

Drs. G.M.A. van der Heijden, Een filosofie van behoorlijk bestuur. Een verklaring voor de juridische en maatschappelijke functie van de beginselen van behoorlijk bestuur

Diss. UvAmsterdam, promotores prof. mr. P.W. Brouwer en prof. mr. W. Konijnenbelt, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, 289 p., ISBN 90 271 5279 9

Op 26 januari 2001 verdedigde Van der Heijden aan de Universiteit van Amsterdam zijn proefschrift 'Een filosofie van behoorlijk bestuur'. Zijn dissertatie kreeg als ondertitel mee 'Een verklaring voor de juridische en maatschappelijke functie van beginselen van behoorlijk bestuur'. De ondertitel van het boek doet reeds vermoeden dat de auteur de gangbare theorievorming inzake de beginselen van behoorlijk bestuur (a.b.b.b.) ontoereikend acht (zie reeds mijn korte bespreking in *NTB* 2001/6 p. 158-160).

Van der Heijden stelt zich tot doel om de juridische én maat-

schappelijke functie van de a.b.b.b. te herijken. In dit kader is van belang dat de auteur juristen ziet als 'systeemdenkers'. Op p. 8 blijkt dit duidelijk. Hier stelt hij: 'Pogingen om de verschillende fenomenen waaruit het recht is opgebouwd met elkaar te verbinden, zijn pogingen om een systeem in het recht te zien. Bestudering van het Nederlandse bestuursrecht is in mijn ogen vaak een poging er systematiek in te zien.' Van der Heijdens rechtsfilosofische zoektocht mondt uit in een poging de a.b.b.b. in te bedden in *het systeem* van het hedendaagse bestuursrecht waarbij hij onder meer inspiratie put uit denkbepelden van Teubner en Habermas (p. 173 e.v.). Van der Heijden ziet het recht, in navolging van Habermas, overigens niet als een *gesloten* zelfreferentieel systeem. Recht doet zijn normerende werking steeds gelden in een

maatschappelijke context (p. 179, p. 184). Een rechtsstelsel reageert op prikkels uit de leefwereld. Van der Heijden tracht daarom een brug te slaan tussen recht en beleid alsmede tussen bestuursrechtelijke normen en eisen die gesteld dienen te worden aan de effectiviteit van bestuurlijke besluitvorming (bestuursrechtelijke en bestuurskundige normen (p. 198 e.v.)). Vervolgens poogt hij de instrumentele en waarborgfunctie van het recht in balans te brengen: 'Een verabsolutering van de instrumentele functie leidt tot schending van de rechten van de burger, en een verabsolutering van de waarborgfunctie doorkruist het beleid van de overheid' (p. 223). Deze gedachte leidt er toe dat Van der Heijden denkt in termen van 'meer' en 'minder' rechtmatigheid. Een besluit dient volgens hem in ieder geval aan 'minimumeisen van recht-

matigheid' te voldoen. Is daaraan voldaan dan is er reden om te streven naar 'zoveel mogelijk rechtmatigheid' (p. 243-244). Als 'traditioneel' jurist heb ik moeite met een zodanige benadering die tot gevolg heeft dat rechtsnormen als zodanig op de weegschaal worden gelegd. In mijn optiek is een besluit rechtmatig of niet.

Het *vertretpunt* van Van der Heijden is de hypothese dat de 'klassieke' compensatietheorie tekortschiet. Deze theorie gaat ervan uit dat de beginselen van behoorlijk bestuur normatieve compensatie bieden tegen de gevolgen van de 'terugtrek van de wetgever' (p. 3 e.v.). Noodgedwongen kan de wetgever de bevoegdheden van het bestuur in de interventiestaat slechts globaal normeren. De a.b.b.b. vullen het 'gat' in de bestuursrechtelijke normering. Zij bieden met andere woorden compensatie bij een gebrek aan *wettelijke* normering. De compensatieleer zou de beginselen van behoorlijk bestuur, volgens Van der Heijden, evenwel vooral plaatsen in '... een passieve, aanvullende rol. Het zijn geen autonome rechtsbronnen met een eigen ontwikkeling, ze hebben slechts een functie wanneer de wetgever verzuimt.' (p. 6) Het ligt bijgevolg voor de hand dat de auteur de benadering waarbij beginselen van behoorlijk bestuur *primair* worden gezien als toetsnormen voor de rechter kritiseert.

