

De dynamiek van wens en recht

Een analyse van het werk van overheidsjuristen

Wubbo Wierenga¹

Inleiding

De meeste bestuursorganen in Nederland hebben juristen in dienst. Deze overheidsjuristen hebben verschillende taken zoals het maken van wetgevingsvoorstellen², het geven van juridisch advies en het voeren van juridische procedures. Ze zijn daarmee bepalend voor de manier waarop de overheid omgaat met het recht.³ Dit maakt het werk van overheidsjuristen relevant. De manier waarop de overheid omgaat met het recht is namelijk cruciaal voor het functioneren van de rechtsstaat. De Canadese hoogleraar staats- en bestuursrecht Dodek claimt zelfs dat overheidsjuristen de rechtsstaat tot stand brengen en hooghouden.⁴

In dit artikel staat daarom het werk van overheidsjuristen centraal. Daarbij concentreer ik me op de manier waarop overheidsjuristen omgaan met het recht.⁵ Daarbij valt meteen op dat deze rechtsomgang plaatsvindt onder zeer specifieke omstandigheden. In tegenstelling tot rechters zijn overheidsjuristen namelijk niet onafhankelijk⁶, maar in dienst van ambitieuze bestuursorganen die concrete doelen willen bereiken. Tegelijkertijd zijn overheidsjuristen onderdeel van de juridische gemeenschap waarin rechters bindende uitspraken doen over de manier waarop men met het recht moet omgaan en waarin andere juristen invloedrijke interpretaties van het recht naar voren brengen.⁷

Deze dubbele professionele identiteit – zowel ambtenaar als jurist⁸ – maakt de positie van overheidsjuristen uniek in de juridische wereld. Er is echter nog weinig bekend over de gevolgen die deze positie heeft voor de manier waarop overheidsjuristen omgaan met het recht. Om hier verandering in te brengen, stel ik in dit artikel, op basis van de beschikbare⁹ literatuur, een model voor om de manier waarop overheidsjuristen omgaan met het recht in kaart te brengen (paragraaf 1) en te verklaren (paragraaf 2). Om de werking van dit model te illustreren pas ik het toe op twee casussen die ik in de loop van paragraaf 1 introduceer en uitwerk in paragraaf 3.

¹ Ik studeerde rechten en filosofie en voltooide in 2014 de traineeopleiding aan de Academie voor Overheidsjuristen. Ik werk als jurist wetgeving en advies op de juridische directie van I&M (HBJZ) en ben als buitenpromovendus verbonden aan de universiteit Tilburg. Deze publicatie kwam mede tot stand dankzij de steun van de publicatiereeks Recht en Overheid en HBJZ. Ik wil graag mijn promotoren prof. Stavros Zouridis en prof. Bert Niemeijer bedanken voor hun scherpe commentaar op eerdere versies. Hetzelfde geldt voor Charlotte Duijf, Melanie Kalis, Sven Pereth, Julie Ruesen, Danny van Twist, Jan ten Hoor, Hannah Dias, Sijko Wierenga en de leden van de onderzoeksgroep van de Academie voor Wetgeving en Overheidsjuristen. Ik schrijf dit artikel op persoonlijke titel.

² In dit artikel zie ik wetgevingsjuristen als een type overheidsjuristen.

³ Van Gestel, R.A.J., "Rol van de wetgevingsjurist: zwoegers in het vooronder of professionals in de frontlinie?", *Regelmaat*, 26 (2011), p.5.

⁴ Adam M. Dodek, "Lawyering at the intersection of public law and legal ethics", *The Dalhousie Law Journal*, 33 (2010), p. 6.

⁵ In dit artikel gebruik ik de termen "omgaan met het recht", "rechtsomgang" en "het gebruik van het recht", door elkaar heen.

⁶ Cassandra Burke Robertson, "Judgment, identity, and independence", *Connecticut Law Review*, 42 (2009), 1–48.

⁷ Randolph D. Moss, "Executive Branch Legal Interpretation: A Perspective from the Office of Legal Counsel", *Administrative Law Review*, 52 (2000), 1303 (p. 1321).

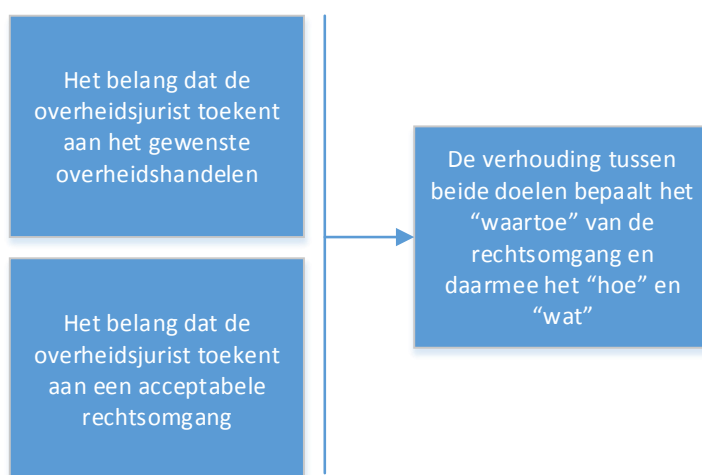
⁸ Robertson, p. 26. . Eenzelfde onderscheid maakt Van Lochem in zijn dissertatie. Zie P. J. P. M. van Lochem, *Rechtsrelativering. Een verkenning op het terrein van het overheidshandelen* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 235 ev.

⁹ Er is lang niet altijd literatuur beschikbaar; dit geldt vooral voor paragraaf 1.

