



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Naar een meer responsief bestuursrecht?

Verder bouwen aan het huis van de rechtsstaat

Doornbos, N.

Publication date

2019

Document Version

Author accepted manuscript

Published in

25 jaar Awb

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Doornbos, N. (2019). Naar een meer responsief bestuursrecht? Verder bouwen aan het huis van de rechtsstaat. In T. Barkhuysen, B. Marseille, W. den Ouden, H. Peters, & R. Schlössels (Eds.), *25 jaar Awb: In eenheid en verscheidenheid* (pp. 567-578). Wolters Kluwer.
<https://verenigingbestuursrecht.nl/wp-content/uploads/2019/02/Totale-bundel-25-jaar-Awb.pdf>

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Naar een meer responsief bestuursrecht?

Verder bouwen aan het huis van de rechtsstaat

Nienke Doornbos¹

Publicatie op 8-2-2019 in: Tom Barkhuysen, Bert Marseille, Willemien den Ouden, Hans Peters & Raymond Schlössels (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Opvallend vaak valt de laatste tijd de term 'responsief' waar het gaat om de relatie overheid-burger. Al vele artikelen en studiemiddagen zijn aan dit thema gewijd.² Volgens Scheltema is een responsieve rechtsstaat 'een rechtsstaat waarin de burger ervaart dat het om hem te doen is'.³ De overheid heeft een dienende functie. Dat betekent niet dat de burger in alles maar gelijk krijgt, maar wel dat de overheid daadwerkelijk geïnteresseerd is in zijn belangen en zijn standpunten en die standpunten ook serieus neemt. Op dit punt valt er volgens Scheltema nog een hoop te verbeteren, maar initiatieven als Prettig contact en de Nieuwe Zaaksbehandeling wijzen in een meer responsieve richting. Ook Allewijn ziet in deze initiatieven de ontwikkeling naar een meer responsieve rechtsstaat terug, en noemt daarnaast nog de decentralisatiebeweging en specifiek de keukentafelgesprekken in het kader van de Wet maatschappelijke ondersteuning.⁴ Beide auteurs plaatsen het concept responsief recht in de sleutel van bejegening en communicatie van de overheid met de burger. De voorbeelden impliceren dat ook het streven naar maatwerk en snelle, effectieve geschilbeslechting hier deel van uitmaken.

Hun ideeën sluiten mooi aan bij het werk van twee Amerikaanse rechtssociologen, Nonet & Selznick, die eind jaren zeventig het begrip 'responsive law' introduceerden.⁵ Zij doelden daarmee op een rechtsorde die tegemoetkomt aan maatschappelijke behoeften en waarin wordt gestreefd naar oplossingen die vanuit een maatschappelijk perspectief als rechtvaardig kunnen worden getypeerd. Dat gaat in hun ogen verder dan (ervaren) procedurele rechtvaardigheid, een begrip waarbinnen het bestuursrecht ook veel belangstelling voor bestaat: 'Good law should offer something more than procedural justice. It should be competent as well as fair; it should help the public interest and be committed to the achievement of substantial justice.'⁶ De responsieve rechtsorde komt volgens deze auteurs tot stand als een reactie op de 'autonome rechtsorde', die gekenmerkt wordt door een nadruk op rechtmatigheid, voorspelbaarheid en rechtszekerheid. Deze rechtsorde, waarin de Rule of Law zich ontwikkelde, kwam op zijn beurt tot stand als reactie op een 'repressieve rechtsorde', waarin het recht naar willekeur werd aangewend als politiek machtsinstrument van heersers. Nonet & Selznick plaatsen de overgang van repressief, naar autonoom en responsief recht in een historisch-evolutionair perspectief. Daaruit spreekt een zeker vooruitgangsgeloof. Hoewel zij

¹ Universitair docent Rechtssociologie, Faculteit Rechtsgeleerdheid, Universiteit van Amsterdam.

² Zie voor een overzicht D.M. Kromhout & B. Marseille (2018), Responsief bestuursrecht in de veranderende publieke ruimte, Verslag van een op 15 juni 2018 gehouden VAR-studiemiddag, *NTB* (8), p. 57-61.

³ M. Scheltema (2015), Bureaucratische rechtsstaat of responsieve rechtsstaat? *NTB* (9), 37-41.

⁴ D. Allewijn (2016a), Het rapport "De praktijk van de nieuwe zaaksbehandeling in het bestuursrecht", Een stap in de richting van responsieve bestuursrechtspraak? *NTB* 2016 (7), p. 27-32.. Zie ook D. Allewijn (2016b), De transitie van autonoom naar responsief bestuursrecht, Lezing PCMO Conferentie Amsterdam 26 april 2016 – Verslag Lynn van der Velden, www.pcmo.nl.

⁵ P. Nonet & P. Selznick (1978), *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, New York: Harper & Row.

