



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Rechtsrelativering: een verkenning op het terrein van het overheidshandelen

Lochem, P.J.P.M. van

Citation

Lochem, P. J. P. M. van. (2013, January 8). *Rechtsrelativering: een verkenning op het terrein van het overheidshandelen*. Meijers-reeks. Boom Juridische Uitgevers, Den Haag. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/20372>

Version: Corrected Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/20372>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/20372> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Lochem, P.J.P.M. van

Title: Rechtsrelativering : een verkenning op het terrein van het overheidshandelen

Date: 2013-01-08

Rechtsrelativering

Rechtsrelativering

Een verkenning op het terrein van het
overheidshandelen

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van Rector Magnificus prof. mr. P.F. van der Heijden,
volgens besluit van het College voor Promoties
te verdedigen op dinsdag 8 januari 2013
klokke 16.15 uur

door

Peter Johannes Petrus Maria van Lochem

geboren te Rotterdam

Promotiecommissie:

Promotors: Prof. dr. W.J.M. Voermans
Prof. dr. mr. E.R. Muller

Overige leden: Prof. dr. P.C. Westerman (Rijksuniversiteit Groningen)
Prof. dr. P. Eijlander (Tilburg University)
Prof. mr. R. Bekker

Lay-out: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest

© 2013 P.J.P.M. van Lochem / Boom Juridische uitgevers, Den Haag

ISBN 978-90-8974-729-7

NUR 823

www.bju.nl

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden vervaelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische vervaelvoudingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Woord vooraf

Dat in ons land jaarlijks ruim 2500 proefschriften verschijnen, stemt een promovendus tot bescheidenheid. Dit gevoel kan hij temperen door de kring geografisch en disciplinair te verkleinen tot de 20 proefschriften die jaarlijks binnen de Leidse rechtenfaculteit tot stand komen. Dit aantal roept de vraag op of juristen wel weten hoe aantrekkelijk het schrijven van een proefschrift is. Na de afsluiting ervan kan ik mij vinden in de titel van de publicatie waarin oud-promovendi uit de Meijers-reeks terugblikten: 'Ik zou het zo weer doen.'

Toch resteert enige bescheidenheid, die tot uiting komt door dit promotieonderzoek aan te duiden met de term 'verkenning'. Wat met deze studie in beeld is gebracht en verklaard over rechtsrelativering bij de overheid is te beschouwen als een agendering van dit fenomeen en niet als het laatste woord erover.

Het grote aantal personen dat bereid bleek om bij te dragen aan deze studie vormen een tweede reden tot de nodige bescheidenheid. Met veel erkentelijkheid realiseer ik mij hoeveel personen mij *en route* inzicht verschaften en inspireerden met hun expertise en ervaring. Met de ingetogenheid waartoe het Promotiereglement mij verplicht dank ik mijn beide promotoren, Erwin Muller en Wim Voermans. Anderhalve eeuw geleden gaf de Leidse promotor van David Léon het manuscript van zijn proefschrift aan hem terug met de mededeling dat hij geen tijd had gezien om het te lezen maar ervan uitging dat het wel goed zat. Ofschoon ik al had begrepen dat deze distantie onder Leidse promotoren niet meer wordt aangetroffen, ben ik toch aangenaam verrast door de aandacht die mijn promotoren hebben willen geven aan mijn manuscript en aan de voorafgaande deelconcepten. Met moeite voldoe ik aan de vereiste terughoudendheid bij het dankzeggen van de leden van de promotiecommissie, Pauline Westerman, Roel Bekker en Philip Eijlander.

Het staat mij vrij om een aantal mensen minder gereserveerd dank te zeggen. Daarvoor is ook alle aanleiding. Rob Visser en Gerard Roes boden mij vanuit hun ervaring in de top van de rijksdienst het nodige inzicht in de ontmoeting van politiek en recht in de praktijk. Bovendien waren zij bereid het volledige concept te lezen en van hun commentaar te voorzien. Ook Foppe de Vries becommentarieerde het eindconcept en gaf daarbij het nodige inzicht in de werkelijkheid van de wetgevingsjurist, in het bijzonder in de relatie met beleidscollega's en met de directieleiding.

Met velen heb ik gesproken over delen van de tekst, over uiteenlopende gezichtspunten of opkomende gedachten. Van hen wil ik in het bijzonder en

in dank noemen: Erwin Arkenbout, Niels Blokker, Bert Jan Clement, Rob van Gestel, Ira Helsloot, Rein Jan Hoekstra, Ron Niessen, Hans van de Putte, Gert-Jan Veerman, Paul de Vries en Stavros Zouridis. Met Nico Florijn leidden de gedachtewisselingen onder meer tot een gezamenlijk publicatie. Bovendien heeft hij ervoor gezorgd dat de woorden in de summary goed gekozen zijn. In het bijzonder wil ik ook Huub Linthorst danken. Niet alleen profiteerde ik van zijn ervaring met en betrokkenheid bij het onderwerp, maar bleek hij bereid mijn tijdelijke afwezigheid bij de Academie ongemerkt voorbij te laten gaan. Dank ben ik ook verschuldigd aan de bewindslieden die bereid bleken hun optreden in de door mij gekozen casus toe te lichten en daarbij ook te reflecteren op het thema rechtsrelativering door de overheid. Alle (oud-)ministers bleken geïnteresseerd in het thema, wat niet hetzelfde bleek te zijn als instemmend met de invalshoek. Enkele van hen zouden eerder gekozen hebben voor het probleem van rechtsoverdrijving in plaats van rechtsrelativering.

Van centrale betekenis voor deze studie waren mijn gesprekken met de directeuren van de centrale juridische directies van de departementen. Veel heb ik gehad aan hun meedenkende en tegelijkertijd kritische commentaar. Een goed deel van de spanning, in elk geval ontmoeting, tussen politiek en recht komt bij hen terecht en ook die tussen management en professionals. In de gesprekken met hen heb ik zowel inzicht als inspiratie opgedaan. Ten slotte maar niet als minste dank ik Ruud Wissink die bereid was de hele tekst door te nemen om de lezer zo min mogelijk met taal- of schrijffouten lastig te vallen.

