

## De spanning tussen ambtelijke loyaliteit en correct overheidshandelen

mr. drs. P.J.P.M. van Lochem<sup>1</sup>

### 1. Gemeentelijke aanbesteding en de Wmo

Deze verkenning op het terrein van correct overheidshandelen wil ik beginnen met de besluitvorming in de Tweede Kamer bij de behandeling van het initiatiefontwerp 'tot beëindiging van de verplichting tot het aanbesteden van maatschappelijke ondersteuning.'<sup>2</sup> In dit wetsontwerp staat dat gemeenten de inkoop van huishoudelijke zorg, waartoe de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo) hen vanaf januari 2007 verplicht, niet hoeven aan te besteden. In zijn advies wees de Raad van State erop dat de Europese Richtlijn 2004/18/EG hiertoe echter uitdrukkelijk verplicht.<sup>3</sup> De indienster (Kant) is het hier niet mee eens. Zij vindt dit een kwestie van (welwillende) interpretatie en meent dat deze kwestie voldoende is 'uitgevogeld door de behandeling van dit wetsvoorstel' en dat 'de meerderheid in de Kamer en vorige kabinetten stelselmatig een verkeerde uitleg hebben gegeven aan de wet'.

Op advies van 'haar' juristen ten departemente brengt Staatssecretaris Bussemakers bij de behandeling van het initiatiefontwerp in de Kamer de strijd ervan met het Europese recht nog eens ter sprake, maar zaait in de discussie de nodige twijfel, zoals blijkt uit haar uitspraak 'Ik ben er in ieder geval niet van overtuigd dat het niet in strijd is met de Europese regelgeving en dat vind ik een groot probleem.'<sup>4</sup> Met leden van de desbetreffende Kamercommissie komt zij tot de conclusie dat deze kwestie aan de Europese Commissie moet worden voorgelegd. De overheidsjurist voor wie de strijd met het Europese recht evident is, moet vervolgens zijn collega-juristen bij de Europese Commissie vragen of dat wel zo is.<sup>5</sup> In hun reactie leggen zij haarfijn uit waarom de strijd met Richtlijn 2004/18/EG evident is.

De Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) gaat vervolgens naar de Kamer en informeert de leden over de onontkoombare conclusie dat het wetsontwerp in strijd is met het

---

<sup>1</sup> Mr. drs. P.J.P.M. van Lochem is rector van de Academie voor Wetgeving en Academie voor Overheidsjuristen.

<sup>2</sup> *Kamerstukken II* 2007/08, 31 353, nr. 1-3.

<sup>3</sup> Richtlijn 2004/18/EG van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (*PbEG* 2004, L 134). De richtlijn is in de Nederlandse regelgeving opgenomen door het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao).

<sup>4</sup> *Handelingen II* 2009/10, 50, p. 4688.

<sup>5</sup> Voor de overheidsjurist een nogal gênante aangelegenheid, zoals Van Nouhuys terecht opmerkt. Zie: Frederik van Nouhuys, 'Gênant', *Tijdschrift Aanbestedingsrecht* 2010, p. 192-203.

Europese recht.<sup>6</sup> Het weerhoudt de Kamer er niet van om in meerderheid voor het wetsontwerp te stemmen. De PVV stelt voor om het advies van ‘bemoel Europa (...) snel te prullemanderen’. De SP wil zich niet laten ‘regeren door ambtenaren van de Europese Commissie’, GroenLinks meent dat de strijd met het Europese recht niet bestaat als ‘wij (dat) met elkaar afspreken’ en de Partij van de Arbeid kwalificeert het advies van de Europese Commissie als ‘een uiterst teleurstellende, mogelijk niet goed doordachte en bovendien ook nog te bestrijden visie’.

In deze casus is het juridische advies eenduidig negatief. Drie juridische instanties – de Raad van State, de centrale juridische directie van VWS en de juridische dienst van de Europese Commissie<sup>7</sup> – komen tot dezelfde conclusie, namelijk dat het wetsvoorstel in strijd is met het Europese recht. Niettemin besluit de meerderheid van de Kamerleden om er toch mee in te stemmen. Daarmee geven zij voorrang aan hun politieke doel ten koste van de overeenstemming met het recht. Dat doen zij niet door het handelen in strijd met het recht te motiveren maar door simpelweg te stellen dat zij de van toepassing zijnde rechtsnormen anders interpreteren dan alle geraadpleegde juristen dat deden. Een dergelijke handelwijze van politieke gezagsdragers is niet uniek. Bij de totstandkoming van de op 1 januari 2007 in werking getreden Wet inburgering werden minister en Kamer door meerdere juridische instanties<sup>8</sup> erop gewezen dat aan Turkse immigranten geen inburgeringsplicht kan worden opgelegd omdat dit in strijd zou zijn met het Associatieverdrag dat de toenmalige EEG sloot met Turkije.<sup>9</sup> In de memorie van toelichting werd de gestelde strijdigheid van het opleggen van een inburgeringsplicht aan Turkse immigranten simpelweg weersproken met de zinsnede: ‘Naar de mening van de regering is dat niet het geval.’ Ook bij de besluitvorming over Nederlandse steun aan de oorlog tegen Irak werden de eenduidige juridische adviezen waarin werd gewezen op strijd met het volkenrecht door de regering, met instemming van beide Kamers, beantwoord met de constatering dat zij dat anders interpreteerde. In het proces naar een wettelijk verbod van het dragen van een boerka zijn ook meerdere negatieve juridische adviezen gegeven wegens strijd met de vrijheid van godsdienst. De laatste is van de Raad van State. De reactie van de

---

<sup>6</sup> Tenzij gemeenten deze hulp zelf ter hand nemen, want dan is geen sprake van inkoop.

<sup>7</sup> Het betreft hier de juridische dienst van het directoraat-generaal Interne markt en diensten van de Europese Commissie.

<sup>8</sup> De directie Wetgeving van het toenmalige Ministerie van Justitie en de Raad van State. Eerder was al in een studie van de Universiteit van Tilburg gewezen op de implicaties van het Associatieverdrag. Tijdens de behandeling van het wetsontwerp schreven achttien hoogleraren die zich aan verschillende universiteiten bezighouden met vraagstukken van migratie en integratie een open brief aan de leden van de Eerste Kamer waarin zij de juridische bezwaren tegen een inburgeringsplicht voor Turkse immigranten nog eens uit de doeken deden. Zie: HE/jv/0210062 (oktober 2006).

