terms and Conditions of Use

Except as permitted by the applicable copyright law, you may not reproduce or make this material available to any third party without the prior written permission from the copyright holder(s). Copyright law allows the following uses of this material without prior permission:

- you may download, save and print a copy of this material for your personal use only;
- you may share the EUR portal link to this material.

In case the material is published with an open access license (e.g. a Creative Commons (CC) license), other uses may be allowed. Please check the terms and conditions of the specific license.

Take-down policy

If you believe that this material infringes your copyright and/or any other intellectual property rights, you may request its removal by contacting us at the following email address: openaccess.library@eur.nl. Please provide us with all the relevant information, including the reasons why you believe any of your rights have been infringed. In case of a legitimate complaint, we will make the material inaccessible and/or remove it from the website.

NTB 2018/33

Bestuursrecht in tijden van democratie en populisme. Drie uitdagingen

Gijs van Oenen, datum 24-04-2018

Datum	24-04-2018
Auteur	Gijs van Oenen ^[1]
JCDI	JCDI:ADS804040:1
Vakgebied(en)	Bestuursrecht algemeen (V)

1. Inleiding

De klassieke relatie tussen burger en overheid is allang niet meer statisch of eenvormig. Immanuel Kant heeft weliswaar in 1793 correct de moderne burgerlijke rechtstoestand beschreven als een driedelige 'vrijheid als mens, gelijkheid als onderdaan en zelfstandigheid als burger', maar met name de zelfstandige burger is tegenwoordig veel diverser, actiever en potentieel problematischer dan Kant zich destijds kon voorstellen.^[2] En ook van 'onderdanigheid' is weinig sprake meer. Onderdaan en burger zijn tegenwoordig: betrokken meedenker, raadgever, co-producent van beleid, criticus, eiser, gebruiker en niet te vergeten 'klant'. Of, aan de andere kant van deze medaille, vervullen zij de mogelijke rollen van tegenwerker, afhaker, cynicus, uitdager, populist, recidivist of zelfs terrorist. Vanuit al deze hoedanigheden kan en zal de burger in een bestuurlijke relatie tot de overheid komen te staan en zal het bestuursrechtelijk kader dit moeten kunnen accommoderen.

Maar niet alleen voor de burger geldt dat die allesbehalve statisch en eenvormig is; dit is evenzeer het geval voor de overheid. Natuurlijk zijn er diverse bestuurslagen, maar minstens zo belangrijk is dat de overheid zich tegenwoordig in allerlei (rechts)vormen en hoedanigheden aan de burger (en aan het bedrijfsleven) toont. Daarbij kan zij optreden in een private hoedanigheid of allianties aangaan met private organen en actoren. Zij kan in zulke constellaties gebieden of verbieden, maar ook vergunnen, subsidiëren, ondersteunen, reguleren, faciliteren en controleren. Of nalaten dat te doen. Ook hiervoor moeten adequate bestuursrechtelijke kaders worden gevonden. Respectievelijk opnieuw worden nagedacht over de status van bestuursrecht in het geheel van - het onderscheid tussen - publiekrecht en privaatrecht.

Deze veranderende hoedanigheden van burger en overheid creëren nieuwe mogelijkheden, vragen en opgaven voor de democratische rechtsstaat. En in dit kader meer specifiek voor haar bestuursrechtelijke dimensie. Uit dit complexe veld bespreek ik hier drie soorten problemen waar het bestuursrecht mee te maken kan krijgen, welke voortvloeien uit drie verschillende soorten overspannen verwachtingen van hedendaagse burgers ten aanzien van democratie. En daarmee ten aanzien van bestuursorganen die daaraan - in de ogen van de burger - uitvoering moeten geven. En ook hier geldt overigens een symmetrie: die hoge verwachtingen gelden ook vice versa, van de overheid ten aanzien van de burger.^[3]

2. Druk

Ten eerste: toenemende druk. Bestuur en bestuursrechter zullen onder steeds grotere druk komen te staan door de aanspraken van geëmancipeerde burgers, die verwachten dat de rechter gehoor zal geven aan hun

belangen en overtuigingen. Doordat burgers in de afgelopen decennia steeds meer interactief betrokken zijn geraakt bij de instituties van de moderne samenleving - die instituties zijn *responsief* geworden - *verwachten* zij ook steeds meer van die instituties. Tot die verwachtingen kan behoren, in een samenleving die steeds meer democratie ziet als panacee (probleem: X, oplossing: 'meer democratie!'), dat de (bestuurs)rechter 'helpt' om de democratische verwachtingen waar te maken.