Het is mij in positieve zin opgevallen hoeveel mensen – collega's, vrienden en familieleden – langs informele weg belangstelling tonen voor het schrijven van een proefschrift. Zij bieden daarmee de mogelijkheid om je te oefenen in de grote lijnen van het betoog of om na te gaan of die er nog steeds zijn. Daarbij waren ook vragen over wat je hier nu aan hebt en wie erop zit te wachten. Gelukkig blijkt het de stellers van die vragen lang niet altijd om een antwoord te gaan.

Kijkend naar voorwoorden van proefschriften meen ik mijn vrouw Maria niet zoveel leed verschaft te hebben als kennelijk gebruikelijk is. Niettemin ben ik haar ook in dit kader dankbaar voor de bijdrage die voor de totstandkoming het meest essentieel is gebleken en waartoe zij als geen ander in staat is: het stellen van de vragen die je weer bij de kern van de zaak terugbrengen.

september 2012

Inhoudsopgave

1	INLEIDING	1
1.1	Juristen aan de kant van de overheid	1
1.2	Juristen nemen afstand van de overheid	8
1.3	Kritiek op het juridische overheidsterrein	12
1.3.1	Kritiek van bestuurders op een juridische overdaad	12
1.3.2	Kritiek van juristen op een juridisch tekort	15
1.3.3	De actuele kern van de kritiek: rechtsrelativering	18
1.4	Rechtsrelativering als verschijnsel	19
1.4.1	Is rechtsrelativering mogelijk?	20
1.4.2	Rechtsrelativering als proces	23
1.4.2.1	Maatschappij boven recht (tot 1940)	23
1.4.2.2	Macht boven recht (1940-1945)	25
1.4.2.3	Beleid boven recht (na 1945)	29
1.4.2.4	Rechtsrelativering en rechtsrelativisme	32
1.5	Rechtsrelativering door de overheid als object van onderzoek	34
1.6	Overheidshandelen als het resultaat van interactie	36
1.6.1	Bewindspersonen	37
1.6.2	Beleidsambtenaren	40
1.6.3	Overheidsjuristen	42
1.6.4	De interactie als object van onderzoek	45
1.6.5	De beroepsopvatting als object van onderzoek	46
1.7	Het probleem en de vragen	46
1.8	De gevolgde methode	50
1.8.1	Rechtswetenschappelijk	50
1.8.2	Rechtssociologisch	51
1.8.3	Rechtsvergelijkend	54
1.9	Samenvatting hoofdstuk 1 en indeling	56
2	OPERATIONALISERING	57
2.1	Inleiding	57
2.2	Gradaties in juridische zekerheid	59
2.2.1	Juridisch onhoudbaar	63
2.2.2	Juridisch verdedigbaar	63
2.2.3	Juridisch houdbaar	64
2.2.4	Juridisch beste oplossing	64

2.3	Gradaties in rechtvaardigende politieke en beleidsoverwegingen	64
2.3.1	Politieke overwegingen	65
2.3.2	Beleids­overwegingen	68
2.3.3	Strategische overwegingen	72
2.4	Interactie	74
2.5	Beroepsopvatting	76
2.6	Korte samenvatting hoofdstuk 2	79
3	KOMT RECHTSRELATIVERING VOOR?	81
3.1	Inleiding	81
3.2	Het boerkaverbod	82
3.2.1	Aanleiding	82
3.2.2	Formeel verloop	83
3.2.3	Overheidsintern	85
3.2.4	Analyse	89
3.3	De dodehoekspiegel	93
3.3.1	Aanleiding	93
3.3.2	Formeel verloop	94
3.3.3	Overheidsintern	97
3.3.4	Analyse	98
3.4	Irak (Nederland)	101
3.4.1	Aanleiding	102
3.4.2	Formeel verloop	103
3.4.3	Overheidsintern	106
3.4.4	Analyse	111
3.5	Irak (Engeland)	117
3.5.1	Aanleiding	117
3.5.2	Formeel verloop	118
3.5.3	Overheidsintern	120
3.5.4	Analyse	123
3.6	Irak (Verenigde Staten)	125
3.6.1	Aanleiding	125
3.6.2	Formele Verloop	125
3.6.3	Overheidsintern	128
3.6.4	Analyse	130
3.7	Conclusies uit casus	133
3.7.1	Relativering	134
3.7.2	Interactie	137
3.7.2.1	Beperkte machtspositie	139
3.7.2.2	Externe juridische adviseurs	140
3.7.3	Beroepsopvatting overheidsjuristen	142
3.7.3.1	Tegenstreven in eerste en in tweede instantie	144
3.7.3.2	De deur op een kier	145
3.7.3.3	Ook beleidsrealisatie	147
3.7.3.4	Partijdige opstelling	148