⁶ Nonet & Selznick (1978), *a.w.*, p. 73-74.

benadrukken dat het erg contextafhankelijk is hoe het recht zich ontwikkelt en welke maatschappelijke doeleinden worden nagestreefd, beschouwen zij de responsieve rechtsorde als een hoger en meer ontwikkeld systeem.⁷

In deze bijdrage wil ik nagaan of er daadwerkelijk een tendens is naar meer responsiviteit in de verhouding overheid-burger en hoe dat begrip nadere invulling kan krijgen. Daarvoor zal ik eerste een beknopt overzicht geven van empirisch onderzoek naar de werking van de Awb in de praktijk en vervolgens stilstaan bij twee contrasterende praktijken binnen het publiekrecht: de boetepraktijk in het kader van de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (Wahv) en het keukentafelgesprek in het kader van de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo). De boetepraktijk wordt wel beschouwd als een te rigide uitvoeringspraktijk waarbij de belangen van burgers uit het zicht zijn verdwenen en waarbij volgens de Nationale ombudsman zelfs mensenrechten zijn geschonden.⁸ De keukentafelgesprekken worden daarentegen veelal aangehaald als voorbeeld van responsief recht. Door deze casus te contrasteren krijgen we meer zicht op wat responsief recht zou kunnen inhouden. Het blijft immers een abstract begrip: wat is rechtvaardig in het licht van maatschappelijke doeleinden? Er is mijns inziens nog veel doordenking nodig om het concept responsiviteit meer te laten zijn dan louter een 'hoerabegrip'; deze bijdrage biedt daarvoor een eerste aanzet. Aan het slot van dit hoofdstuk zal ik betogen dat responsief recht niet zozeer als een eindstadium in een evolutionair proces moet worden gezien, maar als een meer materiële invulling van ons rechtsstaatbegrip.

Empirisch onderzoek naar de werking van de Awb in de praktijk

Als relatieve buitenstaander (geen bestuursrechtjurist, maar rechtssocioloog), wil ik het feestje van 25 jaar Awb natuurlijk niet verpesten, maar dat is welhaast onvermijdelijk als je vanuit een oogpunt van responsiviteit in de relatie overheid-burger kijkt naar de toepassing van de Awb in de praktijk. Het is immers al vaak gezegd⁹ en ook ik ben daar elders al eens uitgebreider op ingegaan¹⁰: de Awb werd in de periode na inwerkingtreding allengs formalistischer toegepast en de procedures in bezwaar, beroep en hoger beroep konden op weinig waardering van rechtzoekenden rekenen. De laatste jaren zijn er echter meer positieve signalen, waarover straks meer.

Omstreeks het verschijnen van de Derde Evaluatie kwamen diverse problemen in volle omvang naar voren: de bezwaarprocedure, die bij invoering van de Awb was bedoeld als een informele, toegankelijke procedure voor de burger om op te komen tegen overheidsbesluiten, had zich ontwikkeld tot een logge en onnodig gejuridiseerde rechtsgang.¹¹ Volgens de Evaluatiecommissie is er sprake van een informatiekloof tussen burger en overheid en schort het vooral aan communicatie

⁷ Nonet & Selznick (1978), *a.w.*, p. 116. Overigens benadrukken de auteurs dat het hier om ideaaltypen gaat en dat geen enkele rechtsorde coherent is: 'any given legal order or legal institution is likely to have a "mixed" character, incorporating aspects of all three types of law' (p. 17).

⁸ Nationale ombudsman (2015), *Gegijzeld door het systeem*, rapportnummer 2015/160, 12 november 2015.

⁹ Zie m.n. Commissie Evaluatie AWB III (2007), *Derde Evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht 2006*, te raadplegen via www.wodc.nl.

¹⁰ N. Doornbos (2017), Voorbij procedurele rechtvaardigheid; De betrekkelijkheid van de beleving van respondenten, *Recht der Werkelijkheid* 38 (2), 99-119.

¹¹ Commissie Evaluatie AWB III (2007), *a.w.*; zie ook A. Brenninkmeijer (2011) Dejuridisering, *NJB* (1), p. 6.

en voorlichting.¹² De afdoening van bezwaarzaken gebeurde bovendien te traag en overheidsinstanties overschreden dan ook veelvuldig de beslistermijnen.¹³ Uit een empirisch onderzoek (2011) onder 376 gebruikers van de bezwaarprocedure kwam naar voren dat 68 % van de respondenten (heel) negatief oordeelde over de bezwaarprocedure, vooral omdat deze naar hun mening te lang duurde. Twintig procent oordeelde (heel) positief.¹⁴ De respondenten hadden zich vooral over de opstelling van het bestuursorgaan boos gemaakt. Zij troffen bij de hoorzitting van de bezwaarcommissie soms ambtenaren die 'als terriërs' hun besluit gingen verdedigen.¹⁵ 60 % van de respondenten gaf aan liever voorafgaand aan de bezwaarprocedure een informeel gesprek te hebben gehad met een ambtenaar.¹⁶