Van der Heijden is voorstander van een benadering waarbij de a.b.b.b. op een proactieve wijze, mede vanuit een instrumenteel-beleidsmatig perspectief, sturing geven aan het handelen van het bestuur. De a.b.b.b. zijn volgens hem meer dan waarborgnormen. Hij beoogt een brug te slaan tussen bestuursrecht en bestuurskunde door juridische normen mede te beschouwen vanuit het perspectief van effectiviteit (i.h.b. p. 201; 203). De a.b.b.b. ziet Van der Heijden als de grondslag voor een systeem van instrumentaliteit en waarborg (p. 229).

Zij stabiliseren rechtens relevante verwachtingen, beschermen (mede) individuele rechtsposities, realiseren op een dynamische wijze een maatschappelijke orde en zorgen 'voor een integer evenwicht bij het voeren van beleid, opdat dit beleid legitiem zal zijn' (a.w., p. 247). Volgens de auteur dienen de a.b.b.b. bijgevolg ook de besluitvormingsefficiëntie. Hij illustreert dat onder meer aan de hand van het specialiteitsbeginsel (201). Dit beginsel waarborgt enerzijds dat het bestuursrechtelijke rechtsvormingsproces niet wordt beïnvloed door vreemde (publieke) belangen, terwijl anderzijds het proces van belangeneliminatie de doelmatigheid van de besluitvorming bevordert.

Aan de door Van der Heijden ontwikkelde handelingstheorie (die hij in zijn boek toepast op de Schipholcasus (p. 135 e.v.; p. 188 e.v)) ligt een uitvoerige rechtsfilosofische analyse ten grondslag. Op p. 13 geeft de auteur aan wat zijn onderzoeksdoel is. Hij beoogt '... aan handelingstheorieën ontleende ideeën over de functie van het recht en rechtsbeginselen te combineren met aan systeemtheorieën ontleende ideeën over de maatschappelijke functie van het recht, om zo te komen tot uitspraken over de maatschappelijke functie van rechtsbeginselen.' Van der Heijden put hier toe inspiratie uit de werken van Dworkin, Richardson en Raz (hoofdstuk 2). Na het bekende Dworkiniaanse onderscheid tussen regels en beginselen in herinnering te hebben geroepen (regels zijn conditioneel, beginselen normatief-richtinggevend) besteedt de auteur aandacht aan de controversie tussen Dworkin en Raz inzake de verbanden tussen 'gezag' en 'recht' (p. 32-36). Raz bestrijdt de visie van Dworkin voorzover deze ervan uitgaat dat de inhoud van het recht kan worden afgeleid uit rechtsbeginselen indien een 'gezaghebbende auteur' (de rechtsbron) ontbreekt. Van der Heijden trekt op p. 36 van zijn

boek in dit verband de conclusie dat de theorie van Raz in ieder geval (meer) houvast biedt bij de beantwoording van de vraag wat de inhoud is van *geldend* recht.