<sup>9</sup> Het in 1963 gesloten verdrag werd goedgekeurd bij besluit van de Raad op 23 december 1963, PbEG 1964, 217, p. 3685. In dit verband is ook van belang het Aanvullend Protocol van 1970, goedgekeurd bij besluit van de Raad van 19 december 1972, PbEG, L 293, p. 1 en het Besluit 1/80 van 19 september 1980.

regering in het Nader rapport luidde: ‘Het kabinet kan zich niet vinden in het oordeel van de Afdeling (...).’<sup>10</sup>

## 2. Wat is correct overheidshandelen?

Het wel of niet correct zijn van het handelen van de overheid kan aan uiteenlopende maatstaven worden afgemeten. Ik ga in dit kader goeddeels voorbij aan de overeenstemming met morele normen. Of onze politieke gezagsdragers zich gedragen naar morele maatstaven is moeilijk vast te stellen. Van conformiteit met hun persoonlijke moraal zal vermoedelijk wel sprake zijn, maar deze onttrekt zich gewoonlijk aan ons gezichtsveld. Of het handelen van bewindslieden en parlementariërs in overeenstemming is met de publieke moraal is echter ook niet eenvoudig vast te stellen. In de eerste plaats omdat het beoordelen van hun gedrag in hoge mate wordt beïnvloed door de politieke preferenties van de beoordelaar. Zij die menen dat bepaalde stellingen met kracht moeten worden schoongeveegd zullen een brutale, wellicht zelfs een agressieve opstelling van de politicus al gauw passend vinden. Maar het is sowieso de vraag of en in welke mate politieke gezagsdragers tot moreel juist gedrag gehouden zijn gelet op de aard van het politieke werk. Een oude, Machiavellistische opvatting is dat de machtsgerichtheid van politiek betekent dat het maken van vuile handen daarbij hoort en dat men daarom politiek en moraal niet aan elkaar moet relateren. De vraag of overheidshandelen correct is, beantwoord ik in dit kader aan de hand van het normenkader van onze democratische rechtsstaat. Ook dit normenkader is enigermate subjectafhankelijk, maar er is bij democratie en rechtsstaat niettemin sprake van veel gedeelde normen.

Dat het besluit van de Tweede Kamer over het wetsontwerp in de beschreven casus democratisch correct is, zal door niemand worden bestreden. Over de vraag of het besluit rechtsstatelijk correct is kan iemand nog menen dat het een kwestie van interpretatie is. Juristen zullen het er in elk geval over eens zijn dat in deze casus de strijd met het Europese recht vaststaat nu alle geraadpleegde juristen het hierover eens zijn. Deze conclusie volgt uit het feit dat we de rechtsleer als rechtsbron beschouwen. De vraag waarop ik nu nader wil ingaan is of we van voldoende correct overheidshandelen kunnen spreken wanneer dit handelen wel aan de democratische maar niet aan de rechtsstatelijke voorwaarden voldoet. In hoeverre moet correct overheidshandelen, ook al is dat gebaseerd op democratische besluitvorming, zich conformeren aan bepaalde rechtsnormen en zo ja, welke zijn dat dan? Deze vraag is onlangs nog inzet geweest van discussie naar aanleiding van de opvatting van Baudet dat een eind moet komen aan de mogelijkheid dat de niet-benoemde rechters van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens kunnen beslissen over democratisch genomen

---

<sup>10</sup> *Kamerstukken II 2011/12, 33 165, nr. 4.*

besluiten. Hij noemt het Hof een ‘allesverslindend monster’ wiens optreden leidt tot een ‘ernstige inbreuk op onze democratie’.<sup>11</sup> Het betoog van Baudet was voor Hirsch Ballin aanleiding om te waarschuwen voor het uit elkaar spelen van democratie en rechtsstaat. ‘Rechtsstaat en democratie zijn niet los verkrijgbaar’, zo stelde hij.<sup>12</sup> Dat wij de beide begrippen met elkaar hebben verbonden wordt door vrijwel alle staatsrechtexperts in ons land onderschreven, voor zover dat blijkt uit de handboeken op dit terrein.<sup>13</sup> De meeste auteurs zien daarbij het legaliteitsbeginsel als de verbindende schakel tussen rechtsstaat en democratie omdat het de overheid bindt aan de wet (rechtsstaat) en tegelijkertijd het resultaat is van een overwegend politiek besluitvormingsproces (democratie).

Deze theoretische – door Hirsch Ballin ook gewenste – band tussen democratie en rechtsstaat is helaas niet altijd een bestaande band. In veel landen blijken democratie en rechtsstaat wel degelijk los verkrijgbaar te zijn. In de naoorlogse periode zien we een ware explosie van democratieën die niet of voorlopig niet voor een rechtsstatelijke ontwikkeling kiezen.<sup>14</sup> Zakaria spreekt hier van ‘illiberal democracies’ en wijst overigens op een oude les van John Stuart Mill, die in zijn *On liberty* wees op het verschijnsel dat zodra landen democratiseren mensen geneigd zijn te geloven dat ‘too much importance has been attached to the limitation of (government) power itself. That (...) was a

---

<sup>11</sup> ‘Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens vormt een ernstige inbreuk op de democratie’, *NRC Handelsblad* 13 november 2010. Om duidelijk te maken wat het nadeel kan zijn van een toetsing van democratisch genomen besluiten door niet democratisch gekozen rechters verwijst Baudet naar het Amerikaanse Supreme Court dat, in strijd met de democratisch genomen besluiten, de praktijk in Guantanamo Bay als marteling kwalificeerde. Een nadere, wat milder geformuleerde uitwerking van dit artikel is opgenomen in de publicatie die is uitgebracht ter gelegenheid van de eerste Nacht van de Rechtsstaat. Zie: Thierry Baudet, ‘De gespannen verhouding tussen mensenrechten en rechtsstaat’, in: Sadik Harchaoui & Juliët Jonkers (red.), *Leve de rechtsstaat! Reflectie op de rechtsstaat in een dynamische samenleving*, Den Haag: Boom Lemma 2010, p. 65-79.

<sup>12</sup> E.M.H. Hirsch Ballin, ‘De rechtsstaat: wachten op een nieuwe dageraad’, *Nederlands Juristenblad* 14 januari 2010-2, p. 71-74. De stelling van Hirsch Ballin was vertrekpunt voor: René Foqué, *De democratische rechtsstaat: een onrustig bezit?*, Utrecht: Forum 2011. Foqué zet uiteen dat democratie en rechtsstaat wel los verkrijgbaar zijn – in geval van populisme kan men zelfs spreken van een *contradictio in terminis* (p. 7) – maar in de Europese traditie zijn zij volgens Foqué toch wel te beschouwen als twee kanten van een zelfde medaille.

<sup>13</sup> Met uitzondering van C.W. van der Pot & A.M. Donner/D.J. Elzinga e.a., *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2006. Zie voor een analyse van de begrippen democratie en rechtsstaat in onze ‘gezaghebbende’ handboeken: W.J.M. Voermans & J.H. Gerards, *Juridische betekenis en reikwijdte van het begrip ‘rechtsstaat’ in de jurisprudentie & jurisprudentie van de Raad van State*, Den Haag: Raad van State 2011, bijlage 3.