Paragraaf 1: de rechtsomgang van overheidsjuristen in kaart gebracht

In Nederland zijn honderden overheidsjuristen actief die uiteenlopend werk doen. Het doel van deze paragraaf is om het werk van al deze overheidsjuristen te beschrijven. Daarbij is de theorie van Simon Sidek een belangrijk uitgangspunt. Toegepast op overheidsjuristen houdt de theorie in dat het doel waarmee overheidsjuristen het recht gebruiken, bepaalt hoe en wat de overheidsjurist doet. Anders gezegd: het "waartoe" bepaalt het "hoe" en het "wat" van de rechtsomgang van overheidsjuristen.¹⁰ De rechtsomgang van overheidsjuristen behandel ik daarom in deze paragraaf aan de hand van de vraag: waartoe gebruiken overheidsjuristen het recht?

Belangrijk voor een antwoord op deze vraag is de dubbele professionele identiteit van overheidsjuristen: ze zijn zowel ambtenaar als jurist.¹¹ In deze paragraaf wordt uiteengezet dat deze dubbele professionele identiteit ertoe leidt dat overheidsjuristen twee doelen hebben met de rechtsomgang. Als ambtenaar is het doel om gewenst overheidshandelen tot stand te brengen en als jurist is het doel om het recht op een acceptabele manier te gebruiken. Het belang dat de overheidsjurist toekent aan het gewenste overheidshandelen en een acceptabele rechtsomgang, bepaalt de verhouding tussen deze beide doelen. Deze verhouding is op zijn beurt weer bepalend voor het "waartoe" van de rechtsomgang. Schematisch is de inhoud van deze paragraaf als volgt weer te geven:



Deze theorie werk ik hieronder verder uit. Daarna illustreer ik de theorie met twee voorbeeldcasussen.

Het ambtenarendoel: het gewenste overheidshandelen

Als ambtenaar is de overheidsjurist onderdeel van een bestuursorgaan dat wettelijke taken uitvoert. Wat dit concreet betekent, wordt vastgesteld door de – op grond van de wet – bevoegde bestuurder. Op een ministerie is deze bestuurder meestal een bewindspersoon. Bij inspecties en uitvoeringsorganisaties is het meestal een (hoge) ambtenaar. De wens van deze bestuurders beïnvloedt de manier waarop overheidsjuristen met het recht omgaan.

Een complicerende factor daarbij is dat de wens van een bestuurder niet altijd duidelijk is. Er kan ruis ontstaan doordat niet de bestuurder zelf, maar een ondergeschikte de overheidsjurist een opdracht geeft. Ook is het mogelijk dat de bestuurder nog geen mening heeft gevormd of tot andere inzichten komt.

¹⁰ Simon Sidek, *Start With Why* (London: Penguin, 2009).

¹¹ Robertson, p. 26, die daarbij verwijst naar het onderzoek van Gunz, H., en S. Gunz. "Hired professional to hired gun: An identity theory approach to understanding the ethical behaviour of professionals in non-professional organizations." *Human Relations* 60, nr. 6 (2007): 851–87.

Deze onduidelijkheid kan het voor een overheidsjurist moeilijk maken om het gewenste overheidshandelen vast te stellen. Wat hij dacht dat het gewenste overheidshandelen was, kan een week of een maand later onjuist blijken te zijn. In dit artikel werk ik daarom niet met een objectief bepaald gewenst overheidshandelen, maar met een subjectief begrip. Gewenst overheidshandelen is wat de overheidsjurist dacht dat de wens van de bevoegde bestuurder was op het moment dat hij het recht gebruikte.

Het juristendoel: een acceptabele rechtsomgang

De tweede doelstelling van de rechtsomgang van overheidsjuristen volgt uit het jurist-zijn van overheidsjuristen. Als jurist zijn overheidsjuristen onderdeel van een professionele gemeenschap: de juridische gemeenschap. In deze gemeenschap wordt door collega-overheidsjuristen, rechters, staatsraden, hoogleraren, advocaten en andere juristen nagedacht over het recht. Net als andere professionele gemeenschappen (denk aan artsen en accountants) wordt de kennis hierover gedeeld via publicaties en eigen opleidingen.¹² De juridische gemeenschap beïnvloedt daarmee de manier waarop overheidsjuristen met het recht omgaan. Bijzonder voor de juridische gemeenschap is de mogelijkheid van sommige leden van de gemeenschap om bindende uitspraken te doen.

Echter – net als bij het gewenste overheidshandelen – geldt ook hier dat de ideeën van de juridische gemeenschap niet altijd duidelijk zijn op het moment dat de overheidsjurist het recht gebruikt. Invloedrijke juristen kunnen bijvoorbeeld onderling van mening verschillen over een acceptabele manier van omgaan met het recht. Ook is het mogelijk dat er weinig over een bepaald onderwerp is gepubliceerd. Het is daarom dat ik werk met een subjectief begrip: een acceptabele rechtsomgang is wat de overheidsjurist dacht dat (door de juridische gemeenschap) acceptabel zou worden bevonden, op het moment dat hij het recht gebruikte. Het juristendoel van overheidsjuristen noem ik daarom: een acceptabele rechtsomgang.

De verhouding tussen het gewenste overheidshandelen en de acceptabele rechtsomgang

Bepalend voor de verhouding tussen het gewenste overheidshandelen en de acceptabele rechtsomgang is het belang dat de overheidsjurist aan de beide doelen toekent.¹³ Het is mogelijk dat hij evenveel (of even weinig) belang hecht aan beide doelen of juist meer belang hecht aan één van de twee doelstellingen. Het belang dat een overheidsjurist toekent aan de beide doelen, bepaalt het "waartoe" van de rechtsomgang. Het "waartoe" is weer bepalend voor het "hoe" en "wat" van de manier waarop de overheidsjurist omgaat met het recht. Dit mechanisme illustreer ik aan de hand van twee casussen. De eerste voorbeeldcasus is gebaseerd op een waargebeurde situatie¹⁴, de tweede casus is volledig fictief.