4	IS RECHTSRELATIVERING EEN HANDELINGSPRAKTIJK?	151
4.1	Inleiding	151
4.2	Sporen van een handelingspraktijk in publicaties van overheidsjuristen	153
4.2.1	Recht als open, flexibel en relatief normenkader	154
4.2.2	Pragmatisch afwegen	158
4.2.3	Terughoudend met de beroepsethiek	162
4.2.4	Loyaliteit en nog eens loyaliteit	166
4.2.5	Beperkte organisatiemacht	169
4.2.6	Conclusie uit liberi amicorum	175
4.3	Interviews met directeuren juridische zaken	178
4.3.1	Inleiding	178
4.3.2	Relativering	180
4.3.3	Hoe wordt het spel gespeeld?	184
4.3.4	Beroepsopvatting	188
4.3.5	Conclusies uit interviews	192
4.4	Overige casus	194
4.4.1	Kredietcrisis	195
4.4.2	De Hedwigepolder	198
4.4.3	Aanbesteding van gemeentelijke thuiszorg	203
4.4.4	Inburgering Turkse immigranten	206
4.5	Conclusie	209
5	OVER OORZAKEN EN GEVOLGEN	212
5.1	Inleiding	212
5.2	Antwoord op de vragen	212
5.3	Verklaringen	215
5.3.1	Rechtsrelativering als modernisering	215
5.3.2	Rechtsrelativering als democratisering	220
5.3.3	Rechtsrelativering als rechtsontwikkeling	226
5.4	De vraag naar de gevolgen	229
5.4.1	Rechtsrelativering is niet erg	230
5.4.2	We weten niet of rechtsrelativering erg is	232
5.4.3	Rechtsrelativering zou erg kunnen zijn	233
5.5	Gevolgen voor de juridische professie (overheidsjurist)	235
5.5.1	Adviseren en uitvoeren: de klassieke adviseur	238
5.5.2	Strategisch handelen: de creatieve adviseur	239
5.5.3	Meedenken en meebesturen: de politieke adviseur	240
5.5.4	Alles afwegen: de flexibele adviseur	242
5.5.5	De goede adviseur	243
6	CONCLUSIES	247
6.1	Rechtsrelativering als handelingspraktijk	247
6.2	Rechtsrelativering als resultaat van interactie	247
6.3	Rechtsrelativering als opvatting	248
6.4	Verklaringen voor rechtsrelativering	249

6.5	Gevolgen van rechtsrelativering	250
6.6	Rechtsrelativering en juridische professie	251
6.7	Verder onderzoek	253
6.8	Nabeschouwing	254
SUMMARY		259
LITERATUURLIJST		269
BIJLAGE 1		289
BIJLAGE 2		295
CURRICULUM VITAE		299

1 | Inleiding

1.1 JURISTEN AAN DE KANT VAN DE OVERHEID

Van oudsher staan juristen aan de kant van de overheid. De bekende uitspraak van Shakespeare in zijn *King Henri VI* 'The first thing we do, let's kill all the lawyers', herinnert ons aan de traditionele positie van overheidsjuristen. In Amerika constateerde De Tocqueville aan het begin van de 19^e eeuw dat de juristen de politieke top vormden: 'In Amerika is er geen adel en ook zijn er geen schrijvers; de mensen zijn geneigd de rijken te wantrouwen; de juristen zijn bijgevolg de hoogste politieke klasse en het meest gecultiveerde deel van de samenleving'.¹ Het oude ideaal van de lawyer-statesman, wiens intellect en karakter hem zo geschikt maakten voor de behartiging van het algemeen belang, is hier in zijn volle glorie. Ook in ons land waren zij sterk vertegenwoordigd in de (rijks)overheidsorganisatie, als gekozenen en als benoemden. Sterk in tweeërlei opzicht: in omvang en in positie.

Vanaf het begin van de Haagse ambtelijke dienst in de 17^e eeuw domineren juristen.² Twee eeuwen later blijkt de juristenmacht binnen de ambtelijke organisatie in nog sterkere mate aanwezig. Zo schreef koningin Sophie in 1862 aan haar vriendin Lady Malet: 'Juristen regeren hier, zij werken hard en weten alles', waaraan zij toevoegde: 'maar het zijn onaangename mensen om mee om te gaan'.³ Weer een eeuw later blijken juristen zich nog steeds sterk te positioneren binnen de ambtelijke organisatie, in elk geval binnen die van het ministerie van Justitie. Duk geeft daar in zijn *Eindverslag* de nodige voorbeelden van.⁴

1 Ik ontleen dit vertaalde citaat uit Loth en Gakeer 2003, p. 272

2 Uit de beschrijving die Knevel (2001) geeft van de geboorte van de ambtelijke organisatie op rijksniveau leren wij dat de hoge ambtenaren jurist zijn. Zij hadden zelf vaak enkele lagere ambtenaren in dienst. Bij voorkeur lieten de hoge ambtenaren hun kinderen de rechtenstudie doen (en enige tijd in Parijs verblijven) om er vervolgens voor te zorgen dat zij hen konden opvolgen.

3 In haar brief van 1 februari 1862, waarin zij ook berichtte dat de 'nieuwe liberale regering' – het tweede Kabinet Thorbecke (1862-1866) – was aangetreden. Zie Haasse en Jackman 1984, p. 179.

4 Duk (2008), in het bijzonder hoofdstuk 10. Zelfs de toenmalige secretaris-generaal van het ministerie werd door de juristen van de Stafafdeling niet gezien als hun leidinggevende. In een presentatie van het boek aan het ministerie wees Borman (raadadviseur ministerie van Justitie) op het organogram van het ministerie uit de jaren zeventig van de vorige eeuw waarin een stippellijn was getrokken tussen de stafafdeling en de minister. Duk geeft