In de fase van de beroepsprocedures kwamen uit empirisch onderzoek weer andere problemen naar voren: de bestuursrechter maakte omstreeks 2005 niet of nauwelijks gebruik van de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien, waardoor procespartijen onnodig lang aan het procederen waren (het beruchte 'pingpongen');¹⁷ en stelde zich ook op andere vlakken lijdelijk op, bijvoorbeeld door procespartijen in het ongewisse te laten over welk bewijsmateriaal nodig was om hun zaak kans van slagen te geven.¹⁸ Marseille wees op de lage slagingskansen van burgers: in beroepszaken kan de burger in slechts circa 10 % van de gevallen als 'winnaar' worden aangewezen¹⁹. Ook in hoger beroepszaken trekt de burger meestal aan het kortste eind.²⁰

In reactie op de derde evaluatie zijn vanuit de rechtspraktijk belangrijke initiatieven gestart om de problemen ter hand te nemen, zoals het streven naar finale geschilbeslechting, Prettig contact met de overheid en de Nieuwe Zaaksbehandeling. Met deze initiatieven wordt gepoogd beter te kunnen aansluiten bij de behoeftes van rechtzoekenden aan adequate en snelle conflictoplossing.²¹ Er wordt meer gekeken naar het 'achterliggende geschil' en wat er nodig is om het geschil te beslechten. Daarbij kunnen ook (tot op zekere hoogte) niet-juridische aspecten aan de orde komen.²² De initiatiefnemers hebben zich daarbij laten inspireren door theorieën van procedurele rechtvaardigheid, die in de kern neerkomen op de gedachte dat als mensen zich rechtvaardig en met respect behandeld voelen, zij een beslissing beter zullen accepteren, de beslissende autoriteit eerder

¹² Commissie Evaluatie AWB III (2007), *a.w.*, p. v en 64.

¹³ Zie onder meer de rapporten van de Algemene Rekenkamer uit 2004, *Waar blijft de tijd?* En 2009, *Beslistermijnen. Waar blijft de tijd?*

¹⁴ B.W.N de Waard e.a. (red., 2011), *Ervaringen met bezwaar*. Tilburg: Tilburg University, p. 85.

¹⁵ De Waard e.a. (2011), *a.w.*, p. 174.

¹⁶ De Waard e.a. (2011), *a.w.*, p. 67.

¹⁷ B.J. Schueler e.a. (2007), *Definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter*, Boom Juridische Uitgevers.

¹⁸ A.T. Marseille (2004), *Effectiviteit van bestuursrechtspraak, een onderzoek naar het verloop en de uitkomst van bestuursrechtelijke beroepsprocedures*, Boom Juridische Uitgevers; T. Barkhuysen e.a. (2007), *Feitenvaststelling in beroep*, Boom Juridische uitgevers.

¹⁹ A.T. Marseille (2004), *a.w.*. A.T. Marseille, B.W.N. de Waard, A. Tollenaar, P. Laskewitz en C. Boxum (2015), *De praktijk van de Nieuwe zaaksbehandeling in het bestuursrecht*, Den Haag: Ministerie van BZK, p. 129.

²⁰ A.T. Marseille & M. Wever (2016), Snelheid, finaliteit en winstkans in het bestuursrechtelijke hoger beroep, *NJB* 91 (13), p. 847.

²¹ Schuurmans, Y.E. en D.A. Verburg (2012), 'Bestuursrechtelijk bewijsrecht in de jaren '10: opklaringen in het hele land', *Jurisprudentie Bestuursrecht plus*, p. 117-138.

²² Zie o.m. Verburg, André (2013), 'De nieuwe zaaksbehandeling van de bestuursrechter', *Tijdschrift Conflicthantering* 2013 (3), p. 19-23; K.A.W.M. de Jong (2018), Geen sfinx te zien, een onderzoek naar de zaaksbehandeling bij de Amsterdamse bestuursrechter, *NTB* 2018/16, p. 14-17.

als legitiem zullen ervaren en meer vertrouwen zullen hebben in instituties, zelfs als de beslissing negatief voor hen uitpakt.²³

Uit empirisch onderzoek blijkt dat in de eerste contacten tussen burger en overheid na indiening van een klacht of een bezwaar, ervaren procedurele rechtvaardigheid leidt tot meer tevredenheid over de uitkomst (ook als de uitkomst negatief uitpakt voor de burger) en vertrouwen in de overheid.²⁴ Marseille, De Waard e.a. zagen dit effect in de fase van beroep niet optreden, al gaven procesdeelnemers aan *overall* procedurele rechtvaardigheid te hebben ervaren.²⁵ Grootelaar stelt daarentegen juist een sterke positieve relatie tussen ervaren procedurele rechtvaardigheid en vertrouwen in de rechter vast, vooral wanneer er voor rechtzoekenden meer op het spel staat en wanneer zij eerder met de rechter in aanraking zijn geweest.²⁶