Voorbeeldcasus I

Direct na 9/11 werden de Amerikaanse inlichtingendiensten geconfronteerd met een vervelend probleem. De leden van Al-Quaida die verdacht werden van betrokkenheid bij de aanslagen op 11 september 2001 bleken niet bevattelijk voor de conventionele ondervragingstactieken. Tactieken die 95% van de ondervraagden aan het praten kregen in de Koude Oorlog, hadden weinig uitwerking op deze gevangenen.¹⁵ Binnen de regering Bush wenste men daarom steviger ondervragingstactieken. John, een overheidsjurist werkzaam voor het Amerikaanse ministerie van Justitie, werd gevraagd

¹² Moss, p.1321. Zie meer algemeen over professionele gemeenschap: P. Van Lochem, "De overheidsjurist: professional zonder autonomie?", *Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS*, 2011, 151–58 (p. 158), en Mirko Noordegraaf, "Reconfiguring professional work: changing forms of professionalism in public services", *Administration & Society*, 2013, 1–28 (p. 2).

¹³ Robertson, p. 20.

¹⁴ Er zijn een aantal feiten aan de casus toegevoegd. Deze feiten zijn weliswaar gebaseerd op uitlatingen van de persoon in kwestie (volledige naam: John Yoo), maar zijn nooit geverifieerd. Zie verder voetnoot 18.

¹⁵ Heather MacDonald, "How to Interrogate Terrorists", in *The Torture Debate in America* (New York: Cambridge University Press, 2005), pp. 84–97 (p. 84 en 85).

om een memo te schrijven over de juridische aspecten van ondervragingstactieken en aan te geven hoe ver de overheid kan gaan bij het ondervragen van terrorismeverdachten.¹⁶

In het memo¹⁷ analyseerde John verschillende rechtsbronnen zoals de VN conventie tegen marteling, een leidende EHRM zaak (Ireland v. UK), nationaal recht en uitspraken van Amerikaanse rechters. De conclusies van John waren behoorlijk vergaand. Een eerste conclusie was dat de juridische definitie van martelen zeer eng is. Volgens John was bijvoorbeeld waterboarden geen marteling. Van marteling was volgens hem pas sprake als de ondervragingstactieken leiden tot een fysieke pijn die normaliter wordt geassocieerd met "a sufficiently serious physical condition or injury such as death, organ failure or serious impairment of body functions".¹⁸ Bovendien, zelfs als er sprake was van marteling dan waren er volgens John omstandigheden waaronder martelen gerechtvaardigd kon worden. Het recht wees volgens John niet op een absoluut verbod.

Op het moment dat John het recht gebruikte, had hij een duidelijk idee van het gewenste overheidshandelen. Om de *war on terror* te winnen, was de wens van de bevoegde personen om de beschikking te krijgen over meer ondervragingstactieken. John gebruikte rechtsbronnen om vast te stellen of zijn rechtsomgang door de juridische gemeenschap acceptabel gevonden zou worden. In het vervolg van dit artikel is mijn aanname dat John het gewenste overheidshandelen belangrijker vond dan een acceptabele rechtsomgang. Daarbij dacht hij een krappe voldoende te halen voor de mate van "acceptabelheid" van de rechtsomgang en een ruime voldoende voor het behalen van het gewenste overheidshandelen.¹⁹ Deze verhouding is het "waartoe" van de rechtsomgang. Dit doel bepaalt daarmee het "hoe", in dit geval de wijze van interpreteren van het recht, en het "wat", de keuze voor een intern memo aan de president.

Voorbeeldcasus II

Een fictief bedrijf dat actief is in de haven doet bij een inspectiedienst een aanvraag voor een vergunning voor één van zijn schepen. De dienstdoende inspecteur wijst deze vergunningsaanvraag af omdat het schip niet zou voldoen aan de milieueisen. Volgens hem zijn de milieuregels gemaakt om de luchtkwaliteit in de haven te verbeteren, terwijl dit schip de luchtkwaliteit juist aanmerkelijk verslechtert. Voor het bedrijf is deze afwijzing een verrassing. Het besluit daarom bezwaar te maken tegen de afwijzing. Het bezwaarschrift komt terecht bij Corneel, één van de overheidsjuristen werkzaam voor de juridische afdeling van de inspectiedienst. Hij constateert dat het schip voldoet aan de wettelijke eisen voor de vergunningverlening. Corneel maakt daarom een concept beslissing op bezwaar waarin de vergunning *wel* wordt toegekend.

Toch wringt er iets bij Corneel. Het schip is zeer vervuilend en draagt bij aan een verslechtering van de luchtkwaliteit in de haven. Volgens Corneel kan dit niet de bedoeling zijn van de milieuregels. Daarom maakt Corneel kritische opmerkingen over de luchtvervuiling in de motivering van de beslissing op bezwaar. Dit concept legt hij ter tekening voor aan de inspecteur-generaal (ig), die als hoogste ambtenaar van de inspectie bevoegd is de beslissing op bezwaar te tekenen.

De ig leest Corneels concept beslissing op bezwaar. Hij besluit de beslissing op bezwaar te tekenen onder voorbehoud dat Corneel de passages over de verslechtering van de luchtkwaliteit schrapt. Voor de ig zijn de opmerkingen weliswaar terecht maar niet passend in de relatie tussen een burger en de inspectie. Hij vindt dat als een burger recht heeft op een vergunning hij die zonder morren moet krijgen. Volgens de ig is het aan beleidsmakers om de maximaal toegestane luchtvervuiling te

¹⁶ Robertson, p. 22.