<sup>14</sup> Fukuyama verwijst naar landen die ten behoeve van een snelle ontwikkeling kiezen of kozen voor een ‘authoritarian transition’ (een term van Huntington, die in positieve zin schreef over een dergelijke ontwikkelingsstap). Zie: Francis Fukuyama, *The origins of political order; from prehuman times to the French revolution*, New York: Farrar, Straus and Giroux 2011, p. 459 e.v.

response against rules whose interests were opposed to those of the people'.<sup>15</sup> Hiermee wordt duidelijk dat democratie en rechtsstaat niet alleen los van elkaar, maar ook in een spanningsrelatie kunnen verkeren. In die relatie lijkt de rechtsstaat het zwaarst te wegen.

### 3. De rechtsstaat lijkt doorslaggevend

Wat Hirsch Ballin zegt en wat we ook in onze handboeken staatsrecht lezen over de samenhang tussen rechtsstaat en democratie lijkt de conclusie te rechtvaardigen dat voor ons land de genoemde spanning tussen democratie en rechtsstaat niet bestaat en dat daarom het antwoord op de gestelde vraag moet zijn dat ook democratisch genomen besluiten moeten voldoen aan de daarop van toepassing zijnde rechtsnormen. De verwijzing naar het legaliteitsbeginsel kan dan worden opgevat als het voldoen aan positiefrechtelijke normen. Veel wijst erop dat aan deze rechtsstatelijke voorwaarde groot belang wordt gehecht. In zijn rapport over de rechtsstaat concludeerde de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid zelfs dat de rechtsstaat meer bepalend is geworden dan de democratie. 'Inmiddels lijkt de rechtsstaat in debatten over de vraag of een zaak van openbaar belang wel of niet aan de normen voldoet, zelfs geleidelijk de rol van toetssteen over te nemen van de democratie', aldus de WRR.<sup>16</sup>

Er bestaan tal van aanwijzingen die erop duiden dat in ons land een groot belang wordt toegekend aan de rechtsstaat. Niet alleen bevestigden juristen onlangs nog ten volle de betekenis van het legaliteitsbeginsel,<sup>17</sup> ook in de regeringsverklaring van het huidige (demissionaire) kabinet komt de rechtsstaat meer ter sprake dan eerder gebruikelijk was. Het vorige kabinet nam het initiatief om de kernwaarden van de rechtsstaat nog eens uit te dragen<sup>18</sup> nadat de WRR tot de conclusie was gekomen dat er weliswaar een pluriformiteit van normen en waarden in onze samenleving bestaat,

---

<sup>15</sup> Fareed Zakaria, *The future of freedom; illiberal democracy at home and abroad*, New York/London: W.W. Norton & Company 2004, p. 101.

<sup>16</sup> Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR), *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, Den Haag 2002, p. 43.

<sup>17</sup> In de jaarvergadering 2011 van de Nederlands Juristen Vereniging kreeg preadviseur Voermans brede steun voor zijn stellingen die wezen op het belang van dit beginsel en (dus) ook voor het codificeren ervan in de Grondwet. Een stelling van preadviseur Borgers waarin de strikte binding aan het recht (in dit geval van de rechter) werd gerelativeerd kreeg een afwijzende reactie van de meerderheid. In zijn preadvies gaat Voermans niet alleen in op de betekenis en ontwikkeling van het legaliteitsbeginsel, maar geeft ook mogelijkheden voor een aanpassing ervan in functionele zin. Zie: W.J.M. Voermans, *Legaliteit als middel tot doel* (Preadvies Nederlandse Juristen-Vereniging), Deventer: Kluwer 2011.

<sup>18</sup> In opdracht van de Minister van Justitie en die van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties gaf een commissie onder leiding van toenmalig WRR-voorzitter Van de Donk uitvoering aan dit initiatief. Zie: W. van de Donk (vz.), *Onverschilligheid is geen optie: de rechtsstaat maken we samen* (Advies van de maatschappelijke commissie 'Uitdragen kernwaarden van de rechtsstaat' in opdracht van de Minister van Justitie en de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Den Haag, 2008.

maar nu juist op het terrein van democratie en rechtsstaat van gedeelde 'kernwaarden' kan worden gesproken.<sup>19</sup> Dit jaar nog debatteerde de Eerste Kamer uitvoerig over het rapport van de Staatscommissie Herziening Grondwet en steunde, door het aannemen van een motie, het voorstel van de commissie om in de Grondwet op te nemen dat wij een democratische rechtsstaat zijn.<sup>20</sup> In zijn rapport over de rechtsstaat wijst de WRR ook nog op de historische verankering van het rechtsstatelijke normenkader, dat we zelfs als deel van onze publieke moraal kunnen opvatten. In de woorden van de WRR: 'De rechtsstaat markeert historisch en moreel een beschaafde manier van omgaan met staatsmacht, die gebonden wordt aan de regels van het recht.'<sup>21</sup> Correct overheidshandelen lijkt bovenal rechtsstatelijk handelen.

#### 4. Maar de rechtsstaat blijkt niet doorslaggevend

De werkelijkheid blijkt toch niet helemaal overeen te komen met deze impressie van een rotsvaste rechtsstaat met een centrale betekenis voor het legaliteitsbeginsel. Zo acht Van den Berg het waarschijnlijk dat de aandacht voor de rechtsstaat in de regeringsverklaring eerder moet worden gezien als noodsignaal.<sup>22</sup> Dat de Eerste Kamer een motie aannam om het bestaan van de democratische rechtsstaat in de Grondwet op te nemen betekent dat het kabinet dit voorstel van de Staatscommissie niet overnam en dat de Tweede Kamer dat vermoedelijk ook niet gaat doen.<sup>23</sup> Uit de eerdergenoemde casus en andere voorbeelden bleek al dat in de politieke praktijk de rechtsstaat zeker geen doorslaggevende rol speelt in de besluitvorming. Daarbij valt op dat weinig politici, maar ook weinig juristen, zich over deze politieke praktijk geschokt hebben getoond. Een schok bleef ook achterwege toen Kortmann in zijn Nijmeegse afscheidsrede aan de hand van diverse voorbeelden concludeerde dat rechtsstatelijk opereren voor overheidsfunctionarissen 'vaak te hoog

---

<sup>19</sup> Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR), *Waarden, normen en de last van het gedrag*, Den Haag: WRR 2003.

<sup>20</sup> *Handelingen I* 2011/12, 31 570.

<sup>21</sup> WRR 2002 o.c., p. 43.

<sup>22</sup> Over de aandacht voor de rechtsstatelijke kernwaarden in het regeerakkoord concludeert Van den Berg: 'Als in een regeerakkoord aan deze grondwaarden met zoveel woorden aandacht moet worden gegeven is er iets heel erg mis.' In: J.Th.J. van den Berg, E. Verhulp & R.K. Visser (red.), *Zoals een goed ambtenaar betaamt* (Liber amicorum C.R. Niessen), Den Haag, 2010, Inleidend hoofdstuk (zonder paginering).