Hiermee kiest Van der Heijden in beginsel voor een positiefrechtelijke visie op rechtsbeginselen. Binnen een rechtssysteem dienen knopen te worden doorgehakt door competente organen. Deze dienen aan te geven hoe de inhoud van het recht luidt. Aan het slot van hoofdstuk 2 tracht Van der Heijden de rechtstheoretische denkbeelden van Richardson en Dworkin nader tot elkaar te brengen. Hierbij positioneert hij rechtsbeginselen tegen de achtergrond van de doctrine van het consequentisme en de deontologie. De vraag of rechtsbeginselen absolute normen zijn, dan wel 'waarden' die object kunnen zijn van afweging komt bijgevolg in beeld. Van der Heijden dicht Dworkin een deontologisch standpunt toe. Dworkin positioneert rechtsbeginselen namelijk als normen ('troeven') die de rechter méér zekerheid bieden dan waarden. Richardson neemt een minder uitgesproken standpunt in. Van der Heijden wijst er echter op dat Richardsons visie goed aansluit bij het onderscheid dat Dworkin maakt tussen recht en beleid (p. 43). Deze tweedeling valt volgens hem namelijk samen met het onderscheid tussen (juridische) normen en waarden (p. 44). Van der Heijden betoogt dat Dworkin en Richardson het er in ieder geval over eens zijn dat een besluit moet passen binnen de 'normativiteit van de gemeenschap'. Om dit doel te bereiken verdient het aanbeveling, zo begrijp ik het betoog van Van der Heijden, het 'troevenkarakter' van rechtsbeginselen af te zwakken. Dit kan leiden tot meer aandacht voor de maatschappelijke omgeving waarin de a.b.b.b. hun normerende werking doen voelen.

In hoofdstuk 3 van het boek ontvouwt de auteur, toegespitst op het

politiek-juridisch systeem, zijn kennis omtrent Habermas' theorie inzake het communicatieve handelen (zie i.h.b. J. Habermas, *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main 1992). Voor degenen die dit werk van Habermas kennen bevatten de beschouwingen weinig nieuwe informatie. Interessant is wel de confrontatie tussen de denkbeelden van Dworkin, Richardson en Habermas (p. 70-73). Een belangrijke conclusie die Van der Heijden in dit kader trekt is dat de handelingstheorie van Habermas, anders dan die van Dworkin, niet primair ziet op het handelen van de rechter (die als een 'Hercules' aan de hand van rechtsbeginselen knopen doorhakt) maar óók op het handelen van andere rechtssubjecten (bestuursorganen en burgers).

Habermas beschouwt het recht als een factor die verwachtingen van (rechts)subjecten stabiliseert, waarbij het rechtsvormingsproces wordt gelegitimeerd ingevolge rationele communicatie tussen de betrokken partijen. Ieder proces van communicatie is (idealiter) gebaseerd op het 'discoursprincipe' dat de gelijkwaardigheid van de betrokken subjecten tot uitgangspunt neemt (p. 55). Volgens Van der Heijden dient ook bestuurlijke handelingsvrijheid gericht te zijn op actieve bevordering van legitimatie op basis van een rationeel discours. In dit kader kan geen genoegen worden genomen met handelen conform de wet (legaliteit) en controle achteraf door een onafhankelijke rechter. Actieve *participatie* in de bestuurlijke besluitvorming en het streven naar *consensus* dienen centraal te staan. Indien men het gedachtegoed van Habermas aldus beschouwt, zal het natuurlijk niet verbazen dat Van der Heijden het concept van de 'wederkerige rechtsbetrekking' tussen bestuur en burger (vgl. de memorie van toelichting bij de eerste tranche Awb, *PG Awb I*, p. 39 e.v.) onderschrijft (zie p. 60, waar de 'wederkerighedsnotie' ter sprake komt; zie verder p. 93 e.v.). Opmerkelijk is in dit verband dat Van der Heij-

den – overtuigd als hij blijkbaar is van deze notie – begrippen erg gemakkelijk over één kam scheert. Zo stelt hij op p. 91 'wederkerigheid' gelijk aan 'tweezijdigheid' (vgl. echter het principiële verschil in het vermogensrecht tussen de éézijdige en wederkerige overeenkomst (beide *meerzijdige* rechtshandelingen)), terwijl het begrip 'horizontalisering' door de auteur wordt gezien als een synoniem voor 'wederkerigheid' (p. 93).