¹⁷ Jay S. Bybee, *Memorandum for the office of legal Council at the US Department of justice to Alberto R. Gonzales, Council of the President ("Bybee Memo")*, 2002, par. 14. Jay Bybee was de baas van John. Hij tekende het memo waardoor hij de naamgever van het memo is geworden.

¹⁸ Bybee memo, onder 6.

¹⁹ Deze inschatting baseer ik op uitspraken van John Yoo in een krantenartikel en zijn eigen boek, zie voetnoten 11 en 140 in de tekst van Robertson. Het is duidelijk dat voor de vaststelling van de mate waarin John zelf vond dat de doelen werden behaald, meer onderzoek zou vereisen. Vandaar dat ik hier spreek van aannames. Deze keuze is ingegeven door het feit dat ik me in dit onderzoek beperk tot literatuuronderzoek.

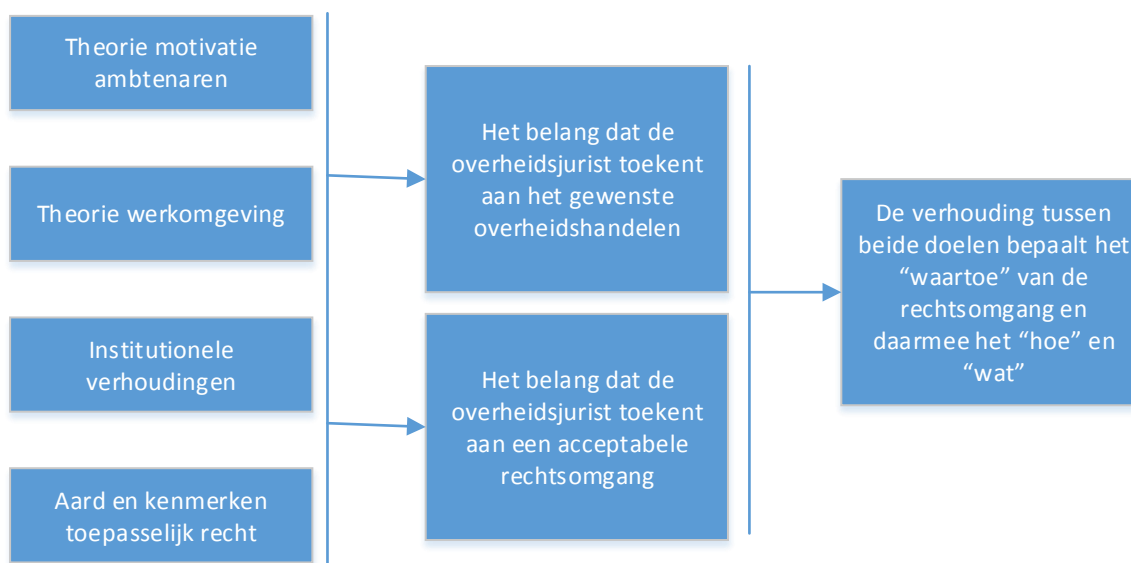
bepalen en vast te leggen. De ig besluit daarom de signalering van Corneel wel voor te leggen aan de beleidmakers.²⁰ Corneel maakt daarna een tweede versie zonder de passages over de luchtkwaliteit.

Uit de casus blijkt dat naar Corneels inzicht er slechts één acceptabele manier was om het recht te gebruiken: het toekennen van de vergunning. Wat Corneel dacht dat het gewenste overheidshandelen was, maakt een ontwikkeling door. Zijn eerste inschatting was dat zijn rechtsomgang zou moeten leiden tot het verbeteren van de luchtkwaliteit in de haven. Na de interventie van de ig ziet hij het gewenste overheidshandelen als het uitvoeren van de letter van de wet. De verhouding tussen een acceptabele rechtsomgang en het gewenste overheidshandelen maakt daardoor ook een ontwikkeling door. Voor de interventie van de ig kent Corneel meer belang toe aan een acceptabele rechtsomgang dan aan het gewenste overheidshandelen. Hij kent namelijk de vergunning toe, terwijl het gewenste overheidshandelen (een betere luchtkwaliteit) niet wordt behaald. Na de interventie van de ig kent Corneel aan beide doelen evenveel belang toe.

Ook hier geldt: het "waartoe" bepaalt "hoe" Corneel omgaat met het recht en "wat" hij doet. In eerste instantie legt hij de nadruk op een acceptabele rechtsomgang en wordt het (door Corneel geïnterpreteerde) gewenste overheidshandelen nauwelijks behaald. Dit bepaalt vervolgens "hoe" Corneel het recht gebruikt, namelijk het strikt toetsen van de vergunningsvoorwaarden, en "wat" hij doet, in dit geval het maken van een beslissing op bezwaar met kritische kanttekeningen over de luchtkwaliteit. Na de interventie van de ig verandert Corneels interpretatie van het gewenste overheidshandelen. Hierdoor verandert niets aan het "hoe", maar wijzigt wel het "wat"; Corneel schrapt de kritische passages over de luchtkwaliteit.

Paragraaf 2: de rechtsomgang van overheidsjuristen verklaard

Het belang dat een overheidsjurist toekent aan een acceptabele rechtsomgang en aan het gewenste overheidshandelen, bepaalt de verhouding tussen beiden en daarmee de rechtsomgang van overheidsjuristen. Een belangrijke vervolgvraag is dan: waarom kent een overheidsjurist soms meer waarde toe aan een acceptabele rechtsomgang, soms meer aan het gewenste overheidshandelen, en streeft hij er soms naar om beide doelen gelijkelijk te bereiken? In deze paragraaf bespreek ik vier factoren die belangrijk zijn bij het toekennen van waarde aan het ambtenaren- en juristendoel van de rechtsomgang van overheidsjuristen. Deze factoren zijn geen uit-en-te-na geteste verklaringen, maar een eerste verkenning. Schematisch is de theorie als volgt weer te geven:



²⁰ Ik heb de reactie van de ig gebaseerd op de ideeën uit het WRR-rapport "Toezien op publieke belangen" uit 2013. Zie vooral p. 137 en 140.