<sup>23</sup> De Eerste Kamer was overigens zo vriendelijk om, tegen het normale patroon in, de bespreking vooraf te laten gaan aan die in de Tweede Kamer. Mocht deze laatste dan vinden dat deze opneming in de Grondwet achterwege kan blijven – de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties speculeerde daar al op aan het einde van het debat – dan is het punt zonder problemen weer van tafel.

gegrepen is'.<sup>24</sup> Evenmin werd aanstoot genomen aan de conclusie die Timmer onlangs in zijn dissertatie trok, namelijk dat de overheid simpelweg in strijd met het recht handelt.<sup>25</sup>

Dat in de praktijk niet de rechtsstaat maar de wil van de politieke gezagsdragers domineert is niet alleen een zaak van politiek opportunisme. Politieke gezagsdragers blijken deze opstelling ook te motiveren. Klassiek is inmiddels het verzet van politiek bestuurders, onder leiding van Van Kemenade,<sup>26</sup> tegen de beperkingen die vooral de Algemene wet bestuursrecht hun oplegde. Naar het oordeel van de commissie-Van Kemenade staat de geboden rechtsbescherming het uitvoeren van democratisch genomen besluiten in de weg. Van der Heijden schreef een tirade aan deze bestuurders die zich niet in de rechtsstaat willen voegen.<sup>27</sup> Hertogh vond de kritiek richting Van Kemenade cum suis hooghartig en meende dat de benadering van de bestuurders wel rechtsstatelijk was, zij het dat het om een andere rechtsstaat gaat.<sup>28</sup> Wat hij in elk geval duidelijk probeerde te maken was dat de bestuurders in kwestie niet zo maar een loopje namen met de rechtsstaat, maar met een serieus (tegen)verhaal waren gekomen.

Het betoog van de commissie-Van Kemenade was er niet op gericht om de bestuurders de volledige vrije hand te geven, maar om de bestuurlijke overheid enige rechtsvrije ruimte te gunnen in de gevallen waarin het om belangrijke, dringende zaken gaat. Bij de komst van de Awb heeft de wetgever echter het standpunt ingenomen – zij het niet expliciet in de wet zelf – dat van enigerlei rechtsvrije ruimte voor het bestuur geen sprake kan zijn.<sup>29</sup> Het verzet van politieke bestuurders daartegen is echter gebleven. Nog onlangs zette voormalig Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Donner, zijn bestuurlijke bezwaren nog eens in fundamentele bewoording uiteen. Donner herinnert eraan dat bij de Franse revolutie in min of meer absolute zin is gekozen voor de

---

<sup>24</sup> C.A.J.M. Kortmann, *Staatsrecht en raison d'Etat* (Afscheidscollege Radboud Universiteit Nijmegen), Deventer: Kluwer 2009.

<sup>25</sup> Wim Timmer, *Het doel wel gesteld; een praktijkonderzoek naar de toepassing van doelregelgeving* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

<sup>26</sup> J.A. van Kemenade e.a., *Bestuur in geding* (Rapport van de werkgroep inzake terugdringing van de jurisdisering van het bestuur), Haarlem: Provinciehuis 1997.

<sup>27</sup> P.F. van der Heijden, *Het recht in de ramsj; openbaar bestuur op de stoel van de rechter*, Amsterdam: Balans 1999.

<sup>28</sup> Marc Hertogh, *De levende rechtsstaat: een ander perspectief op recht en openbaar bestuur*, Utrecht: Lemma 2002. De bestuurders hebben, volgens Hertogh, eigenlijk het standpunt ingenomen dat ook de studenten innamen in de jaren zestig met de leuze 'Uw rechtsstaat is de onze niet'. Het is mij niet helemaal duidelijk of Hertogh zich realiseert dat de rechtsstaat door zo'n benadering een materiële betekenis krijgt.

<sup>29</sup> Een conclusie die voortkomt uit het in de memorie van toelichting verwoorde standpunt dat op het terrein van het bestuursrecht sprake is van een wederkerige rechtsbetrekking tussen overheid en private (rechts)personen. Zie voor een – instemmende – uitleg: E.M.H. Hirsch Ballin, 'Wederkerig bestuursrecht', *RMThemis* 1989-1, p. 1-4.



democratie en lijkt zelf meer voor 'de lijn van Rousseau' te voelen dan voor die van Montesquieu.<sup>30</sup>

In de lijn van de laatste is de democratische rechtsstaat 'steeds meer vereenzelvigd met het legaliteitsbeginsel', een benadering waarmee volgens Donner doeltreffendheid en doelmatigheid 'als zelfstandige criteria van bestuur en gerechtigheid uit het zicht verdwenen. (...) De essentie van goed bestuur in de rechtsstaat is (...) dat ieder overheidsbesluit ook zonder controle en rechtspraak gerecht en doelmatig is'.<sup>31</sup>

Onlangs publiceerde de Teldersstichting een boekje over 'het evenwicht tussen rechtsstaat en democratie'.<sup>32</sup> Ook hier komt de opvatting van de bestuurlijke gezagsdragers erop neer dat meer gewicht bij de democratie moet komen te liggen omdat door de juridisering – de 'culturele trend waarin geldend recht en de rechterlijke uitleg daarvan tot doel wordt in plaats van instrument' – de invloed van de rechter groter is geworden en die van de democratische wetgever kleiner. Die invloed van de benoemde rechter op de regelgeving van de gekozen volksvertegenwoordiging is ook de liberalen een doorn in het oog.

Het gaat mij hier niet om de beoordeling van de standpunten van Van Kemenade, van Donner en die van de Teldersstichting. Voldoende is te concluderen dat hun betogen aangeven dat politieke gezagsdragers op staatsrechtelijk terrein de volledige binding van de overheid aan het recht gemotiveerd afwijzen, evenals de wederkerigheid van de rechtsbetrekking op bestuursrechtelijk terrein. Dit betekent dat zij ervan uitgaan dat de overheid in voorkomende gevallen gelegitimeerd is om in strijd met het recht te handelen; dat zij beschikt over een rechtsvrije ruimte. Ofschoon de genoemde bestuurders vinden dat de rechtsoverschrijding door de overheid beperkt moet blijven, lijkt mij de consequentie van hun opvatting dat de overheid in werkelijkheid een grote ruimte wordt geboden zolang het ontbreekt aan een norm die de rechtsvrije ruimte beperkt en bovendien de overheid zelf bepaalt in welke gevallen zij die ruimte kan benutten.