Het aandeel van juristen is lange tijd aanzienlijk gebleven; niet alleen ten departemente maar ook in het parlement. De 'uitvinding van de Tweede Kamer'⁵ in de door Turpijn beschreven periode 1848-1888 is een uitvinding van juristen. Van de leden van de Tweede Kamer, die op 13 februari 1849 als eerste rechtstreeks gekozen volksvertegenwoordigers in de Tweede Kamer kwamen waren 51 van de 68 meester in de rechten.⁶ Mogelijk heeft dit ertoe bijgedragen dat het parlementaire debat in ons land zich destijds onderscheidde door zijn ingetogen, zakelijke en gouvernementele toon.⁷ Ook zal het hoge juristengehalte in de Kamer eraan hebben bijgedragen dat het verslag van de parlementaire vergaderingen vooral 'juridische precisie' vereiste.⁸ Tot aan 1918 – het jaar van de eerste verkiezing na invoering van het algemeen kiesrecht – bleef het percentage juristen onder de leden ongeveer 80 procent. In de daarop volgende perioden daalt het percentage verder naar 65 procent in de periode 1918-1937 en vervolgens naar 57 procent in de periode 1946-1967.⁹ Socioloog Max Weber maakte in zijn 'Politik als Beruf' (1919) duidelijk hoe geschikt juristen zijn voor het politieke beroep. Hij noemt vijf typen beroeps-politici zoals we die in de loop der tijd over de hele wereld tegenkomen. In het Westen, in het bijzonder op het Europese continent, zijn het de universitaire geschoolde juristen. Zij zijn, aldus Weber, de dragers van de ontwikkeling naar een rationele staat. Zonder juristen is volgens hem de absolute staat en de democratie niet denkbaar; de revolutie trouwens ook niet. De geschiktheid voor het politieke werk geldt in het bijzonder voor advocaten vanaf het moment dat, met de opkomst van politieke partijen, het politieke bedrijf ook een belangenbedrijf werd.¹⁰ In de moderne staat speelt, aldus Weber, de politiek zich in overgrote mate in de openbaarheid af met gebruikmaking van het gesproken en geschreven woord waarbij demagogie niet kan worden gemist. Hij meent dat de advocaat hiertoe de juiste eigenschappen heeft. In zijn historische overzicht van de advocatuur voegt Henssen daaraan nog het praktische argument toe dat de advocaat – meer dan andere professionals – in de politiek zijn professe bij kan houden.¹¹ Dit neemt niet weg dat na 1918 het aandeel

voorbeelden waarin hij zonder schroom – en zonder loopbaanconsequenties – weigerde te voldoen aan verzoeken van de minister.

5 Turpijn 2008.

6 Van den Berg (1983, p. 133-134) wijst erop dat tot ver in de 19^e eeuw 'de rechtsgeleerdheid de enige maatschappij-georiënteerde wetenschap was. Niet alleen juridisch geïnteresseerden, maar ook zij die belangstelling hadden voor economie alsmede voor politieke en sociale verschijnselen konden slechts de rechtenfaculteit bezoeken.'

7 De typering is van Te Velde 2010, hoofdstuk 4.

8 Te Velde 2010, p. 109.

9 Van den Berg 1983.

10 'Und eine Sache für Interessenten wirkungsvoll zu führen ist das Handwerk des geschulten Advokaten. Weber 1919, p. 53.

11 Zie voor advocaten het onderwerp 'Advocaten in de Kamer': Henssen 1998, p. 60 e.v. Overigens heeft Van den Berg vastgesteld dat de relatief grote vertegenwoordiging van advocaten niet lijkt op te gaan voor het Nederlandse parlement. In de periode 1849-1887

van juristen in de Kamer kleiner werd. Deze afname verschilt overigens al naar gelang de politieke kleur. Bij de liberale partijen bleven juristen relatief goed vertegenwoordigd, bij de confessionele partijen minder en bij de socialistische partijen zeer gering. Van den Berg geeft aan dat de socialisten minder op hebben met de regels en procedures die bij het overheidshandelen een rol spelen en nog minder met de door juristen gestelde autonomie van de volksvertegenwoordigers.

Maar niet alleen in de Kamer, ook op de ministeries zien we de macht van de jurist lang na 1862 voortduren. In het voorafgaande heb ik verwezen naar het recente verslag dat Duk deed van zijn periode als raadadviseur op het ministerie van Justitie. Uit dit verslag blijkt hoe groot de invloed van de jurist destijds was op de politieke besluitvorming en hoe sterk zijn positie was binnen het departement. Het komt erop neer dat Duk en zijn collega's in niemand hun hiërarchische meerdere erkenden en dat ook niemand, inclusief de minister, zich als zodanig aan hen opdrong.

De meeste overheidsjuristen – en niet alleen zij – zijn geneigd te stellen dat na de periode van Duk – de jaren zeventig van de vorige eeuw – de positie van de overheidsjuristen sterk is gedaald en dat in de ambtelijke leiding en in het parlement juristen vrijwel ontbreken. Daarbij verwijzen zij naar de groei van de verzorgingsstaat – met haar toenemende overheidsinterventie – die aanleiding gaf tot een toestroom van disciplines die meer gericht waren op die sturende taak, zoals beleidswetenschappen en bestuurskunde. Veel eerder waren economen al de overheid binnengetreden om het overheidsbeleid in economisch moeilijke tijden vorm en inhoud te geven. Uit de cijfers van Van Braam blijkt dat in 1960 altijd nog 70 procent van het aantal academici jurist waren. Dat was natuurlijk al veel minder daar in vroeger tijden – in 1930 was dat nog 85 procent en in 1947 75 procent – maar Van Braam constateerde geen scherpe daling. Voor 1977 schatte hij het percentage op 60 procent.¹²

komen meer Kamerleden van de rechterlijke macht dan van de advocatuur. Daarnaast blijkt in alle perioden het aandeel van de jurist-Kamerleden dat afkomstig is uit publieke ambten relatief groot, in de laatste periode die Van den Berg noemt (1946-1967) groter dan die uit de advocatuur. Het relatief grote aantal Kamerleden dat afkomstig is uit rechterlijk macht en publieke ambten ziet Van den Berg als verklaring voor het feit dat in socialistische fracties relatief weinig juristen zitten. Zie Van den Berg 1983, p. 151.