Op dit punt gaat Van der Heijden dan ook kort door de bocht. Naar mijn smaak heeft hij te weinig oog voor de rechtsstatelijke bevoegdheidsleer die de verhouding tussen bestuursorgaan en (een) burger(s) beheerst. Hiermee doet hij niet voldoende recht aan de visie van Habermas. Van belang is dat de denkbeelden van Habermas over politiek-democratische participatie en *machtsvrije* communicatie vooral op democratisch-rechtsstatelijk '*macro*'-niveau invulling (kunnen) krijgen. Op het '*micro*'-niveau van de rechtsverhoudingen tussen bestuursorganen en burgers mag het *machtskritische* aspect niet over het hoofd worden gezien (vgl. overigens Van der Heijdens beschouwingen over de verschillen tussen het wetgevings- en toepassingsdiscours (p. 120-121)). Binnen een stelsel van gelede normstelling beschikken bestuursorganen in de regel over éézijdig uit te oefenen bestuursbevoegdheden. Dat bestuursorganen op een zorgvuldige wijze kennis behoren te nemen van de belangen van burgers (mede op basis van hoorplichten en inspraak) doet hier niet aan af. Van een 'machtsvrij' communicatieproces (p. 68) tussen gelijkwaardige partijen zal in de regel echter geen sprake zijn. Hooguit kan er worden gesproken over een door het recht (wet én beginselen) *gewaarborgd* interactieproces dat voorafgaat aan rechtsvorming door een bestuursorgaan. Ik wijs er in dit verband op dat óók Habermas de bevoegdheidsleer ziet als een belangrijk structuurkenmerk van het hedendaagse bestuursrecht. Rechtsvorming door het bestuur dient volgens hem gevrijwaard te blijven van

beïnvloeding door 'sozialer Macht' (*Faktizität und Geltung*, o.c., p. 187). Dit heeft belangrijke gevolgen voor de rechtsvormende potenties van het bestuur: 'Die Logik der Gewaltenteilung verlangt vielmehr, dass die Administration zu einer möglichst professionellen Erfüllung ihrer Aufgaben nur unter Prämissen ermächtigt wird, die ihrer Verfügung entzogen bleiben: die Exekutive soll auf die Verwendung administrativer Macht im Rahmen des Gesetzes beschränkt werden.' (*Faktizität und Geltung*, o.c., p. 231). Van 'vrije' consensusvorming tussen bestuur en burger kan bijgevolg geen sprake zijn.

Hoofdstuk 4 van Van der Heijdens boek staat in het teken van een analyse van de 'bestuurlijke handelingsituatie'. Bestuurshandelen – dat op belangenafweging en besluitvorming is gericht – voltrekt zich volgens Van der Heijden in een relatie tussen burger en bestuursorgaan welke gekenmerkt wordt door gedeelde verantwoordelijkheden. Op p. 188 van zijn boek brengt hij dit helder onder woorden door de aard van de door hem beoogde controle aan de hand van de a.b.b.b. te omschrijven: 'Deze bestuurlijke controle vindt niet alleen plaats door het bestuur zelf, maar juist samen met de betrokken burger, én vindt ex ante plaats. Zij moet bij voorkeur een systematisch karakter hebben, waardoor het een vorm van juridische beleidsanalyse wordt, maar kan in het kader van het leerproces ook ex post plaatsvinden.' In dit verband benadrukt hij tevens dat zowel het bestuur als de betrokken burgers belang hebben bij rechtmatige besluitvorming zodat een gang naar de rechter (ex post) kan worden voorkomen. Hierbij geeft Van der Heijden aan dat volgens hem 'zelfbeperking' een belangrijke vorm van controle is in het kader van een bestuurlijke bevoegdheidsuitoefening. Hiermee wordt bedoeld op de mogelijkheden voor partijen om zelf te waken over een rechtmatig besluitvormingsproces. Van der Heijden stelt de *medeverantwoordelijkheid* van de burger voor het algemeen belang centraal (p.