Eenzijds kunnen er problemen ontstaan wanneer die verwachtingen niet worden ingelost. Men verwacht bijvoorbeeld, of spreekt in ieder geval in termen van, de bestuursrechter die 'de burger gelijk geeft', wat suggereert dat de (bestuurs)rechter 'aan de kant van de burger' staat, in diens democratische strijd tegen 'de overheid' die beweerdelijk te weinig naar de burger luistert. Dat kan te maken hebben met een verkeerd begrip van wat bestuursrecht is of doet, mede geholpen overigens door het bestuur zelf, dat zich maar al te graag toont als gericht op de burger en bereid om naar hem te luisteren. Het openbaar bestuur is zich de afgelopen decennia steeds meer open gaan stellen voor het standpunt van de burger, wat op zichzelf prima is, maar het wekt de suggestie dat besluiten niet legitiem kunnen zijn wanneer er onvoldoende naar burgers is geluisterd. Een besluit in het nadeel van de burger sterkt deze dan in zijn overtuiging dat er 'nog steeds niet naar hem wordt geluisterd' en dat het bestuur nog steeds te ver van hem af staat. In werkelijkheid echter heeft het bestuur nog nooit zo dicht bij de burger gestaan als nu.

Anderzijds kunnen de verwachtingen van de burger in strijd raken met de normstellende of handhavende opdracht van het bestuursrecht. De bestuursrechter heeft weliswaar ook tot taak om de procedures van het openbaar bestuur in haar relatie tot de burger te bewaken, maar daarbij staat zij niet méér aan de kant van de burger dan aan de kant van de rechtsstaat. In alle enthousiasme over meer democratie raakt het rechtsstatelijke aspect van de relatie tussen overheid en burger makkelijk op de achtergrond. Ook bij de overheid zelf! In haar ijver om de burger van dienst te zijn, benadrukt zij in haar communicatie het liefst haar toegankelijkheid en responsiviteit, eerder dan de rechtsstatelijke normen en structuren die in bestuurlijk handelen mede tot uitdrukking moeten komen. Zeker op lokaal niveau wil men graag laten zien dat bij gemeenteraadsleden en wethouders 'de deur altijd open staat'. Dat kan de indruk wekken dat men het met 'regeltjes' niet te nauw hoeft te nemen. Wat later weer tot teleurstelling en verontwaardiging kan leiden wanneer bestuursrechtelijk die regels toch nauw blijken te worden genomen.

3. Kritiek

Ten tweede: publieke kritiek. Hierbij doel ik niet primair op kritiek afkomstig van de klassieke geëmancipeerde burger, die zijn rol binnen het geheel van de democratische representatie en het openbaar bestuur begrijpt en affirmeert - de 'co-producent van beleid', zoals de bestuurskunde die graag ziet. Het gaat mij eerder om kritiek van de populistisch geëmancipeerde burger, die minder begrip heeft voor en van deze 'bemiddeling' en een grotere interactieve rol voor de burger synoniem ziet met 'luisteren naar de gewone burger', en belangrijker nog: doen wat die gewone burger wil, in naam der democratie - eerder dan in naam der wet.

Dat is kritiek in de trant van: wat de bestuursrechter zegt 'is ook maar een mening' - vrij naar (toen) kroonprins Willem Alexander, in reactie op de bevindingen in het rapport-Baud.^[4] Dit in lijn met bijvoorbeeld kritiek op de wetenschap, in de zin van een relativering van de status van de inzichten die zulke instituties produceren. Hierover is tegenwoordig een hele discussie, ook in de media, waarbij met de vinger wordt gewezen naar antropoloog en filosoof Bruno Latour. Die zou de 'black box' van de wetenschap hebben geopend en laten zien dat wat daar gebeurt eigenlijk ook alleen maar 'business as usual is', *business* die zich niet wezenlijk onderscheidt van koehandel, straathandel, of wat we zien in de serie *The Wire*. Alles hangt aan elkaar van belangen, bondgenootschappen en opportunisme; niets is in zichzelf belangrijker, betrouwbaarder of robuuster dan iets anders.^[5]

Overigens betoogt Latour in zijn ethnografische studie over de Franse Conseil d'État uit 2002 niet dat daar slechts meningen en bondgenootschappen heersen, maar dat het recht - zoals iedere andere institutie - heel eigen kennisprocedures kent via welke praktijken van juridisch argumenteren, tekstualiteit, en beslissingen formuleren gezamenlijk leiden tot een specifiek juridische wijze om de wereld te 'assembleren'.^[6] Toch is het

niet zo'n hele grote stap van deze meer geruststellend klinkende formulering naar de veel relativistischer conclusie dat in zulk 'multirealisme' de betreffende waarden en standaarden onderwerp van voortdurende onderhandeling zijn tussen beroepsbeoefenaren die geen geprivilegieerde toegang hebben tot het soort kennis dat zij produceren.^[7] Zo'n conclusie zou het materiaal kunnen vormen voor een populistische blikopener - letterlijk en figuurlijk - om de black box van de rechtspraak, meer in het bijzonder de bestuursrechtspraak, te bewerken. Om na een blik in het binnenste te concluderen dat het recht uit niet meer bestaat dan idiosyncratische meningen en instabiele bondgenootschappen, en wie weet partijpolitiek opportunisme, samengevoegd op een onnavolgbare, 'typisch juridische' en zeker elitaire manier.

4. Ondernijning

Ten derde: ondernijning van bestuursrecht - en meer in het algemeen rechtsstatelijke verhoudingen - door het te passeren, of buitenspel te zetten.