Uit dit beknopte overzicht blijkt dat er tal van pogingen worden ondernomen om te komen tot dejuridisering en meer effectieve geschilbeslechting om zo beter tegemoet te komen aan (veronderstelde) maatschappelijke behoeften. Aspecten als communicatie, bejegening en (ervaren) procedurele rechtvaardigheid bij geschilbeslechting krijgen daarbij veel aandacht, maar er is weinig inzicht in welke meer algemene behoeften en materiële rechtvaardigheidsopvattingen mensen hebben.²⁷ Het zou bijvoorbeeld interessant zijn om op verschillende terreinen na te gaan of, en zo ja in hoeverre, mensen behoefte hebben aan standaardoplossingen of juist aan maatwerk en of zij van mening zijn dat maatwerk ten koste mag gaan van gelijke behandeling. Die vraag is zeker van belang bij de beoordeling van de twee contrasterende casus die ons, zoals gezegd, meer inzicht kunnen verschaffen in wat wel en niet onder responsiviteit kan worden verstaan. We maken daarbij een klein uitstapje naar het strafrecht.

De boetepraktijk bij onverzekerd rijden

Wie onverzekerd in een auto of ander motorrijtuig rondrijdt, riskeert een boete. Het Openbaar Ministerie schat dat zo'n 90.000 Nederlanders zonder verzekering rondrijden.²⁸ De verzekering is verplicht en heeft ten doel eventuele schade die met het voertuig wordt berokkend te kunnen vergoeden. Terecht dus dat overtredingen worden opgespoord en beboet.

Dat de boetepraktijk veel kritiek heeft gekregen en onderwerp is geworden van een vernietigend rapport van de Nationale ombudsman²⁹, heeft alles te maken met de stringente manier waarop de overtredingen werden aangepakt. Niet alleen zijn de boetebedragen erg hoog en lopen ze bij

²³ Grondleggers van deze theorieën zijn J.W. Thibaut & L. Walker (1975), *Procedural justice: a psychological analysis*. New York en E.A. Lind & T.R. Tyler (1988), *The social psychology of procedural justice*. New York/London: Plenum Press. In Nederland heeft onder anderen Grootelaar het concept verder ontwikkeld en toegepast op de Nederlandse rechtspraak. H.A.M. Grootelaar (2018), *Interacting with procedural justice in courts*, dissertatie UU.

²⁴ K. van den Bos & L. van der Velden (2013), *Legitimiteit van de overheid, aanvaarding van overheidsbesluiten & ervaren procedurele rechtvaardigheid*, Prettig contact met de overheid deel 4, Den Haag: Ministerie van Justitie.

²⁵ A.T. Marseille, B. de Waard & P. Laskewitz (2015), De nieuwe zaaksbehandeling in het bestuursrecht in de praktijk, *NJB* (29), p. 2007-2014. Deze onderzoekers hebben 150 zittingen bij vijf rechtbanken hebben geobserveerd en 300 interviews met rechters en procespartijen hebben afgenomen. Op een schaal van 1 tot 5 voor ervaren procedurele rechtvaardigheid geven eisers de score 4.0, de gemachtigden van eisers 4.2 en die van bestuursorganen eveneens 4.2.

²⁶ H.A.M. Grootelaar (2018), *a.w.*, chapter 2.

²⁷ Doornbos (2017) *a.w.*

²⁸ <https://www.om.nl/onderwerpen/verkeer/handhaving-verkeer/apk-verzekering/verzekering/>

²⁹ Nationale ombudsman (2015), *Gegijzeld door het systeem*, rapportnummer 2015/160.

aanmaningen in een zeer hoog tempo op³⁰, ook heeft het Openbaar Ministerie naar het oordeel van de Nationale ombudsman onevenredig vaak het middel van gijzeling ingezet om betaling af te dwingen van boetes van verkeersovertredingen. Bij de inwerkingtreding van de Wet Mulder (Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften) in de jaren '80 ging men ervan uit dat gijzelen alleen in uiterste noodzaak zou worden ingezet. In 2013 vroeg het OM evenwel in ruim 180.000 zaken de rechter om toestemming en in 2014 in 140.000 zaken (in 22.000 respectievelijk 41.000 zaken is daadwerkelijk tot gijzeling overgegaan).³¹ Er werden ook mensen gevangengezet die wel wilden betalen, maar niet konden betalen en bij wie de gijzeling dus geen enkel doel diende. De Nationale ombudsman oordeelde dat deze praktijk een schending oplevert van het grondrecht op persoonlijke vrijheid.³² Nadat de Nationale ombudsman aan de bel had getrokken is in 2016 het aantal vorderingen teruggelopen tot 784 (van juli 2015-december 2016). Ik schrijf deze paragraaf gemakshalve in de verleden tijd, maar de problemen zijn nog lang niet allemaal de wereld uit³³ en de boetes zijn zelfs na het verschijnen van het kritische rapport verhoogd van 400 naar 600 euro.³⁴