Als we mogen aannemen dat het handelen van de politieke gezagsdragers overeenkomt met hun opvatting, dan zullen onze politieke gezagsdragers zich in voorkomende gevallen niet laten tegenhouden door een gebrekkige juridische legitimatie. De voorafgaande casus bevestigt dat zo'n gebrek het realiseren van een politiek voornemen inderdaad niet in de weg staat. Wel zien we dat

---

<sup>30</sup> Böhlingk begon destijds zijn bekende oratie met deze tweedeling. Hij richtte zich overigens op de beperking (Montesquieu) of de absolute vrijheid (Rousseau) van de wetgever. F.R. Böhlingk, *De rechtsstaat Nederland* (rede UvA), Alphen aan den Rijn: Samsom 1958.

<sup>31</sup> Zie: [www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/toespraken/2011/11/25/toespraak-minister-donner-bij-de-nacht-van-de-rechtsstaat-in-felix-meritus-amsterdam.html](http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/toespraken/2011/11/25/toespraak-minister-donner-bij-de-nacht-van-de-rechtsstaat-in-felix-meritus-amsterdam.html). Eerder gaf Donner al aan geen Montesquieu-adept te zijn. In zijn inleiding voor het Montesquieu Instituut op 25 augustus 2011 achtte hij het 'niet uitgesloten' dat 'de bruikbaarheid van de uitgangspunten van Montesquieu is verlopen' en dat de ideeën en uitgangspunten van Montesquieu over verdeling van macht werden geschreven voor een gesloten systeem.

<sup>32</sup> Jan Kees Wiebenga (vz.) e.a., *Onbetwistbaar recht? Juridisering en het evenwicht tussen rechtsstaat en democratie*, Den Haag: Teldersstichting 2012.



deze relativering van de rechtsbinding in de praktijk niet wordt geëxpliciteerd maar vorm krijgt in gelegenheidsinterpretaties<sup>33</sup> en in verhullend taalgebruik.<sup>34</sup> Dienen overheidsjuristen zich in dergelijke gevallen als goed ambtenaar loyaal op te stellen en desgevraagd te helpen bij het bedenken en formuleren van die gelegenheidsinterpretaties en van dat verhullende taalgebruik of dienen zij als goed jurist op te komen voor de rechtsstatelijkheid, in het bijzonder de legaliteit van het overheidshandelen en het nodige tegenwicht te bieden?

## 5. Wat is nu de positie van de overheidsjurist?

Wanneer politieke gezagsdragers menen dat in voorkomende gevallen het recht niet in de weg mag staan aan een door de politieke meerderheid gedragen besluit, dan lijkt de overheidsjurist te worden geconfronteerd met de in de titel aangegeven spanning. Zijn ambtelijke positie verplicht hem tot loyaliteit aan de politieke gezagsdrager die handelt in strijd met het rechtsstatelijk normenkader waartegen het hogere belang van de juridische professie zich verzet. Die spanning zal naar mijn inzicht toenemen naarmate politieke gezagsdragers zich meer verzetten tegen de genoemde rechtsbinding en meer werk gaan maken van wat de commissie van de Teldersstichting het herstel van het evenwicht tussen democratie en rechtsstaat noemt. De druk op de overheidsjuristen om loyaal mee te werken aan democratisch gelegitimeerde of te legitimeren besluiten en geen tegenwicht te bieden met hantering van rechtsstatelijke bezwaren zal dan immers groter worden. De vraag is nu hoe juristen bij de overheid met de hier geschetste positie spanning tussen ambtelijke loyaliteit en juridisch tegenwicht kunnen omgaan. Ik schets hieronder vijf mogelijke strategieën die overheidsjuristen gebruiken om deze spanning op te lossen, in elk geval hanteerbaar te maken

## 6. Distantiëren

Wanneer politieke gezagsdragers voor een rechtsstatelijk incorrect handelen opteren kan de overheidsjurist de lastige keuze tussen loyaliteit en tegenwicht ontwijken door zich er niet mee te bemoeien. Dit is geen veel voorkomende strategie. Het is wel zo dat op een aantal ministeries de juridische directie niet altijd een oordeel geeft over het ministeriële handelen<sup>35</sup>, maar de reden daarvan is meestal niet dat die directie zichzelf buiten de zaak houdt, maar erbuiten wordt gehouden. Zo zijn beleidsambtenaren traditioneel geneigd om de jurist erbuiten te houden omdat zij vrezen (of ervaren hebben) dat de jurist de creativiteit verstoort in de beginfase of de zaak ophoudt

---

<sup>33</sup> Hieronder versta ik interpretaties die het eigen (voorgenomen) handelen juridisch rechtvaardigen maar in strijd zijn met die van (vrijwel) alle juridische adviseurs.

<sup>34</sup> Waarbij politieke argumenten als juridische argumenten worden gepresenteerd.

<sup>35</sup> Zo bleek ook weer bij de laatste visitatie. Zie: *Met recht verbonden: verslag van de interdepartementale Visitatie Juridische functie en Wetgeving*, Den Haag, 2007.

tijdens de latere beleidsontwikkeling. Een beproefde strategie van bewindslieden is dat zij de overheidsjurist niet meer om een definitief advies vragen zodra zij, na globale verkenning, een negatief advies zien aankomen. Dat overheidsjuristen in het algemeen wél betrokken willen zijn blijkt uit het recente programma Versterking juridische functie.<sup>36</sup> Daarin wordt bepleit dat de overheidsjurist tijdig wordt ingeschakeld door zijn beleidscollega's en dat de directeur Wetgeving en Juridische Zaken de positie krijgt van chief legal officer, wat betekent dat hij over alle overheidshandelen aan zijn departement een oordeel kan vormen en zich zo nodig rechtstreeks tot de minister kan wenden om deze te wijzen op juridische implicaties.

Maar in voorkomend geval kiezen overheidsjuristen er wel voor de juridische advisering aan andere juristen over te laten. Externe juristen, in het bijzonder de landsadvocaat, worden wel op verzoek van de bewindspersoon of de Kamer ingeschakeld, maar ook neemt de overheidsjurist zelf daartoe wel het initiatief. Dat leidt niet altijd tot een ander en positiever advies dan de overheidsjurist zou geven of heeft gegeven, zoals in de beschreven casus bleek, maar de kans dat het externe advies ruimte biedt en daarmee de genoemde spanning oplost blijkt zeker te bestaan.<sup>37</sup>

## 7. Adviseren

De overheidsjurist kan erop gericht zijn de genoemde spanning zo veel als mogelijk bij de bewindspersoon te laten. Dat doet hij dan door wel aan te geven wat de juridische implicaties zijn van het beleidsvoornemen maar daarbij te benadrukken dat het de minister is die de verantwoordelijkheid draagt. Dat betekent dat de jurist hoogstens in eerste instantie tegenwicht biedt in de vorm van een advies, maar zodra de minister aangeeft het beleidsvoornemen te willen uitvoeren dan zal de jurist dat ook zonder enig verzet doen omdat het immers aan de minister is. Dit is de klassieke strategie van de overheidsjurist.