Factor I: de werkomgeving beïnvloedt de verhouding tussen het gewenste overheidshandelen en een acceptabele rechtsomgang

In de literatuur worden drie manieren genoemd waarop de werkomgeving de manier van werken van ambtenaren – en dus ook van overheidsjuristen – beïnvloedt.²¹ Een eerste manier is de geldende *subjective norm*. De *subjective norm* is de sociale druk die de overheidsjurist ervaart om zich op een bepaalde manier op te stellen.²² Invloedrijke mensen binnen de organisatie bepalen deze norm. Het gaat daarbij om directe collega's, ondergeschikten en leidinggevenden.²³ Een goed voorbeeld is de missie van een juridische directie. Als deze gericht is op het toekennen van waarde aan het gewenste overheidshandelen, kan dit invloed hebben op de verhouding tussen het belang dat de overheidsjurist hecht aan het gewenste overheidshandelen respectievelijk een acceptabele rechtsomgang.

Een tweede beïnvloedingswijze is de verwachte impact van de rechtsomgang van de overheidsjurist. Dit is afhankelijk van de positie van de overheidsjurist in de organisatie. Een overheidsjurist die voorziet dat het effect van zijn rechtsomgang zeer klein is, zal het recht anders gebruiken dan een overheidsjurist die een ruime discretionaire bevoegdheid heeft en kan opereren met een behoorlijke autonomie.²⁴

Ten derde zijn de tijd en middelen die de overheidsjurist heeft om het recht te gebruiken van belang. Zowel tijd als middelen zijn meestal beperkt. Overheidsjuristen werken vrijwel altijd met deadlines. Daarnaast lopen er meerdere dossiers tegelijkertijd die niet allemaal evenveel aandacht kunnen krijgen.²⁵ Het gevolg van deze schaarste is dat afwijkende opvattingen niet altijd onderzocht kunnen worden. Een overheidsjurist met weinig tijd zal daarom kiezen voor de eenvoudigste oplossing.

Factor II: de persoonlijke motivatie beïnvloedt de verhouding tussen het gewenste overheidshandelen en een acceptabele rechtsomgang

In de bestuurskunde is veel onderzoek gedaan naar de relatie tussen het gedrag van ambtenaren en hun motivatie. Daarbij zijn verschillende methoden voor het meten van motivatie getest op hun invloed op het gedrag van ambtenaren. In een recent onderzoek onder 4130 ambtenaren in Nederland is aangetoond dat een methode die geïnspireerd is op de ideeën van de Amerikaanse econoom Downs het gedrag van ambtenaren kunnen verklaren.²⁶ De methode van Downs meet de motivatie van ambtenaren door te onderzoeken in hoeverre een ambtenaar gemotiveerd wordt door altruïstische (onbaatzuchtige) motieven.²⁷ Het laagst op altruïsme scoren ambtenaren die slechts gemotiveerd worden door eigenbelang, het hoogst scoren ambtenaren die een hoger doel nastreven, zelfs wanneer dit indruist tegen hun eigenbelang.

Zowel het eigenbelang als het altruïsme is ergens op gericht. Dit doel bepaalt de manier waarop de omgang met het recht wordt beïnvloed. Bijvoorbeeld, een ambtenaar die zoveel mogelijk invloed wil binnen de organisatie, zal eerder geneigd zijn het gewenste overheidshandelen gewicht te geven. Een overheidsjurist die er goed op wil staan in de juridische gemeenschap zal proberen indruk te

²¹ De eerste twee manieren komen uit het proefschrift van Tummers naar beleidsvervreemding bij publieke professionals. Zie Lars Tummers, *Policy Alienation, analyzing the experiences of public professionals with new policies (diss. Rotterdam)* (Rotterdam: Optima Grafische Communicatie, 2012), hfdst. 3. De laatste factor wordt onder meer genoemd door Lipsky. Zie Michael Lipsky, *Street-Level Bureaucracy* (New York: Russell Sage Foundation, 1980), deel III.

²² Icek Ajzen, "The Theory of Planned Behavior", *Organizational Behaviour and Human Decision Processes*, 50 (1991), 179–211 (p. 188). In het Engels: the perceived social pressure to perform or not to perform behaviour.

²³ Tummers 2012, p. 720.

²⁴ Tummers 2012, p. 720.

²⁵ Wat dat betreft lijkt de overheidsjurist sterk op de *street-level bureaucrats* van Lipsky.

²⁶ P. Leisink en B. Steijn, "Public service motivation and job performance of public sector employees in the Netherlands", *International Review of Administrative Sciences*, 75 (2009), 35–52 (p. 48). Het gaat hier om de zogenaamde *public interest commitment*. Over de link tussen *public interest commitment* en de ideeën van Downs, zie James L. Perry, "Measuring Public Service Motivation: An Assessment of Construct Reliability and Validity", *Journal of Public Administration Research and Theory*, 6 (1996), 5–22 (p. 6).

²⁷ Anthony Downs, *Inside Bureaucracy* (Waveland Press, Inc., 1967). In 1994 is een heruitgave uitgekomen. De bespreking van motivatie staat in de hoofdstukken VII en IX.

maken op de juridische gemeenschap. Een overheidsjurist die ambtenaar is geworden uit angst voor terrorisme zal met een andere bril naar privacyvraagstukken kijken dan een overheidsjurist die ambtenaar is geworden om rechtsstatelijke principes binnen de overheid te bevorderen.