- 12 Van Braam in Kan 1977. Van Braam relateerde de instroomcijfers aan die van de uitstroom uit universiteiten. Naarmate studenten van andere disciplines afstudeerden zie je ook hun vertegenwoordiging binnen de overheid opkomen, voorzover die disciplines iets aan het overheidsbestuur konden bijdragen. Overigens meent Van Braam dat nooit sprake is geweest van een juristenmonopolie. Volgens hem is dat een 'politiek-ideologisch argument' dat aanvankelijk werd gehanteerd door niet-academisch gevormde ambtenaren die zich door de binnenkomst van juristen in hun promotiekansen bedreigd zagen en laten werd gehanteerd door andere academici 'in de strijd (...) om de oude en nieuwe posten van werkgelegenheid en ambtelijke macht in de uitdijende welvaartsbureaucratie.' (Van Braam in Kan 1977, p. 22)

In de jaren zestig van de vorige eeuw voorspelde de Noorse rechtssocioloog Vilhelm Aubert de binnenkomst van academici van uiteenlopende disciplines. In die jaren waren ook in zijn land de meeste hogere bestuursambtenaren jurist, maar zij zouden – volgens Aubert – stap voor stap een deel van hun inhoudelijke competentie prijs moeten geven aan de binnenkomende wetenschappers van andere huize. Economen waren al binnen en de sociologen en psychologen zouden weldra volgen, zodra deze en andere sociale wetenschappen over voldoende expertise op het terrein van de overheid zouden gaan beschikken. Dat zijn, in de woorden van Aubert, immers de ‘echte’ wetenschappen die meer zeggingskracht zouden hebben dan het recht als ‘premature sociale wetenschap’, dat altijd nog beter was dan niets.¹³ Er zijn overigens diverse verklaringen voor de entree van de niet-juristen ten detrimente van de juristen. Linthorst zoekt de oorzaak in eerste instantie bij het toegenomen aantal studierichtingen op het terrein van de sociale wetenschappen dat het aanbod op de arbeidsmarkt wijzigde.¹⁴ Van Hall legt daarnaast een relatie met de houding van overheidsjuristen:

‘De jurist is bij overheden (...) wat uit de smaak geraakt. Hij was lastig, en werd meer als hinderlijk remmer dan als stimulerend gasgever ervaren. Neen. Liever bestuurskundigen die met verve via “beleid” regelden wat ooit de wetgever deed.’¹⁵

De vraag is of het huidige aandeel juristen, gelet op andere voor de overheidsorganisatie relevante disciplines, bedroevend laag kan worden genoemd. Ruim 15 procent van de topambtenaren is jurist¹⁶ en de werkwijze van de rijksoverheid – in ruimere zin ook de samenleving – is nog sterk juridisch bepaald.

Regelmatig kan in en buiten Den Haag de verzuchting worden gehoord dat de parlementaire aandacht voor juridische zaken sterk is teruggelopen. Daaraan wordt dan wel toegevoegd dat deze terugloop zijn oorzaak vindt in het feit dat er vrijwel geen juristen meer in de Kamer zitten. Een dergelijke uitspraak is niet in alle opzichten correct. Wel heeft zich in de naoorlogse periode een verdere terugloop van het aantal juristen afgetekend. Maar uit onderstaand overzicht blijkt dat geen sprake is van ‘vrijwel geen juristen meer’.

13 Peper en Schuyt 1972, p. 220. Zie ook Van Lochem 2011a.

14 Linthorst 2010.

15 Van Hall in: Kraan 2005, p. 219.

16 Het betreft hier de ambtenaren van schaal 17 en hoger, gemeten in maart 2009. Van de hoogste ambtenaren, de secretarissen-generaal zijn drie van de elf jurist (juni 2011). Verdere cijfers over het percentage juristen onder ambtenaren ontbreken.

Aantal zetels en aantal juristen Tweede Kamer 1951, 1981 en 2011

<i>Partijen</i>	<i>Aantal zetels</i>			<i>Aantal juristen</i>		
	1951	1981	2011	1951	1981	2011
CDA ¹⁷	54	48	21	20	12	5
PvdA	27	44	30	5	9	4
VVD	8	26	31	2	5	8
D66	-	17	10	-	6	1
GroenLinks ¹⁸	8	9	10	1	3	2
PVV	-	-	24	-	-	5
SP	-	-	15	-	-	1
Overigen	3	6	9	-	-	2
<i>Totalen</i>	<i>100</i>	<i>150</i>	<i>150</i>	<i>28</i> <i>(28%)</i>	<i>35</i> <i>(23%)</i>	<i>28</i> <i>(19%)</i>

Het overzicht toont dat het verschil tussen de fracties en de ontwikkeling van het aandeel juristen binnen de fracties opvallender zijn dan de ontwikkeling van het aantal juristen in de Kamer. In grote lijnen kan men zeggen dat juristen traditioneel behoorlijk vertegenwoordigd zijn in de christen-democratische fractie(s), relatief laag vertegenwoordigd in de socialistische fracties¹⁹ en relatief hoog in de liberale.²⁰ Op die laatste maakt D66 in de huidige periode een opvallende uitzondering.

Procentueel is duidelijk sprake van een daling, maar het percentage juristen in de Kamer is nog altijd hoger dan dat in de top van de ambtelijke dienst. Evenals daar zien we in de Kamer een dominant juridische werkwijze,²¹ ook al zijn intussen veel meer academici van niet-juridische discipline lid van de Kamer geworden. Onderstaand overzicht toont die verhouding.

17 In 1951: KVP, ARP en CHU.

18 In 1951 alleen CPN; in 1981: CPN en PPR.

19 Tijdens het Kabinet Balkenende IV telde de fractie van de PvdA na het vertrek van Aleid Wolfsen geen enkele jurist meer.

20 Opvallend is dat in de VVD-fractie de economische discipline slechts twee keer vertegenwoordigd is en de juridische acht maal, ook al stonden in het verkiezingsprogramma van de VVD de economische thema's centraal.

21 In het kader van de zelfreflectie die de Kamer enige jaren geleden uitvoerde merkte Van den Berg (2009, p. 134) nog op: 'Het Nederlandse parlement wordt traditioneel gekenmerkt door een sterk juridische beleving van zijn taken en werkwijzen.'