Overheidsjuristen die deze benadering volgen leggen daarbij de nadruk op de leer van de ministeriële verantwoordelijkheid, volgens welke in eerste instantie de minister in zijn eigen belang wordt geadviseerd over de rechtsstatelijkheid van zijn handelen en in tweede instantie loyaal wordt bediend ook al volgt de minister het advies niet op.<sup>38</sup> Dit laatste is namelijk een zaak van de minister,

---

<sup>36</sup> *Partner in beleid* (Rapport Programma versterking juridische functie rijk), Den Haag, 2010.

<sup>37</sup> Dat externe advies behoeft dan niet volledig tegengesteld te zijn, maar kan wel wat meer ruimte bieden. Toen in de eerste ronde van de besluitvorming over een algemeen boerkaverbod de juristen van het toenmalige Ministerie van Justitie negatief adviseerden, ook als je het gezichtsbedekkende kleding zou noemen, bleek de commissie-Vermeulen niet tot een andere conclusie te komen, maar wel ruimte te bieden door te spreken van 'in de huidige context juridisch (...) zeer problematisch'. Zie: B.P. Vermeulen (vz.), *Overwegingen bij een boerka verbod; zienswijze van de deskundigen inzake een verbod op gezichtsbedekkende kleding*, Den Haag, 3 november 2006, p. 63.

<sup>38</sup> Deze benadering staat centraal in het proefschrift van Visser. Zie: R.K. Visser, *In dienst van het algemeen belang: ministeriële verantwoordelijkheid en parlementair vertrouwen* (diss. Leiden), Amsterdam: Boom 2008.

niet van de overheidsjurist. De professionele opdracht van de jurist wordt gerealiseerd in de eerste instantie. De professionele aanpak van de jurist is hier: rechtsstatelijk tegenwicht in eerste instantie, democratische loyaliteit in tweede instantie.

## 8. Strategisch handelen

Niet elke overheidsjurist zal vinden dat zijn professionele opdracht is vervuld wanneer hij zich beperkt tot de rol van adviseur. Zo concludeert Van Kreveld dat het de overheidsjurist gaat om het juridisch effectief zijn en dat dit betekent dat hij 'uiteraard niet (mag) volstaan met onderzoeken en adviseren hoe de minister dient te besluiten opdat het besluit aan de eisen van juridische kwaliteit voldoet, maar (hij) moet tevens alles op alles zetten om te bereiken dat daadwerkelijk alleen rechtmatige besluiten worden genomen'.<sup>39</sup> Het probleem kan hier zijn dat de overheidsjurist zijn bewindspersoon niet op andere gedachten zal brengen op basis van rechtsstatelijke argumenten. Zeker de minister die ervan overtuigd is dat deze er soms even niet toe doen, zal daar weinig oor voor hebben; eerder blijk geven van de nodige ergernis. Een beproefde strategie is het juridische advies te geven in politieke termen, in elk geval in niet-rechtsstatelijke termen die de minister wel overtuigen. Zo kan de overheidsjurist de bewindspersoon er soms van overtuigen dat het politiek succesvoller is om anders te handelen. Ook kan hij wijzen op de hoge kosten van de oplossing die de minister voorstaat en hem een alternatief voorhouden waaraan minder kosten verbonden zijn maar die tegelijkertijd ook rechtsstatelijk de voorkeur verdient. Deze strategie is min of meer omgekeerd aan die welke politici hanteerden in de genoemde casus toen zij hun politieke preferenties verwoordden in juridische termen. Het verschil is dat de overheidsjuristen de politieke gezagsdrager willen overtuigen. Zoals uit de casus blijkt doen de politieke gezagsdragers daar minder moeite voor.

## 9. Meedenken en meebesturen

Het gaat bij de meedenkende en meebesturende overheidsjuristen meer om een opvatting dan om een strategie. Die opvatting leidt wel tot het reduceren van de eerder geduide positie spanning omdat deze min of meer aansluit bij die van politieke gezagsdragers. Zij beschouwen het recht niet als een autonoom toetsingskader dat losstaat van het politieke. Eerder is het recht in hun ogen deel van het politieke systeem. Je zou het, met gebruikmaking van Zamboni's typology, een embedded opvatting kunnen noemen.<sup>40</sup> Het recht is daarmee niet onbelangrijk geworden, maar staat

---

<sup>39</sup> Van Kreveld, zelf oud-wetgevingsjurist en nu lid van de Raad van State, spreekt hier over het optreden van de centrale juridische directie van het voormalige Ministerie van Economische Zaken. Zie: Jan van Kreveld, 'Inzet voor juridisch effectief handelen van EZ', in: *Met welversneden pen* (Liber amicorum ter gelegenheid van het afscheid van Huub Linthorst), Den Haag: Economische Zaken 2008, p. 75.

<sup>40</sup> Mauro Zamboni, *The policy of law; a legal theoretical framework*, Oxford/Portland, Oregon: Hart Publishing 2007.

uiteindelijk wel in dienst van de politiek. In hun ambitie het politieke beleid uit te voeren spreken de hier aangeduide overheidsjuristen met het nodige *dédain* over juristen die het beleid willen tegenhouden met een strikt juridische opvatting. Ze duiden ze aan als de ‘nee-zeggers in vaste dienst’. De juristen moeten, conform de eerdergenoemde opvatting van Donner, doelmatigheid als zelfstandige maatstaf van het beleid beschouwen en de bewindspersoon maar zeer beperkt lastig vallen met rechtsstatelijke zwaarigheden. De hier bedoelde overheidsjuristen zijn niet bang om nee te zeggen, zij kijken erop neer.<sup>41</sup>

De juridische erkenning van doelmatigheid kent een lange traditie. Doelmatigheid functioneert in deze traditie als het noodzakelijke tegenwicht wanneer formalisme de kop opsteekt.<sup>42</sup> Radbruch noemde doelmatigheid het noodzakelijke bestanddeel naast gerechtigheid en rechtszekerheid.<sup>43</sup>

Deze doelmatigheid heeft dan nog wel in hoge mate een neutrale betekenis. In de naoorlogse periode zien we een sociale rechtsstaat ontstaan waarin een meer partijdig politieke wilsvorming in de plaats komt van een bestuurlijk neutrale. Forsthoff schetste hoe in de sociale staat het neutrale bestuur, inclusief de eveneens neutrale bureaucratie, niet langer naast maar ten dienste van de politieke wilsvorming kwam te staan. Daarmee werden zowel doelmatigheid en rechtsstatelijkheid niet langer neutraal beoordeeld maar steeds meer in en ten dienste van de politieke wilsvorming. Recht werd meer instrumenteel aan de meerderheidswil en minder (kritisch) deel van de zakelijke afweging in de bestuurlijk-bureaucratische context.<sup>44</sup>