De taakopvatting: een samenspel van motivatie en *subjective norm*

De taakopvatting van een overheidsjurist is een goed voorbeeld van de gecombineerde invloed van de werkomgeving en de motivatie op de rechtsomgang van een overheidsjurist. De taakopvatting – wat een overheidsjurist denkt te moeten doen – is namelijk een samenspel van deze twee verklarende factoren. Meer precies een samenspel tussen de motivatie en de *subjective norm*. Daarbij geldt de regel: naarmate het altruïsme toeneemt, neemt de invloed van de *subjective norm* af. Twee voorbeelden kunnen helpen om dit samenspel te illustreren.

Stel dat een overheidsjurist ambtenaar is geworden om de leefomstandigheden van dieren in de landbouw te verbeteren. Hij is ervan overtuigd dat deze dieren rechten hebben en gaat door roeien en ruiten om zijn doel te bereiken. In de typering van Downs heeft deze overheidsjurist een sterk altruïstische opstelling. Een *subjective norm*, bijvoorbeeld de missie van zijn directie om zich in dienst van de politiek op te stellen, heeft waarschijnlijk nauwelijks invloed op de opstelling van deze jurist.

Een overheidsjurist die ambtenaar is geworden om zo snel mogelijk directeur-generaal te worden, doet precies het tegenovergestelde. Om meer macht, inkomen en prestige te verwerven, zal hij de missie van de afdeling omarmen en bijvoorbeeld zijn eigen opvattingen over de omstandigheden van dieren in de landbouw terzijde schuiven.

Factor III: de aard en functie van het recht beïnvloedt de verhouding tussen het gewenste overheidshandelen en een acceptabele rechtsomgang

Het belang dat een overheidsjurist toekent aan de twee doelen wordt ook bepaald door de functie en aard van het recht. Om deze invloed te begrijpen, kan de vergelijking met een klusjesman helpen. De manier waarop een klusjesman omgaat met een gereedschap is afhankelijk van de functie en aard van het gereedschap. Zo is de manier waarop hij omgaat met een hamer anders dan zijn gebruik van een schroevendraaier. In theorie kan hij de schroevendraaier soms als hamer gebruiken of misschien de hamer zelfs als schroevendraaier, maar dit ligt niet voor de hand.

Zo is het ook met het recht. Een overheidsjurist die recht gebruikt met een overwegend instrumentele functie²⁸ is meer geneigd om het gewenste overheidshandelen invloed te geven. Dit recht is immers vooral bedoeld om bestuursorganen ambitieus en slagvaardig te maken. Recht met een overwegend waarborgende functie leidt tot een sterkere invloed van de acceptabele rechtsomgang. Dit recht is vooral bedoeld om de burger te beschermen tegen de overheid en dit doel zal de overheidsjurist meenemen in zijn juridische opstelling.

De aard (kenmerkende eigenschappen) van het recht is ook relevant voor de manier waarop de overheidsjurist omgaat met het recht. Bijvoorbeeld, bij het toepassen van de Grondwet of mensenrechtenverdragen zal een overheidsjurist anders omgaan met het recht dan bij de toepassing van een ministeriële regeling. In het laatste geval heeft de overheidsjurist veel meer ruimte om het gewenste overheidshandelen een rol te geven in de rechtsomgang; hij kan de regeling immers wijzigen. Daarnaast is relevant dat het recht soms onbepaald en voor meerdere uitleg vatbaar is. Hoe vager het recht, hoe meer ruimte voor een eigen interpretatie.

Factor IV: de institutionele verhouding beïnvloedt de verhouding tussen het gewenste overheidshandelen en een acceptabele rechtsomgang

Naarmate de kans toeneemt dat leden van de juridische gemeenschap een invloedrijk of bindend oordeel vellen over het product van een overheidsjurist, neemt de invloed van de juridische

²⁸ Zie: R. J. N. Schlössels en S. E. Zijlstra, *De Haan/Drupsteen/Fernhout. Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat* (Deventer: Kluwer, 2010), pp. 43–55. Ik bedoel overwegend in de zin dat deze functie dominant is. Recht met een overwegend instrumentele functie heeft ook een legitimerende en waarborgende functie.

beroepsgroep toe. Een overheidsjurist zal een vervelende ontmoeting met andere leden van de beroepsgroep willen voorkomen. Dit geldt vooral voor overheidsjuristen die veel bezwaarschriften behandelen, regelmatig de overheid vertegenwoordigen in beroepszaken of bij zaken bij het Europese hof in Luxemburg. Een vergelijkbaar effect heeft de afdeling advisering van de Raad van State voor wetgevingsjuristen op ministeries.

Wanneer de politiekambtelijke invloed groot is, neemt de invloed van het gewenste overheidshandelen op de rechtsomgang van de overheidsjurist toe. Een rechtsomgang die afwijkt van het politieke doel wordt in gepolitiseerde en dus ambtelijke fases van het overheidshandelen minder acceptabel.

De juridische gemeenschap en de politiekambtelijke gemeenschap staan dus steeds in een verhouding tot elkaar. Beide oefenen invloed uit op de rechtsomgang van overheidsjuristen maar deze invloed wisselt per casus en per tijdstip. De ene is keer is de politiekambtelijke invloed enorm en de kans op een oordeel van de juridische gemeenschap klein. In andere gevallen is dit precies omgekeerd of is er sprake van een situatie waarin de beide gemeenschappen vergelijkbare invloed uitoefenen. Deze verhouding tussen instituties noem ik de institutionele verhouding die invloed heeft op de manier waarop overheidsjuristen omgaan met het recht.