In het rechtssociologisch onderwijs aan de UvA gebruiken we deze casus om te demonstreren hoe een uitvoeringspraktijk kan doorschieten en – in een democratische rechtsstaat als de hedendaagse Nederlandse rechtsstaat – zelfs kan leiden tot schending van mensenrechten. Ook besteden we aandacht aan de oorzaken daarvan, die de Nationale ombudsman als volgt verwoordt: ‘Het gehele invorderingstraject overziend, is de Nationale ombudsman van mening dat het systeemdenken bij de RDW en het CJIB overheersend is geweest, mede gevoed door de focus van het OM en het ministerie van V&J op efficiëntie, met volledige invordering als gewenst resultaat. Veelal werd met een juridische bril naar de verzoeken van burgers gekeken, zonder te kijken naar de persoon en zijn persoonlijke omstandigheden. De belangen van de burger zijn hierdoor uit het zicht geraakt waardoor veel burgers verder in de problemen zijn gekomen.’³⁵

In deze uitvoeringspraktijk is sprake van systeem-level bureaucratie in optima forma³⁶: via registervergelijking controleert de RDW alle kentekens met de gegevens van de autoverzekeraars. Op deze wijze controleert de RDW meerdere keren per jaar of auto's een geldige verzekering of APK hebben. Daardoor kan het voorkomen dat vervolgens bij het CJIB volautomatisch een boete uit de computer komt rollen, ook al stond op het moment van de overtreding de auto al enige maanden ongebruikt in de schuur of was de auto na een ongeval in het buitenland op de schoothoop beland. Er komt vrijwel geen ambtenaar van vlees en bloed meer aan te pas.

Als je dit handhavingssysteem op een positieve manier zou willen benaderen, zou je kunnen zeggen dat er optimale rechtszekerheid heerst: het is immers mogelijk om in 100 % van de overtredingen te handhaven. Die handhaving geschiedt op een uitzonderlijk neutrale, immers onpersoonlijke manier.

³⁰ Ten tijde van het onderzoek van de Nationale ombudsman was het boetebedrag voor onverzekerd rondrijden in een auto 400 euro, een bedrag dat bij eerste aanmaning met een factor 1,5 en bij de tweede aanmaning met de factor 3 wordt vermenigvuldigd.

³¹ Nationale ombudsman (2015), *a.w.*, p. 11-13.

³² Nationale ombudsman (2015), *a.w.*, p. 47-48.

³³ Nieuwsbericht Nationale ombudsman ‘Minder burgers ten onrechte gegijzeld na verbetermaatregelen’, 23 februari 2017. Zie ook J. Frederik, ‘In Nederland kan een verkeersboete je leven ruïneren’, *De Correspondent* 14 april 2017, <https://decorrespondent.nl/6546/in-nederland-kan-een-verkeersboete-je-leven-ruïneren/1590732213972-810eeb99>

³⁴ In 2018 bedroeg de boete blijkens de websites van het OM en het CJIB 600 euro, een bedrag dat bij eerste aanmaning met een factor 1,5 en bij de tweede aanmaning met de factor 3 wordt vermenigvuldigd.

³⁵ Nationale ombudsman (2015), *a.w.*, p. 51.

³⁶ M. Bovens, M. & S. Zouridis (2002), Van street-level bureaucratie naar systeem-level bureaucratie. Over ICT, ambtelijke discretie en de democratische rechtsstaat, *NJB* (2), p. 65-74.

Er is geen ruimte voor arbitraire machtsuitoefening door ambtenaar. Zo is er bijvoorbeeld geen sprake van etnische profilering; de computer is kleurenblind. Alle gevallen worden gelijk behandeld. Maar precies daarin schuilt het probleem: niet alle gevallen zijn gelijk en om ongelijke gevallen ongelijk te behandelen heb je systemen (beter nog: mensen) nodig die kunnen afwijken van de hoofdregel. Dit ontbreekt in het systeem. In dit systeem werden burgers louter vanuit een wantrouwend perspectief benaderd: een overtreder werd meteen tegemoet getreden als een rationele, eigenbelang nastrevende actor, een profiteur.

Het keukentafelgesprek

De term keukentafelgesprek roept wellicht warme associaties van gezelligheid en appeltaart op, maar in wezen gaat het hier om een zakelijk gesprek tussen een consulent van de gemeente en een 'zorgvrager' met als doel te bezien welke minimale huishoudelijke zorg en ondersteuning vereist is om de aanvrager zelfredzaam te laten zijn. De aanvrager mag bij het gesprek ondersteuning krijgen van een mantelzorger, familielid of een onafhankelijke cliëntenondersteuner.

De doelstelling van de Wmo is het bevorderen van zelfredzaamheid en participatie in de samenleving, hetgeen past binnen de ambitie van de kabinetten Balkenende en Rutte om de verzorgingsstaat naar een participatiesamenleving om te vormen en daarbij de eigen verantwoordelijkheid van burgers aan te spreken.³⁷ In plaats van repressief te werk te gaan, kiest de overheid er hier voor om de dialoog aan te gaan met burgers en maatwerk te bieden. Zo op het oog vertoont deze wet trekken van *bottom up* responsief recht, zowel in het licht van de doelstellingen als in het licht van de bejegening en communicatie.