95). Burgers moeten zich samen met het bestuur rekenschap geven van de a.b.b.b. Op deze wijze kan door 'partijen' optimaal worden ganticipeerd op toetsing door de rechter (p. 181). Anders gezegd, bestuur en burger dragen samen verantwoordelijkheid voor het tot stand brengen van een door hen gewenst besluit en wel binnen de kaders die het recht stelt (p. 97; 182-183). Partijen worden in dit verband geacht over en weer hun belangen te respecteren. De wederkerige rechtsbetrekking brengt volgens Van der Heijden vervolgens met zich dat burger én bestuur '... *gezamenlijk de plicht* (curs. R.J.N. S.) hebben om te zorgen dat het besluit van het bestuur het algemeen belang dient.' (p. 99) Deze plicht kan zelfs met zich brengen dat op grond van de a.b.b.b. van een burger mag worden verwacht dat hij grenzen stelt aan de behartiging van zijn eigen belangen (p. 97).

Van der Heijden schetst strikt genomen de ultieme consequenties van het 'wederkerigheidsdenken'. Dit denken miskent, dan wel relativeert in hoge mate, belangrijke kenmerken van het publiekrecht zoals de onderscheiding van publiek en privaat belang, de bevoegdheidsleer en de betekenis van rechten en plichten tegen de achtergrond van objectief en subjectief recht. Overigens *lijkt* een en ander bij de praktische uitwerking van het theoretisch kader nogal mee te vallen. In hoofdstuk 5 analyseert de auteur de a.b.b.b. als rechtsnormen die zich richten op elementen van handelingssituaties, de verhouding tussen die elementen en op de verhoudingen tussen *verschillende* handelingssituaties. Dit klinkt abstract, maar dat is het niet. Van der Heijden geeft concrete voorbeelden (p. 125-126). Zo vereist het vertrouwensbeginsel dat een bestuursorgaan in een handelingssituatie verwachtingen omtrent het besluit honoreert die aan een *eerdere* handelingssituatie ontleend mogen worden. Een ander voorbeeld ziet op het gelijkheidsbeginsel. Dit beginsel bindt de uitkomst van een bestuurlijke handelingssituatie aan een *andere* situatie

die vergelijkbaar is. Van der Heijden illustreert in dit verband het rechtstheoretische gegeven dat normen en feiten (waaronder handelingen) elkaar steeds veronderstellen.

Op basis van hoofdstuk 5 en de diverse rechtsfilosofische verkenningen in de voorafgaande hoofdstukken presenteert Van der Heijden in hoofdstuk 6 een theorie inzake de systematische samenhang van de a.b.b.b. (p. 160 e.v., i.h.b. p. 166-169). Hij gaat ervan uit dat deze beginselen (Van der Heijden onderscheidt vijftien gangbare beginselen van behoorlijk bestuur, zie p. 133) in *clusters* kunnen worden ingedeeld. Met het oog op de bestuurlijke besluitvorming (die idealiter een 'systematische juridische beleidsanalyse' impliceert) dient in een vooraf vastgestelde volgorde aan de normen in deze clusters te worden getoetst. Hierbij gaat Van der Heijden ervan uit dat de beginselen elkaar op deze wijze optimaal kunnen versterken waardoor de kwaliteit van de bestuurlijke besluitvorming uiteindelijk wordt verbeterd (p. 163, p. 167). Van belang is dat het 'stappenplan' volgens Van der Heijden eerst optimaal effect sorteert indien de toetsing aan de a.b.b.b. 'cyclisch' plaatsvindt (p. 169): 'De eerder door mij aangebrachte volgorde kan pas optimaal effect sorteren wanneer ze niet eenmalig wordt doorlopen bij de toepassing op een casus, maar op z'n minst een keer herhaald wordt. Elk beginsel wordt dan zowel een keer voor, als een keer na elk ander beginsel toegepast. Alleen dan kan van ieder beginsel het uiteindelijke gewicht worden bepaald.'