Paragraaf 3: de rechtsomgang van overheidsjuristen toegepast

Hierboven heb ik vier verklaringen gegeven voor de verhouding tussen het gewenste overheidshandelen en een acceptabele rechtsomgang. Deze verhouding wordt bepaald door de werkomgeving en motivatie van de overheidsjurist, de aard van het recht en de institutionele verhoudingen. De verhouding tussen beide doelstellingen is bepalend voor de manier waarop overheidsjuristen omgaan met het recht. In deze paragraaf illustreer ik dit mechanisme door het toe te passen op het handelen van John en Corneel.

Casus I: verklaring voor de manier waarop John omgaat met het recht

In paragraaf 1 nam ik aan dat John het gewenste overheidshandelen belangrijker vond dan een acceptabele rechtsomgang. Daarbij dacht John een krappe voldoende te halen voor de mate van "acceptabelheid" van de rechtsomgang en een ruime voldoende voor het behalen van het gewenste overheidshandelen. Hieronder ga ik de drie van de vier²⁹ factoren af die deze rechtsomgang verklaren.

De institutionele verhouding waarbinnen John werkte, is een zeer belangrijke verklaring voor de waarde die John toekende aan het gewenste overheidshandelen. Kenmerkend voor deze verhouding was een sterke invloed van politiek en bestuur en een zeer kleine kans op rechterlijke toetsing. Deze grote politiekambtelijke invloed werd veroorzaakt doordat John werkte in de absolute top van de regering Bush. Samen met de juridisch adviseurs van Rumsfeld, Cheney en Bush bepaalde hij de juridische kant van het Amerikaanse antiterrorismebeleid na 9/11.³⁰ Daardoor had hij regelmatig contact met andere belangrijke spelers binnen de regering en leiders in het Congress.³¹ Bovendien achtte John de kans op toetsing door een rechter zeer klein. De meeste verdachten werden namelijk gevangen gehouden in Guantanamo Bay, Cuba. En de regering-Bush beriep zich op een oud precedent dat bepaalde dat gewone Amerikaanse rechters in Cuba geen jurisdictie hadden.³² De grote invloed van politiek en bestuur en de afwezigheid van rechterlijke toetsing is een institutionele verhouding die leidt tot een sterkere invloed van het gewenste overheidshandelen. Daarnaast ligt het voor de hand dat in de dagen na 9/11 zijn werkomgeving gericht was op het bestrijden van

²⁹ Het is op basis van dit literatuuronderzoek niet mogelijk om Johns persoonlijke motivatie te toetsen.

³⁰ Robertson, p. 25.

³¹ *Ibid.*

³² De regering-Bush baseerde deze opvatting op een Supreme Court precedent uit 1950 *Johnson v. Eisentrager*, over de jurisdictie van rechters inzake een aantal Duitsers die na de Tweede Wereldoorlog gevangen waren gezet in Guantanamo. In 2004 werd deze interpretatie verworpen in *Rasul v. Bush*. Zie voor meer informatie Fletcher "Defending the Rule of Law: Reconceptualizing Guantanamo Habeas Attorneys", *Connecticut Law Review*, 44 (2012), 617- 673, p. 629.

terrorisme. De *subjective norm* was dat stevig antiterrorismebeleid nodig was. Daarbij was de tijd beperkt: er kon ieder moment weer een aanslag zijn. Kortom, alle seinen voor een grote invloed van het gewenste overheidshandelen stonden op groen. Er was echter één uitzondering: de aard en functie van het recht. Het recht dat ziet op ondervragingstactieken is per uitstek waarborgend en laat weinig ruimte voor een afwijkende interpretatie. Het recht stimuleerde om extra gewicht te geven aan een acceptabele rechtsomgang. Echter, de werkomgeving en de institutionele verhouding leidden ertoe dat John meer waarde toekende aan het gewenste overheidshandelen.

Casus II: de rechtsomgang van Corneel verklaard

In paragraaf 1 legde ik uit dat het belang dat Corneel toekende aan het gewenste overheidshandelen een ontwikkeling doormaakte terwijl hij aan een acceptabele rechtsomgang steeds hetzelfde grote belang toekende. De ontwikkeling van het belang van het gewenste overheidshandelen, veranderde de verhouding tussen beiden. Eerst was een acceptabele rechtsomgang belangrijker dan het gewenste overheidshandelen. Daarna waren beiden even belangrijk. Hieronder leg ik deze manier van omgaan met het recht langs de vier verklarende factoren.

Belangrijk was de institutionele verhouding. Deze was precies tegenovergesteld aan de verhouding in de casus van John. Vooral de kans op een rechterlijke toets is bij het opstellen van een beslissing op bezwaar natuurlijk zeer groot, zeker bij een beslissing in het nadeel van een bedrijf. Deze institutionele verhouding maakte dat Corneel veel waarde toekende aan een acceptabele rechtsomgang. Deze invloed werd versterkt door de aard en functie van het recht. Het recht gaf het bedrijf de mogelijkheid om op te komen voor zijn belangen. Het recht was dus waarborgend van aard. Bovendien kaderden de voorwaarden voor de vergunningverlening Corneel in. Hij mocht niet zomaar de vergunning weigeren: het toepasselijk recht liet weinig ruimte voor interpretatie. Daarnaast was er bij deze inspectie een werkomgeving waarin de *subjective norm* sterk gericht was op de naleving van wettelijke regels (compliance). Zeker na de interventie van de ig werd duidelijk dat het gewenste overheidshandelen ondersteunend was aan een acceptabele rechtsomgang. De norm was dat een toezichthouder er niet is om politiek beleid uit te voeren. Zeker niet in een routinezaak als de certificering van één schip. Deze drie verklaringen spelen een cruciale rol in Corneels manier van omgaan met het recht. De vierde verklaring voor het handelen van Corneel – zijn motivatie – blijkt uit de kritische opmerkingen in de eerste versie van de beslissing op bezwaar. In Corneels handelen was altruïsme te ontwaren: als Corneel het alleen voor het zeggen had gehad, was de vergunning niet verleend. Echter, de institutionele verhoudingen, de aard en functie van het recht en de werkomgeving zorgden ervoor dat hij zelf voorstelde om de vergunning toe te kennen. Sterker, na de interventie van de ig besloot hij zelfs de kritische passages te schrappen. Van zijn altruïsme is in de beslissing op bezwaar niets meer te zien.