Laten we eens wat kritischer gaan kijken. Een risico van deze horizontalisering van de relatie is dat machtsverhoudingen een rol spelen en dat de burger daarbij aan het kortste eind trekt. Er zijn empirische bevindingen die in deze richting wijzen. Zo blijkt bijvoorbeeld uit onderzoek van I & O research de aanwezigheid van een onafhankelijke cliëntenondersteuner bij het gesprek een positieve invloed te hebben op de onderhandelingspositie en de uitkomsten van het gesprek.³⁸ De onderzoekster zegt hierover: 'Mensen willen zich graag groothouden en geven, als ze dat gesprek alleen voeren, minder snel aan dat ze hulp nodig hebben.'³⁹ Schaamte speelt hierbij een rol, en ook: anderen niet tot last willen zijn. Uit onderzoek van Vreugdenhil bleek dat veel respondenten benadrukken 'nog niet hulpbehoevend' te zijn. Maar diverse ondervraagden gaven bijvoorbeeld ook aan nog liever te verhuizen naar een seniorenwoning zonder tuin in plaats van een buurman te vragen in de tuin te helpen.⁴⁰

Bij de keukentafelgesprekken is sprake van street-level bureaucratie *pur sang*: een ambtenaar van vlees en bloed heeft direct contact met burgers over toegang tot publieke voorzieningen. Hij of zij beschikt daarbij over enige discretionaire ruimte over hoe dat gesprek plaatsvindt en wat de

³⁷ M. Vreugdenhil (2012). *Nederland participatieland? De ambitie van de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo) en de praktijk in buurten, mantelzorgrelaties en kerken*, dissertatie UvA, Amsterdam: Vossiuspers.

³⁸ Nieuwsbericht I & O research 4 december 2017, Cliëntenondersteuning: de sleutel tot succes? www.ioresearch.nl.

³⁹ Y. de Korter, Derde bij keukentafelgesprek werkt beter, *Binnenlands bestuur* 3 mei 2018.

⁴⁰ Vreugdenhil 2012, *a.w.*, p. 122.

uitkomst daarvan is.⁴¹ Uit empirisch onderzoek blijkt dat ambtenaren die ruimte ook benutten en dat geen keukentafelgesprek exact hetzelfde is.⁴²

De gemeenten passen de Wmo verschillend toe, waardoor het keukentafelgesprek in de ene gemeente in persoon bij de zorgaanvragers thuis plaatsvindt en in de andere gemeente per telefoon wordt afgehandeld.⁴³ Meestal wordt volstaan met één gesprek, maar soms vinden meerdere gesprekken plaats, zelfs vijf tot tien keer toe.⁴⁴ Soms vindt helemaal geen gesprek plaats.⁴⁵ Wat aan hulpvragen wordt opgepikt, blijkt in sommige gevallen afhankelijk te zijn van de expertise van de zorgconsulent.⁴⁶ Binnen de kaders van de Wmo moet 'passende ondersteuning' worden verleend. Expliciet doel van de decentralisatie van uitvoering naar gemeentelijk niveau was dat op lokaal niveau meer maatwerk kan worden geboden. Aan het gelijkheidsbeginsel lijken gemeenten niet zo te tillen. Uit een SCP-enquête onder Nederlandse gemeenten blijkt dat slechts 6% van de gemeenten maatwerk afwijst als die ongelijke behandeling van inwoners met zich meebrengt.⁴⁷

Met de decentralisatie van overheidstaken is het voor burgers erg onoverzichtelijk geworden wie uiteindelijk voor de diensten verantwoordelijk is en bij welke instantie zij bezwaar dienen te maken of een klacht kunnen indienen.⁴⁸ Burgers worden van loket naar loket gestuurd.⁴⁹ Vermaat signaleert zelfs een tendens in het kader van de Wmo waarin gemeenten trachten de burger van het voeren van bezwaarprocedures af te houden.⁵⁰ De toegang tot de rechter staat daarmee op het spel.⁵¹ De Awb is onvoldoende toegerust op de nieuwe ontwikkeling van de uitbesteding van overheidstaken. Scheltema heeft daarom geadviseerd om de Awb aan te passen om een meer integrale en finale geschilbeslechting in het sociaal domein te bereiken.⁵²

Al met al heeft de praktijk van de keukentafelgesprekken, alle goede bedoelingen ten spijt, bepaalde trekken die helemaal niet zo responsief zijn. We kunnen zelfs constateren dat deels sprake is van rechtsonzekerheid, rechtsongelijkheid en dat kwetsbare hulpbehoevende ouderen voor hun hulpvraag deels afhankelijk zijn van een welwillende aanpak van consulenten. Van den Berge stelt het nog scherper: 'Juist door een rookgordijn van consensualiteit en samenwerking op te werpen is

⁴¹ Allemaal kenmerken van street-level bureaucratie volgens M. Lipsky (1980), *Street-level bureaucracy, Dilemmas of the individual in public services*. New York: Russell Sage Foundation.