Dat kan enerzijds via alternatieve routes *binnen het recht*. Recente voorbeelden zijn de zaken omtrent Urgenda en Srebrenica.^[8] Daar gaat het, zou je zeggen, om publiekrechtelijke kwesties, maar ze worden nu voor de burgerlijke rechter uitgevochten. Kennelijk verwacht men daar meer gehoor te vinden. Nu is het op zichzelf niet nieuw dat staats- en publiekrechtelijke verhoudingen private vormen gaan aannemen, zeker in neoliberale tijden. Veel bestuursrechtelijke publicaties gaan tegenwoordig precies daarover.^[9] Maar bij de genoemde zaken gaat het niet om geprivatiseerde verhoudingen; eerder wordt er door burgers met de overheid *afgerekend*, en als dat niet kan via het bestuursrecht, dan maar via het privaatrecht. Als het maar werkt!

Maar het kunnen ook routes *buiten het recht om* zijn. We zitten tegenwoordig midden in een storm waarin social media, en andere internet-gerelateerde krachten zoals hackers, democratie en openbaar bestuur *nudgen* en manipuleren. Schijnbaar doen Russen dat met Nederlandse en Amerikaanse verkiezingen, maar de huidige Amerikaanse president doet niet voor hen onder. Hij regeert via Twitter - voor zover je wat hij doet, regeren kunt noemen.

Daarmee creëert hij een buitengewoon antagonistische relatie niet alleen tot klassieke media, zoals kranten (als de New York Times) en televisiestations (als CNN), maar ook ten opzichte van 'klassieke' organen van de rechtsstaat, niet in de laatste plaats de rechtspraak. Trump, en meer in het algemeen de moderne populist, bestuurt zoveel mogelijk *buiten* de kaders van enig bestuursrecht. Het bestuursrecht is ook maar een mening, evenveel waard als een presidentiële tweet, of zelfs minder. We zien hier een nieuwe, populistische variant van de *uitzonderingstoestand*, discoursfähig gemaakt door Carl Schmitt en Giorgio Agamben.^[10] 'Het bestuursrecht, dat ben ik'. Amerika, zo lijkt mij, zal Donald Trump wel *moeten* afzetten, om te laten zien dat diens bewindvoering geen democratische zegetocht is, maar een ondernijning van staat en bestuur die de president wordt geacht hoog te houden.

5. Conclusie

Drie bedreigingen dus, alle drie door krachten die vinden dat het niet snel genoeg gaat met de democratie: de hoge verwachtingen van de geëmancipeerde burger, de quasi-postmoderne kritiek van de populistische burger, en de ondernijnende kritiek van instrumenteel-populistische machten in binnen- en buitenland. 'Responsief' bestuursrecht moet nu daarom ook betekenen: op die bedreigingen een antwoord vinden. De ironie is dat zij dit primair zal moeten doen door *minder* responsief te worden. Zij moet minder dicht op de burger willen staan, juist om het ambt meer aanzien te geven. Het volk zal dan ook in eigen aanzien stijgen, omdat het dan weer meer wordt gerepresenteerd en minder wordt bestuurd.

Voetnoten

[1] Gijs van Oenen is universitair hoofddocent aan de Faculteit der Wijsbegeerte aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

[2] Immanuel Kant, *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*, in: *Werke*, deel 8, Berlin: Akademie der Wissenschaften 1912 [1793], p. 273-314.

[3] Over dat aspect en meer algemeen over de hoge verwachtingen die we van democratie hebben, zie G. van Oenen, *Overspannen democratie. Hoge verwachtingen, paradoxale gevolgen*, Amsterdam: Boom 2018.

[4] M. Baud, *Militair geweld, burgerlijke verantwoordelijkheid*, Den Haag: Sdu 2001.

[5] Zie F. Audren & C. Moreau de Bellaing, 'Bruno Latour's legal anthropology', in: R. Banakar & M. Travers (red.), *Law and social theory*, Oxford: Hart 2013, p. 181-194.

[6] B. Latour, *La fabrique du droit. Une ethnologie du Conseil d'État*, Paris: La Découverte 2002.

[7] Zie het themanummer van *Wijsgerig Perspectief* over Latour, 52/4, 2012.

[8] Rechtbank Den Haag 24 juni 2015, AB 2015/336, m.nt. Ch.W. Backes (*Urgenda*); Hof Den Haag 27 juni 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1761. Zie over de Urgendazaak o.a. het themanummer van het *NJB* (2015, no. 33). Over het *Srebrenica*-arrest van het Hof Den Haag dd. 27 juni 2017 is bij mijn weten nog niet gepubliceerd.

[9] Zie bijvoorbeeld de bijdragen over de rechtsbescherming in het sociaal domein die zijn verzameld in het eerste nummer van het *NTB* uit 2018.

[10] Vgl D. McLoughlin, 'The fiction of sovereignty and the real state of exception: Giorgio Agamben's critique of Carl Schmitt', *Law, culture and the humanities* 12/3, 2016, p. 509-528.