Bij nadere beschouwing omspannt Van der Heijdens analysemodel noties die niet zover van het positieve recht af staan. Zo wijst hij er bijvoorbeeld terecht op dat de toets aan het specialiteitsbeginsel (selectie van belangen) de evenredigheidstoets (afweging van belangen) beïnvloedt (p. 167). In essentie pleit hij voor een juridische besluitvolgorde (p. 166-167) waarbij toetsing aan de wet (legaliteit en specialiteit) wordt gevolgd door de formele zorgvuldigheidstoets. Vervolgens

dient de aandacht uit te gaan naar het gelijkheidsbeginsel (consistentie), materiële rechtszekerheid en (eventueel) opgewekt vertrouwen (hierbij let het bestuur op 'andere' – d.w.z. eerdere – handelingssituaties waarbij het was betrokken ten aanzien van andere of dezelfde burger(s)). Daarna volgen de inhoudelijke eisen die de belangenafweging normeren, terwijl de toets aan het formele rechtszekerheidsbeginsel (duidelijkheidsbeginsel) en de motiveringsplicht de cyclus voltooit.

In hoofdstuk 9 komen ten slotte diverse onderzoeklijnen samen. Hier komt Van der Heijden tot een omschrijving van de juridische én maatschappelijke functie van de a.b.b.b. De juridische functie van deze beginselen is volgens hem het bieden van een grondslag aan een systeem van bestuursrecht waaruit een methode van rechtsvinding volgt voor de rechter, bestuur en burger (p. 245). De beginselen stabiliseren verwachtingen, waarbij van belang is dat wetgever en rechter hier steeds vaker plaats moeten maken voor burger en bestuur (p. 242). Zij zijn immers zelf medeverantwoordelijk voor de (kwaliteit van de) bestuurlijke besluitvorming. De beginselen van behoorlijk bestuur hebben volgens Van der Heijden als maatschappelijke functie '... dat zij bij het zoeken van een legitiem beleid gewicht in de schaal leggen, en eisen dat dit beleid past bij de rol die het nastreven van de burgerlijke samenleving heeft bij het nastreven van de ideale samenleving als geheel.' (p. 247) Dit zijn behoorlijke abstracties, waarmee de rechtspraktijk mijns inziens niet uit de voeten kan. Het is jammer dat Van der Heijden een en ander niet naar een concreter niveau tilt.

Is Van der Heijdens alternatief voor de traditionele compensatietheorie uiteindelijk aantrekkelijk? Dat zal de lezer primair *zelf* moeten beoordelen. Bij enkele theoretische uitgangspunten heb ik vraagtekens geplaatst. Voor de rechtspraktijk lijkt mij vooral van belang dat diverse uitwerkingen van Van der Heijdens theorie niet veel afwijken van het positieve recht. In paragraaf

9.3 zet de auteur zijn argumenten tegen de ‘klassieke’ theorievorming inzake de a.b.b.b. nog eens op een rij. De bestrijding van de ‘historische’ variant van de compensatietheorie overtuigt mij in ieder geval niet. Sinds lang leeft immers de gedachte dat de reguleringsmogelijkheden van de wetgever naar hun aard beperkt zijn en dat het proces van rechtsvorming in de geest van de *wettelijke* bevoegdheidsgrondslag door het bestuur dient te worden voltooid. Hierbij is steeds aandacht

uitgegaan naar de staatsrechtelijke positie van het bestuur en de rechtsnormen die de bestuurlijke handelingsvrijheid beheersen. Ik wijs in dit verband op de klassieke proefschriften van Boasson (1911) en Leydesdorff (1917) die overigens in het literatuuroverzicht van Van der Heijden ontbreken. Dat de rechter (ongeschreven) bestuursrechtelijke normen *ex post* positieveert doet naar mijn mening niet af aan de normerende betekenis van deze normen voor bestuurlijke han-

delingssituaties. Ondanks deze kritiek heb ik bewondering voor de denkbeelden van Van der Heijden die in ieder geval steunen op een gedegen onderzoek. Waardering heb ik ook voor het feit dat rechtsfilosofisch onderzoek en bestuursrechtelijke theorievorming in dit boek hand in hand gaan. Dat is in bestuursrechtelijk Nederland geen alledaags verschijnsel.

R.J.N. Schlössels
Nijmegen, mei 2002