⁴² Zie de uitstekende masterscriptie van L.M. Zuidervaart (2015), *Het keukentafelgesprek: recept voor tevreden burgers? Een onderzoek over de vraag wat er gebeurt in een keukentafelgesprek en wat het gesprek betekent voor de manier waarop burgers het gemeentelijk besluit, dat daar in het kader van de Wmo 2015 uit volgt, ervaren*.

⁴³ Zuidervaart (2015), *a.w.*, p. 42.

⁴⁴ L. van der Ham & M. den Draak (2018), Inrichting van de toegang tot Wmo-ondersteuning, in: L. van der Ham, M. den Draak, W. Mensink e.a., *De Wmo 2015 in de praktijk*, Den Haag: SCP, p. 76.

⁴⁵ <https://www.binnenlandsbestuur.nl/sociaal/nieuws/keukentafelgesprek-niet-altijd-nodig.9559621.lynkx>.

⁴⁶ Van der Ham & Den Draak e.a. (2018), *a.w.*, p. 76; Zuidervaart (2015), *a.w.*, p. 47.

⁴⁷ 23% is neutraal (n = 243). W. Mensink & L. van der Ham (2018), Passende ondersteuning, in: L. van der Ham, M. den Draak, W. Mensink e.a., *De Wmo 2015 in de praktijk*, Den Haag: SCP, p. 108

⁴⁸ Zie hierover het rapport 'Terug aan tafel, samen de klacht oplossen' van de Nationale ombudsman 2017/035; H.M.D. Wildeboer & A.T. Marseille (2017), Behandeling Wmo-klachten volgens de Wkkgz: wenselijk of niet? *Tijdschrift voor Klachtrecht* 13 (1), p. 3-6 4 p.

⁴⁹ M. Ramlal & J. Prins (2017), 'Het geschil (weer) centraal', *Tijdschrift voor Klachtrecht* 2017 (2), p. 10.

⁵⁰ M.F. Vermaat (2016), 'Klagen in de Wmo', *Tijdschrift voor Klachtrecht* 12 (4), p. 7-9.

⁵¹ Een ander terrein waarop de toegankelijkheid van het bestuursrecht voor burgers problematisch is, betreft het terrein van de bestuurlijke boetes. Dit onderwerp gaat het bestek van dit artikel te buiten, maar wie zich er verder in wil verdiepen verwijs ik naar het rapport van de Nationale ombudsman met de veelzeggende titel 'Gegijzeld door het systeem' (Nationale ombudsman 12 november 2015, rapportnummer 2015/160). Uit dit rapport blijkt dat het Openbaar Ministerie onevenredig vaak het middel van gijzeling heeft ingezet om betaling af te dwingen van boetes van verkeersovertradingen en dat het voor burgers heel moeilijk - bijkans onmogelijk - was om hiertegen op te komen.

⁵² Zie M. Scheltema (3 oktober 2017), Advies integrale geschilbeslechting in het sociaal domein.

de overheid in staat diep in de leefwereld van burgers door te dringen en hen in feite op eenzijdige en uiterst dwingende wijze haar wil op te leggen. Daarbij blijft het bestuur tot nog toe vrij gemakkelijk onder de radar van publiekrechtelijke regels en beginselen die de kern van onze rechtsstaat uitmaken.⁵³

Conclusies

Door de problemen binnen het publiekrecht zo kort te schetsen en de twee casus zo scherp neer te zetten, doe ik geen recht aan de rijke uitvoeringspraktijk en al het empirisch onderzoek dat daarnaar is verricht. Maar deze uitvergroting biedt wel gelegenheid om meer grip te krijgen op het abstract begrip responsief recht.

Ten eerste moeten we niet te snel aannemen dat er een eenduidige ontwikkeling is naar meer responsief bestuursrecht. Dat valt nog te bezien. Eerder is sprake van twee tegenovergestelde ontwikkelingen: enerzijds naar een uiterst restrictieve handavingspraktijk waarin burgers vooral als calculerende, potentieel frauderende subjecten worden aangesproken.⁵⁴ En anderzijds een weinig transparante, op informalisering en dejuridisering gerichte praktijk die de ambitie heeft responsief te zijn, maar deze ambitie hooguit op het vlak van bejegening en communicatie (enigszins) kan waarmaken, maar niet wat betreft de doelgerichtheid en substantiële rechtvaardigheid waar Nonet & Selznick op doelden.