Aantal juristen en andere academici Tweede Kamer 1951, 1981 en 2011

<i>Disciplines</i>	<i>Juristen</i>			<i>Andere academici</i>		
	1951	1981	2011	1951	1981	2011
Economie				4	14	8
Sociologie ²²				1	9	8
Politologie				-	10	9
Bestuurskunde				-	-	8
Geschiedenis				-	-	7
Bedrijfskunde				-	-	7
Overige ²³				5	22	14
<i>Totalen</i>	28 (74%)	35 (39%)	28 (29%)	10 (16%)	55 (61%)	69 (71%)

De juristen vormen nog wel de sterkst vertegenwoordigde discipline, wanneer we alle disciplines afzonderlijk bekijken. Maar op het totaal van academici zien we het percentage juristen sterk dalen, van 74 procent in 1951 naar 29 procent in 2011. Voor het eerst zien we in 2011 dat de vertegenwoordigers van de sociaal-wetenschappelijke disciplines gezamenlijk het aantal juristen veruit overtreffen.

In de Eerste Kamer liggen de verhoudingen vanuit juridisch perspectief aanmerkelijk gunstiger. In 2011 zien we geen doorzetting van de dalende lijn, maar een zodanige stijging dat het percentage juristen in de buurt komt van die in 1951!

Aantal zetels en aantal juristen Eerste Kamer 1951, 1981 en 2011

<i>Partijen</i>	<i>Aantal zetels</i>			<i>Aantal juristen</i>		
	1951	1981	2011	1951	1981	2011
CDA ²⁴	29	26	11	15	2	5
PvdA	14	29	14	5	5	3
VVD	3	12	16	2	4	9
D66	-	4	5	-	3	5
GroenLinks ²⁵	4	2	5	-	1	2
PVV	-	-	10	-	-	1
Overigen	-	2	14	-	-	3
<i>Totalen</i>	50	75	75	22 (44%)	15 (20%)	28 (37%)

²² Hiertoe ook gerekend sociale geografie, sociale wetenschappen en culturele antropologie

²³ Maximaal vijf Kamerleden per discipline

²⁴ In 1951: KVP, ARP en CHU.

²⁵ In 1951 alleen CPN; in 1981: CPN en PPR

Een vergelijking van het aantal juristen per fractie laat een verdeling zien die overeenkomt met die in de Tweede Kamer, waarbij in 2011 de vertegenwoordiging van de juridische discipline in de beide liberale fracties het meest opvallend is; meer dan vijftig procent in de VVD-fractie en zelfs honderd procent in de fractie van D66. Met uitzondering van de PVV-fractie zijn juristen in elk fractie sterker vertegenwoordigd dan in die van de Tweede Kamer. De relatief sterke vertegenwoordiging van juristen in de Eerste Kamer blijkt ook in verhouding tot de overige academici.

Aantal juristen en andere academici Eerste Kamer 1951, 1981 en 2011

<i>Disciplines</i>	<i>Juristen</i>			<i>Andere academici</i>		
	1951	1981	2011	1951	1981	2011
Economie				-	11	7
Sociologie ²⁶				1	5	3
Politologie				-	-	6
Overige ²⁷				4	14	16
<i>Totalen</i>	22 (81%)	15 (33%)	28 (47%)	5 (19%)	30 (67%)	32 (53%)

Deze cijfers bevestigen wel dat in toenemende mate sprake is van wat Bovens en Wille aanduiden als diplomademocratie.²⁸ Van de 75 leden telt de Eerste Kamer 60 academici. Ongeveer de helft van hen is jurist.²⁹

Uit de hier gepresenteerde cijfers³⁰ blijkt dat het aantal juristen in de ambtelijke dienst en in het parlement in de naoorlogse periode weliswaar is gedaald – met uitzondering van de Eerste Kamer – maar dat er, zeker in vergelijking tot andere academische disciplines, nog relatief veel juristen aan de kant van de overheid staan, in elk geval er deel van uit maken.

Daarnaast zien we in de naoorlogse periode een sterke groei van juridische producties, zoals wetgeving, beschikkingen en bezwaar- en beroepsprocedures. De groei van het aantal overheidsbevoegdheden en -taken betekent immers

26 Hiertoe ook gerekend sociale geografie en culturele antropologie.

27 Maximaal drie Kamerleden per discipline.

28 Bovens en Wille (2011) noemen, naast het voordelen zoals deskundigheid, vooral nadelen van deze ónevenredige belangenbehartiging. 'Hoger opgeleiden hebben nu eenmaal eigensoortige belangen, naast een eigensoortige politieke voorkeur. Ook zijn zij op andere punten niet representatief voor het electoraal. Zo hebben zij een relatief groot vertrouwen in het functioneren van de democratie en in het politieke bestuur. Aldus de conclusies van Bovens en Wille.

29 Ook onder de academisch opgeleide bewindslieden is het percentage juristen altijd relatief hoog geweest. Tot 1918 gold dat voor vrijwel alle bewindslieden (95%), maar ook in de periode 1994-2010 was het percentage juristen gemiddeld hoger dan die van alle sociale wetenschappers samen. Zie Bovens en Wille 2011, p. 74.

30 In bijlage 1 is een nadere onderverdeling opgenomen.

ook een juridische groei, want voor het ontstaan van overheidsbevoegdheden is een wettelijke grondslag vereist en een groot deel van het overheidsbeleid krijgt gestalte in de vorm van wetgeving. Het legaliteitsbeginsel is, ook in de uitbouw van de verzorgingsstaat, niet beperkt – integendeel³¹ – en als beleidsinstrument blijkt de wet ook bijzonder bruikbaar; vaak bruikbaarder dan andere instrumenten als subsidies en communicatiemiddelen. In het algemeen kan men stellen dat hoe groter het aantal juridische producties – wetten en andere regelingen, besluiten, contracten, convenanten – des te groter de noodzaak om juristen in te schakelen.