De ontwikkeling die Forsthoff beschrijft leidt ook tot een partijdiger opstelling van de overheid; partijdiger in die zin dat de politieke meerderheid meer oriëntatiepunt van beleid is geworden dan zoiets als het algemeen belang. Daarnaast onderscheidt de overheidsjurist nog een andere

---

<sup>41</sup> Er zijn wel gevallen waarin overheidsjuristen aangeven ‘nee’ te zullen zeggen, maar dan gaat het om zeer principiële of humane zaken. Dat zijn dan gevallen waarin aan de periode van *Befehl ist Befehl* zou kunnen worden herinnerd. Een voorbeeld daarvan lijkt mij de gedachte die onlangs in de Kamer opkwam om eenmaal verjaarde delicten alsnog vervolgbaar te maken door met terugwerkende kracht de verjaring op te heffen. De gedachte kwam op naar aanleiding van de rapportage van de commissie-Deetman over seksueel misbruik van jongens door priesters. Uit de brief van de Minister van Veiligheid en Justitie (van 16 januari 2012) mogen we opmaken dat hier een ambtelijk ‘nee’ heeft geklonken. In de formulering zien we evenwel hoe voorzichtig en subtiel de gedachte wordt tegengesproken, ook al is de inhoudelijke strekking dat dit zelfs in de donkerste tijden van onze geschiedenis niet is vertoond. Zie: *Handelingen II 2011/12*, 33 000, VI, nr. 76.

<sup>42</sup> Het begon met de strijd van Von Jhering tegen het formalisme van de Historische School van Von Savigny.

<sup>43</sup> Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, Leipzig: Verlag Von Quelle & Meyer 1932.

<sup>44</sup> Forsthoff wijst er overigens op dat de vorming van de meerderheidswil in de parlementaire, politieke context minder weerstand kan bieden tegen de invloeden die belangenorganisaties uitoefenen op de politiek dan het bestuur en de bureaucratie dat destijds konden. Zie: Ernst Forsthoff, ‘Verfassungsprobleme der Sozialstaat’, in: *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit: Aussätze und Essays*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft 1968, p. 145-164 (oorspr. uitgave in 1961).

opkomende partijdigheid die hij als consequentie ziet van een horizontale overheid,<sup>45</sup> namelijk dat de overheid zich ook als gewoon speler kan gaan gedragen en dus ook de grenzen van het recht kan opzoeken. Deze ontwikkeling heeft het hier bedoelde type overheidsjurist ook geleid tot een aanpassing van zijn eigen rol, die zich daardoor minder laat vergelijken met die van de neutrale rechter en meer van die van de partijdige advocaat.

Binnen de hier gekozen strategie past een juridische beoordeling in de vorm van een juridische risico-analyse, waarbij de overheidsjurist analyseert hoe groot de kans is dat een beleidsvoornemen, dat strijdig is met daarop van toepassing zijnde rechtsnormen, strandt bij de rechter, de Raad van State, de Eerste Kamer of andere instanties. Een positief advies, namelijk een inschatting dat de kans op dergelijke schade gering is, impliceert dan een relativering van onrechtmatigheid en daarmee een relativering van recht en rechtsstatelijkheid. Niettemin is een dergelijke risico-analyse niet ongebruikelijk.

## 10. Alles afwegen

De overheidsjurist kan de spanning tussen ambtelijke loyaliteit en juridisch tegenwicht ook beperken door het juridisch normenkader zo flexibel mogelijk te hanteren en daarbij dit kader zo alomvattend te maken dat het altijd wel een juridische legitimatie bevat voor het handelen dat de politieke gezagsdrager voor ogen staat. Dat het recht de nodige interpretatieruimte biedt is bekend. De hier aangeduide overheidsjurist trekt daaruit de conclusie dat er altijd wel een juridische oplossing is om aan de politieke wensen van de bewindspersoon tegemoet te komen. 'De jurist kan alles', zo memoreren collega's de meest herhaalde zin van een bekend en zeer gerespecteerd overheidsjurist.<sup>46</sup>

Een nog verder gaande flexibiliteit ontstaat wanneer men het al ruim interpreteerbare normenkader gaat vervagen door daar andersoortige normatieve opties aan toe te voegen of daarvoor op enigerlei wijze in de plaats te laten komen. Voorbeelden van dergelijke vervaging van het rechtsstatelijke normenkader zijn de normatieve concepties van integriteit en transparantie.

Oud-minister Dales plantte de deugd 'integriteit' in het rechtsstatelijke normenkader. In de aanloop naar haar veel geciteerde uitspraak 'Een beetje integer bestaat niet' zei de minister: 'Nederland is

---

<sup>45</sup> eerdergenoemde uitgangspunt dat de overheid geen rechtsvrije ruimte toekomt hing samen met het wederkerigheidsbeginsel in het bestuursrecht, wat weer voortkomt uit de opvatting van een horizontaal overheidsbestuur. Allewijn suggereert in zijn recente proefschrift dat het instemmen met dit beginsel van wederkerigheid een 'politiek handigheidje' van bestuurders was om vervolgens de conclusie te kunnen trekken dat ze daarmee als gewone partij zouden kunnen optreden. Zie: Dick Allewijn, *Tussen partijen is in geschil...; de bestuursrechter als geschilbeslechter* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu 2011, p. 37.

<sup>46</sup> Zie: *Over de streep* (Liber amicorum ter gelegenheid van het afscheid van Hans Bierman, wetgevingsjurist van de buitencategorie), Den Haag, januari 2006.

een democratische rechtsstaat. Dat begrip draagt uitdrukkelijk het element integriteit in zich'.<sup>47</sup> In haar proefschrift *The empty throne* beschouwde Van Bijsterveld het transparantiebeginsel als een alternatief voor de rechtsstatelijke binding van de overheid: 'Transparency is a strong candidate for a redefinition of the rule of law.'<sup>48</sup>

De mogelijkheid om aan het overheidshandelen de eis van wetmatigheid te stellen vervalt wanneer we vinden dat ook beginselen van toepassing zijn.<sup>49</sup> Wanneer bovendien de inhoud en status van dergelijke beginselen en deugden onbepaald en tegenstrijdig zijn kan op basis van het aldus gevormde rechtsstatelijke normenkader altijd wel een passende interpretatie worden gevonden. De bij aanvang van dit artikel genoemde casus mag wijzen op strijd met het Europees recht, maar niet op strijd met het transparantiebeginsel. En of de integriteit in het geding is levert uit normatief oogpunt al gauw een voor elk wat wils op.