De vraag dringt zich op of het onvermijdelijk is dat het streven naar een meer responsieve verhouding tussen overheid en burger ten koste gaat van rechtsstatelijke beginselen. Het evolutionaire model van Nonet & Selznick, specifiek de door hen beschreven 'overgang' van een autonome naar responsieve rechtsorde wijst in die richting, maar wij hoeven uiteraard niet aan te sluiten bij wat twee Amerikaanse rechtssociologen in de jaren '70 over responsief recht zeiden. Het denken in grote monocausale verbanden is mijns inziens inmiddels achterhaald. Het is zinvoller om verder te denken in de lijn van de rechtsstaatgedachte, zoals door Bovens⁵⁵, Schuyt⁵⁶ en de WRR⁵⁷ verwoord, waarin de rechtsstaat nooit 'af' is, maar permanent onderhoud nodig heeft. Bovens maakt gebruik van de metafoor van het huis van de rechtsstaat, waar altijd nog wel wat aan vertimmerd kan worden. De rechtsstaat heeft zich historisch ontwikkeld van een primair liberale rechtsstaat in de 18^e eeuw (met de ontwikkeling van vrijheidsrechten, trias politica, rechtsbescherming en legaliteit), naar een democratische rechtsstaat in de loop van de 19^e eeuw (met ontwikkeling van politieke rechten, een parlementair stelsel en ideeën over scheiding van politiek en bestuur), tot een verzorgingsstaat waarin grofweg in de twintigste eeuw ook sociale rechten worden erkend en beginselen van behoorlijk bestuur zijn ontwikkeld. Op deze wijze heeft de rechtsstaat zich ontwikkeld van een meer formele rechtsstaat (de begane grond van het huis) naar

⁵³ L. van den Berge (2018), *Gouvernementaliteit en rechtsbescherming; Groninger gas, sociaal domein en de ongrijpbare overheid*, *NJB* 2018/820, p. 3.

⁵⁴ Vonk spreekt op het terrein van het sociale zekerheidsrecht van 'repressieve verzorgingsstaat'. G. Vonk (2014), *Repressieve verzorgingsstaat*, *NJB* 80 (2), p. 78-135.

⁵⁵ M.A.P. Bovens (1998), *Beschouwingen over informatiemaatschappij en rechtsstaat* (oratie).

⁵⁶ Kees Schuyt (2006), 'De waarden van de rechtsstaat', in K. Schuyt, *Steenbieren van de samenleving. Sociologische essays*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2006, te raadplegen via:

<http://www.thijmgenuootschap.nl/sites/thijmgenuootschap.nl/files/artikelen/t92-1-9-kees-schuyt-de-waarden-van-de-rechtsstaat.pdf>.

⁵⁷ WRR, *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, rapport van 29 oktober 2002, nr. 63, Den Haag: Sdu Uitgevers.

een meer en meer substantiële rechtsstaat (de eerste en tweede verdieping).⁵⁸ De rechtsstaat is dynamisch en past zich zo aan maatschappelijke ontwikkelingen aan. We leven, aldus Bovens, niet meer in een agrarische of industriële samenleving, maar veeleer in een informatiemaatschappij (tegenwoordig spreken we van platformsamenleving), die zowel nieuwe rechten voor burgers als beginselen van behoorlijk bestuur op het gebied van informatisering voor de overheid meebrengen.

Kenmerkend voor onze huidige samenleving zijn de veranderende gezagsverhoudingen⁵⁹, het belang dat wordt gehecht aan goede communicatie en respectvolle bejegening, en inzichten in (de beperkingen) van het menselijk 'denk- en doenvermogen'.⁶⁰ Om aan deze ontwikkelingen tegemoet te komen kan responsiviteit onderdeel gaan uitmaken van onze rechtsstaatconceptie en zich wellicht zelfs ontwikkelen tot rechtsstatelijk beginsel, maar het kan mijns inziens nooit een eindstadium zijn in een historische ontwikkeling. Veeleer gaat het om een meer materiële invulling van klassiek rechtsstatelijke beginselen als toegang tot recht, hoor en wederhoor en het gelijkheidsbeginsel.

Er moet nog goed worden nagedacht over wat die rechten en verplichtingen inzake responsiviteit precies moeten inhouden. Maatwerk kan geen absoluut recht zijn, maar moet passen binnen de bandbreedte van de beide kanten van het gelijkheidsbeginsel - dus gelijke behandeling van gelijke gevallen én ongelijke behandeling van ongelijke gevallen. Respectvolle bejegening kan mijns inziens zonder enig probleem als beginsel van behoorlijk bestuur worden geformuleerd. Verder laat de casus van de boetepraktijk zien dat het van belang is om ook in de meest geautomatiseerde uitvoeringspraktijken altijd de mogelijkheid van een menselijke toets in te bouwen, terwijl de casus van de keukentafelgesprekken laat zien dat het wenselijk is om over de meest basale uitvoeringsaspecten een gemeenschappelijke lijn te ontwikkelen.

Waar Bovens de nieuwe rechten en verplichtingen voor burgers en overheid inzake de informatiemaatschappij op de zolderverdieping van het huis van de rechtsstaat plaatste, zou ik ervoor willen pleiten de rechten en verplichtingen van burgers en overheid inzake responsiviteit in een serre op de begane grond bij te bouwen, lekker licht en transparant, en dichtbij de klassieke rechtsstaatbeginselen.

⁵⁸ Bovens 1998, a.w., p. 2.

⁵⁹ Gabriël van den Brink (2012), Hoe het gezag uit Nederland verdween... en weer terugkwam, in: T. Jansen, G. van den Brink & R. Kneyber, *Gezagsdragere*, Amsterdam: Boom, p. 19-36.

⁶⁰ WRR (2017), *Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op zelfredzaamheid*.