1.2 JURISTEN NEMEN AFSTAND VAN DE OVERHEID

Voor hen die de juridische discipline de meest aangewezen vinden om de overheidstaak uit te voeren en voor hen die nog de periode hebben meegemaakt waarin het aantal juristen in rijksdienst, zeker in de hogere functies, groot was, is het aantal juristen binnen de overheidsorganisatie – in departement en in parlement – zorgwekkend laag. Dat ligt vanzelfsprekend anders bij de juristen die later zijn binnengekomen en gewend zijn aan de vele collega's vanuit andere academische disciplines.³² Hoe men ook aankijkt tegen de getalsmatige verhouding tussen juristen en niet-juristen binnen de overheid, de verhouding tot de politiek-bestuurlijke macht lijkt een ingrijpende verandering te hebben ondergaan. De vroegere hechtheid – we zouden zelfs van eenheid kunnen spreken – kreeg niet alleen vorm door de loyale opstelling van de juristen als geschetst in de vorige paragraaf. De politieke machthebbers van hun kant waren betrokken bij het juridische werk. Zij waren trots op de codificaties³³ waaraan zij persoonlijk meewerkten.³⁴

Maar geleidelijk aan komt er afstand tussen de overheidsjuristen en de politiek. Door toedoen van beide kanten. Bij de overheidsjuristen groeide de opvatting dat bewindslieden, maar vooral leden van de Tweede Kamer, zich bij voorkeur niet teveel met de wetgeving bemoeien uit vrees dat het mooie wetsontwerp door slechte amendementen zou worden verprutst. Bij wetsontwerpen voor het Nieuw Burgerlijk Wetboek werd, met succes, bepleit dat

31 Böhrling (1958) toonde zich bezorgd over de ontwikkeling van dit beginsel in de verzorgingsstaat. Herhaaldelijk is vastgesteld dat het tegendeel het geval is gebleken. Zie onder meer: Hirsch Ballin 1982 en 1989, Van Ommeren 1996 en Voermans 2011.

32 Ofschoon ook juristen uit de latere generaties regelmatig constateren dat de ambtelijke dienst en het parlement te weinig juristen tellen. De aanleiding tot een zo'n constatering kan zijn dat de ambtelijke leiding, collega's van beleidsdirecties of Kamerleden, die geen jurist zijn, juridische overwegingen onvoldoende begrijpen of in elk geval in de ogen van de overheidsjurist onvoldoende serieus nemen.

33 Zie hierover Zwalve (2009).

34 Zie voor voorbeelden, waaronder Napoleon bij de totstandkoming van de Code Civil: Fockema Andreae (1945).

Kamerleden zouden volstaan met een korte algemene beschouwing over de ontwerpen.³⁵ Kamerleden van hun kant namen ook afstand van wetgeving en richtten zich vooral op hun overige politieke taken waarmee in politiek opzicht meer (stemmen)winst van te verwachten is.

Juristen hebben ook de nodige afstand genomen toen de naoorlogse politiek zich bewoog in de richting van de verzorgingsstaat. In dat begin sprak men van welvaartstaat. De al geciteerde oratie van Böhtlingk was een van de oraties waarin de opkomst van de welvaartstaat gelijk stond aan een crisis of zelfs het einde van de rechtsstaat. Na met instemming Hayeks *Road to serfdom* te hebben geciteerd, concludeert Böhtlingk: 'De enige manier om de rechtsstaat te redden ware dus de welvaartsstaat te verlaten.'³⁶

De overheidsinterventies groeiden in omvang en daarmee ook de juridische productie en de behoefte aan juridische expertise. Hiermee groeide het juridische terrein in omvang, niet alleen in instrumentele zin ten dienste van de overheid, maar ook in rechtsbeschermende zin tegen diezelfde overheid. Maar juristen stonden nu niet meer uitsluitend aan de kant van de (politiek-bestuurlijke) overheid. Op universitair terrein en binnen de rechterlijke macht nam de overheidskritische houding toe. Op privaatrechtelijk terrein treffen we dit in de rechtspraak over de onrechtmatige overheidsdaad. In de rechtspraaksgeschiedenis van de onrechtmatige overheidsdaad heeft de rechter vele malen het standpunt ingenomen dat de overheid rechte niet kan worden aangesproken als zij overheidstaken verricht.³⁷ Kort na de Tweede Wereldoorlog leeft nog de opvatting dat de overheid niet in al haar handelen door de onafhankelijke rechter aan het recht kan worden gehouden,³⁸ maar al vrij snel zien we in de naoorlogse periode dat de rechter, door toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, de overheid volledig de juridische maat

35 Polak (1979) wijst op de verwachting van overheidsjuristen dat hun werk dan ook door politici moet worden gerespecteerd. In 1976 werd met de kamerleden (via de commissie Justitie van de Tweede Kamer) afgesproken dat zij zich zouden onthouden van commentaar op het juridische werk. Zij zegden toe voortaan te zullen volstaan met enkele politieke opmerkingen.

36 Böhtlingk 1958, p. 14. Ook Cluysenaar (1959) en eerder al Polak (1951) uitten onrust over de mogelijkheid dat de rechtsstaat onverenigbaar zou blijken met de welvaartsstaat. Polak sprak nog van ordening, want eerst in 1952 werd het woord 'welvaartsstaat' gebezigd (door Van der Grinten). Een uitzondering op de zorgelijke betogen is de uiteenzetting van Donner (1957) die de term welvaartsstaat zelfs verwelkomt omdat het actuele staatsbeeld niet meer uitsluitend met de termen democratie en rechtsstaat kon worden weergegeven (p. 561). Overigens merkt Donner op dat de spanning tussen rechtsstaat en welvaartsstaat weliswaar weerbarstig is, maar de verhouding tussen rechtsstaat en democratie toch ook niet zo simpel is (p. 563).