## 11. De goede, professionele overheidsjurist

Is nu sprake van spanning tussen loyaliteit en correct overheidsoptreden? Die spanning is er onmiskenbaar. Ervan uitgaande dat de rechtsstatelijkheid van het overheidsoptreden in belangrijke mate bepalend is voor de correctheid ervan, komt de vraag op in hoeverre overheidsjuristen loyaal kunnen meewerken aan democratisch gelegitimeerd handelen dat zij in strijd achten met rechtsnormen die daarop van toepassing zijn. Ik heb aangegeven dat dergelijk overheidshandelen herhaaldelijk voorkomt. De spanning tussen loyaliteit en correct overheidsoptreden bestaat in die gevallen omdat de overheidsjurist als jurist de rechtsstaat dient, maar als ambtenaar dienend is aan het politieke gezag. Hierbij komt dat de politieke gezagsdragers de gebondenheid aan de rechtsstaat en de afwezigheid van een rechtsvrije ruimte – uitgangspunten die tot de huidige rechtsleer worden gerekend – niet accepteren. Het lijkt erop dat deze opvatting van de politieke gezagsdragers, die zij soms gefundeerd verwoorden, geen publieke verontwaardiging oproept. De rechtsstaat lijkt minder stevig in de publieke moraal verankerd te zijn dan de WRR en anderen ons willen doen geloven. Ik heb vijf handelwijzen aangegeven waarmee overheidsjuristen hun positie spanning tussen loyaliteit

---

<sup>47</sup> Zie: C.I. Dales, 'Om de integriteit van het Openbaar Bestuur' (Toespraak op het congres van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten), 12-13 juni 1992 te Apeldoorn.

<sup>48</sup> Sophie van Bijsterveld, *The empty throne; democracy and the rule of law in transition*, Utrecht: Lemma Publishers 2002, p. 63.

<sup>49</sup> Bos trok die conclusies destijds toen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur werden opgevoerd maar nog niet in wetgeving waren opgenomen. Bos: 'is er geen sprake van gebondenheid van de overheid aan het recht als kern van het rechtsstaatbegrip (...). Wetmatigheid van bestuur kan bijvoorbeeld wijken voor de toepassing van algemene beginselen van behoorlijk bestuur.' Uit: Anne Marie Bos, 'De onbruikbare rechtsstaat', in: C.W. Maris e.a. (red.), *Recht, rechtvaardigheid en doelmatigheid* (Bundel verschenen ter gelegenheid van het 350-jarig bestaan van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit van Amsterdam), Arnhem/Deventer: Gouda Quint/Kluwer 1990, p. 127-138.

en rechtsstatelijke correctheid kunnen oplossen. Deze handelwijzen of strategieën staan niet altijd los van elkaar. Het is heel goed denkbaar dat de overheidsjurist zich in eerste instantie distantieert (eerste strategie) en vervolgens toch adviseert (tweede strategie) of zowel politieke als juridische argumenten naar voren brengt (strategie drie en vijf). Er zijn uiteenlopende argumenten voor het kiezen van een strategie. Ik heb hier voornamelijk gewezen op de opvatting van de overheidsjurist, maar vanzelfsprekend zijn ook de door hem ervaren positiemacht en (on)afhankelijkheid van invloed. Toont de overheidsjurist zich wel een goed jurist wanneer hij probeert de aangegeven spanning te reduceren of op te heffen? Kenmerkend voor die jurist is volgens Loth 'praktische wijsheid, kritische zin en morele moed'.<sup>50</sup>

Moet de goede jurist niet de morele moed hebben om in de strijd te gaan voor het realiseren van wat wel zijn interne professionele ideaal wordt genoemd: de rechtsstatelijkheid? Of brengt de hem kenmerkende praktische wijsheid de overheidsjurist op andere gedachten? Het antwoord van Loth zelf lijkt in hoge mate ingegeven door praktische wijsheid. Zijn algemene richtlijn voor goed handelen luidt: 'rolgebonden verplichtingen prevaleren in beginsel boven de eigen morele overtuigingen'. Als uitzondering daarop noemt hij situaties waarin je zou kunnen spreken van Befehl ist Befehl.

Opdrachten van dien aard lijken mij binnen de Nederlandse overheid niet aan de orde van de dag en bovendien vermoed ik dat Nederlandse overheidsjuristen dergelijke vergaande opdrachten niet gauw gehoorzaam zullen opvolgen.<sup>51</sup>

Ook indien we aannemen dat de overheidsjurist, gemeten aan de criteria van Loth, een goed jurist is, dan nog kan de vraag worden gesteld of deze jurist moet volstaan met een strategische opstelling wanneer politieke gezagsdragers, met een beroep op de democratie, de rechtsstaat relativeren. Ook al lijkt het begrijpelijk dat de overheidsjurist de spanning tussen ambtelijke loyaliteit en rechtsstatelijk tegenwicht in zijn beroepsuitoefening hanteerbaar maakt, is het vanuit rechtsstatelijk perspectief onaantrekkelijk wanneer die spanning uit beeld raakt.<sup>52</sup> Dat is, hoe paradoxaal dit ook mag klinken, in het bijzonder onaantrekkelijk voor de politieke gezagsdragers voor wie een eventueel verlies van rechtsstatelijke legitimatie zeer nadelig kan zijn omdat het overgrote deel van hun beleid gestalte krijgt in juridische vorm zoals wetten, beschikkingen en overeenkomsten. Het zou de overheidsjurist niet misstaan om bijdragen te leveren aan het professionele en maatschappelijke

---

<sup>50</sup> M.A. Loth, 'De goede jurist; over morele moed, onafhankelijkheid en een riskante omgeving', in: Doret de Ruyter & Jos Kole (red.), *Code en karakter, beroepsethiek van pedagogen en juristen*, Amsterdam: SWP 2009, p. 113-126.

<sup>51</sup> Het in noot 40 genoemde voorbeeld wijst daarop.

<sup>52</sup> Forsthoff wees er destijds al op dat de spanning tussen het nastreven van beleidsresultaten en de rechtsstatelijke beperkingen niet moet worden opgelost maar juist zichtbaar moet blijven. 'Das Spannungsverhältnis zwischen Sozialstaat und Rechtsstaat ist fruchtbar.' Zie: Ernst Forsthoff, 'Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates', in: Ernst Forsthoff (hrsg.), *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit. Aufsätze und Essays*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft 1968, p. 165-200 (oorspronkelijke uitgave 1954).



debat over de huidige rechtsstatelijke ontwikkelingen. Het genoemde betoog van Donner, waarin hij op ontzuenderende en tegenspraak oproepende wijze een nieuwe verhouding tussen democratie en rechtsstaat schetst, kan hierbij als lichtend voorbeeld dienen. Naast gebruikelijke vormen als publicaties kan mogelijk ook worden gedacht aan de minder gebruikelijke, vergelijkbaar met het jaarlijkse artikel van de secretaris-generaal van Economische Zaken.<sup>53</sup> Bij dergelijke reflecties op de verhouding tussen democratie en rechtsstaat zou het interessant zijn als ook aandacht wordt gevraagd voor het andere punt dat ik aansneed: de verruiming en vervaging van het rechtsstatelijke normenkader.

---

<sup>53</sup> Inmiddels Economische Zaken, Landbouw en Innovatie.