Tussenconclusie: wat als de context omgekeerd was?

De voorbeelden van John en Corneel laten zien dat het belang dat overheidsjuristen toekennen aan het gewenste overheidshandelen of een acceptabele rechtsomgang afhankelijk is van verschillende factoren. Deze toekenning beïnvloedt de verhouding tussen beide doelstellingen en daarmee de manier waarop overheidsjuristen omgaan met het recht. Ter afsluiting van deze toepassingsparagraaf wil ik dit punt nogmaals illustreren, maar ditmaal door de casussen van John en Corneel te vergelijken. Bij de vergelijking van de twee casussen springt één ding direct in het oog. John kende meer waarde toe aan het gewenste overheidshandelen dan aan een acceptabele rechtsomgang, terwijl bij Corneel die verhouding andersom was. Mijn stelling is dat dit verschil verklaard kan worden met de vier verklarende factoren. Dit impliceert dat als John in Corneels context zou hebben gewerkt en Corneel in Johns context, er een andere verhouding tussen de twee doelen zou zijn ontstaan.

Als John een juridische analyse over ondervragingstactieken had gemaakt in Corneels context, waren de volgende factoren relevant geweest. De institutionele verhouding in Corneels context liet zich kenmerken door een kleine politieke invloed en een grote kans op rechterlijke toetsing. In plaats van te rapporteren aan de president, zou John rapporteren aan een relatief onafhankelijk inspecteur-generaal. En in plaats van Rumsfeld en Cheney zou een onafhankelijke rechter een oordeel vellen

over de uitkomst van Johns juridisch analyse. Bovendien is in Corneels werkomgeving de *subjective norm* gericht op het voldoen aan wettelijke voorschriften, in plaats van het voorkomen van een nieuw 9/11. Om een beschamende situatie bij een rechter te voorkomen en te voldoen aan de *subjective norm*, zou John geneigd zijn de juridische risico's te verkleinen en een acceptabele rechtsomgang meer gewicht te geven dan gewenst overheidshandelen.

Bij Corneel is eenzelfde mechanisme zichtbaar. In Johns context was er slecht een zeer kleine kans dat Corneel zijn werk moest laten toetsen door invloedrijke leden van de juridische gemeenschap. Dit maakt een acceptabele rechtsomgang minder dringend. Daarnaast, als Corneel in Johns schoenen had gestaan, had hij zich dagelijks had moeten melden in het Torentje om aan een bezorgde premier te rapporteren over de luchtkwaliteit in de haven. Dit zorgt ook voor een werkomgeving waarin het gewenste overheidshandelen de *subjective norm* vergaand beïnvloedt. De persoonlijke motivatie van Corneel (voor verbetering van de luchtkwaliteit) zou dit effect alleen maar hebben versterkt. Corneel zou een verbetering van de luchtkwaliteit een veel grotere plaats gegeven hebben in de rechtsomgang.

Conclusie

De belangrijke rol van overheidsjuristen in het rechtsstatelijke functioneren van de overheid maakt de manier waarop overheidsjuristen omgaan met het recht een interessant onderzoeksgebied. Op basis van de beschikbare literatuur heb ik daarom een theoretisch kader gemaakt om de manier waarop overheidsjuristen omgaan met het recht te beschrijven en te verklaren.

Uitgangspunt van mijn theorie is dat het doel van de rechtsomgang bepalend is voor de manier waarop overheidsjuristen omgaan met het recht. Het "waartoe" bepaalt het "hoe" en het "wat". Centraal in het model staan daarom de twee doelstellingen van overheidsjuristen bij de rechtsomgang. Deze twee doelstellingen zijn het gewenste overheidshandelen en een (voor de juridische gemeenschap) acceptabele rechtsomgang. Het belang dat een overheidsjurist toekent aan het behalen van deze doelen, bepaalt de verhouding tussen het gewenste overheidshandelen en een acceptabele rechtsomgang bij het gebruik van het recht. Deze verhouding bepaalt het precieze "waartoe" van de rechtsomgang en daarmee het "hoe" en "wat" van de rechtsomgang. Deze verhouding heb ik geïllustreerd met twee voorbeeldcasussen.

Het belang dat een overheidsjurist toekent aan een acceptabele rechtsomgang of het gewenste overheidshandelen heb ik verklaard aan de hand van vier verklarende factoren. Deze vier factoren zijn de werkomgeving en motivatie van de overheidsjurist, de aard en functie van het recht, en de institutionele verhoudingen. Deze vier factoren kunnen verklaren waarom een overheidsjurist soms meer waarde toekent aan een acceptabele rechtsomgang, soms het gewenste overheidshandelen belangrijker vindt en soms geen uitgesproken voorkeur heeft.

In dit artikel heb ik de theorieën van verschillende auteurs met elkaar gecombineerd. Deze inzichten heb ik gebruikt als bouwstenen voor een model dat speciaal is toegesneden om de manier waarop overheidsjuristen omgaan met het recht te beschrijven en te verklaren. Daarmee is een eerste stap gezet naar meer kennis over het belangrijke werk van overheidsjuristen. De volgende stap is om het theoretisch model te testen in de praktijk.