37 In termen als 'de overheid als zodanig' (1871), het uitvoeren van 'publieke verplichtingen' (1896), '(niet) op gelijke voet als bijzonder persoon' (1928) en 'wanneer het een instructienorm betreft' (1939).

38 Met name de commissie Monchy (1950) ging nog uit van beperkingen op dit punt. Zo vond de commissie dat de onafhankelijke rechter het overheidshandelen niet mocht beoordelen aan de hand van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

neemt. De rechter gaat zelfs zover dat de overheidsaansprakelijkheid nog verder reikt dan die van de burger.³⁹ Wel wordt de overheid, anders dan de burger, hier en daar enige beleidsvrijheid gelaten. Grote calamiteiten aan het einde van de twintigste eeuw hebben ertoe bijgedragen dat vooral de overheid aansprakelijk werd gesteld. Deze ontwikkeling is door de groeiende opvatting dat de burger geen nadeel mag lijden en dat de overheid hiervoor in hoge mate verantwoordelijk is.⁴⁰ De ontwikkeling van het verzorgingsbegin- sel kan worden gezien als de apotheose van deze opvatting.

Op strafrechtelijk terrein komt de opvatting naar voren dat de belangrijkste functie van het recht niet is gelegen in de normering van het handelen van de burgers, maar in die van het overheidshandelen. Peters,⁴¹ die met deze opvatting veel juristen inspireerde, sprak hier van de secundaire controlefunctie van het recht. Op bestuursrechtelijk terrein is de gedachte dat de overheid rechtens moet kunnen worden aangesproken breed uitgewerkt; aanvankelijk door het onderbrengen van rechtsbeschermingmodaliteiten in afzonderlijke (administratieve) wetgeving – in het bijzonder op het terrein van ruimtelijke ordening en milieu – en algemener in de codificatie ervan in de Algemene wet bestuursrecht.

Binnen de juridische professie zien we deze overheidskritische ontwikkeling bevestigd, tot op de dag van vandaag. Voorzover de juridische aspecten van de (ministeriële) overheidsorganisatie deel uit maken van het universitaire curriculum gaat het vooral om het optreden tegen de overheid. Ook de rechtschepping door de overheid via wetgeving komt in de rechtenstudie nauwelijks aan de orde. Wie naar het programma voor de juridische bacheloropleiding in Nederland kijkt, waant zich in een common law land. Dit is des te opmerkelijker nu in een common law land als de Verenigde Staten wetgeving substantieel deel uitmaakt van het bachelorprogramma sinds daar door de overheid meer gebruik wordt gemaakt van wetgeving.⁴²

39 Spier en Stolker (1988) concludeerden tegen het einde van de vorige eeuw: 'Met name de laatste decennia slaat de slinger van de klok in wel zeer vergaande mate door naar overheidsaansprakelijkheid.'

40 Vanzelfsprekend speelde hierbij ook een rol dat de overheid over de nodige middelen beschikt en dat uitspraken van overheidsfunctionarissen bij calamiteiten ook de verwachting op schadevergoeding door de overheid schraagt. De uitspraak van premier Kok bij de vuurwerkramp van Enschede ('niemand mag hier blijvend nadeel van ondervinden') is hiervan een treffend voorbeeld. Deze uitspraak is een treffende vorm van wat Trappenburg de risico-regelreflex noemt. Zie Van Tol, Helsloot en Mertens 2011.

41 Zie bijvoorbeeld Peters (1972) in zijn oratie over het rechtskarakter van het strafrecht.

42 Zie o.m. Leib 2008. In Nederland wordt de beperkte aandacht voor wetgeving aan de universiteit al sinds lange tijd gevoeld. In 1977 merkt Van Eijkern al op: 'Hier te lande is in het algemeen ook in de rechtenstudie geen diepgaande beschouwing van het wetgeven ingebouwd.' Van Eijkern, in: Kan 1977, p. 40. Veel eerder al, aan het begin van de 20^{ste} eeuw, wees Hijmans erop dat het bij wetgeven om een eigen juridisch metier gaat dat dan ook meer en afzonderlijke aandacht zou moeten krijgen binnen de juridische professie: 'Het is, zooals ik bereid vroeger opmerkte, een groote fout, dat tot dusverre deze bezigheid nog

Welke gevolgen heeft deze ontwikkeling voor de opstelling van overheidsjuristen? Toen het recht en veel van zijn dienaren nog aan de kant van de overheid stonden was de positie van de overheidsjuristen evident. Maar nu dat niet of althans minder het geval is en de juridische professie (inclusief opleiding) meer overheidskritisch is geworden, lijkt de professionele oriëntatie van overheidsjuristen problematisch. Zij hebben tot taak de overheid te dienen terwijl hun professie zich overheidskritisch of zelfs overheidscontrair ontwikkelt. Binnen de juridische professie blijft hun beroepsuitoefening gewoonlijk buiten beschouwing.⁴³ Beschouwingen over de kenmerken van de juridische professie hebben vrijwel geen betrekking op de overheidsjurist.⁴⁴ Enkele malen ging de jaarrede van de voorzitter van de Nederlandse Juristenvereniging over de eisen die aan juristen en hun opleiding moeten worden gesteld. Niets van deze redes is van toepassing op overheidsjuristen.⁴⁵ Over de professionele eisen waaraan zij moeten voldoen heeft de NJV weinig te bieden.⁴⁶ In die zin maken overheidsjuristen niet of in zeer beperkte mate deel uit van de (algemene) juridische professie, die gericht is op het vertrouwde beeld waarin het recht gestalte krijgt door wetgeving en rechtspraak en waarin weinig besef is van het 'law-deciding mechanism' dat zijn werk doet binnen de uitvoerende macht.

Heeft het afnemend aantal juristen en de afstand die de juridische professie heeft genomen negatieve gevolgen gehad op het juridische overheidsterrein? Is de binding van het overheidshandelen aan het recht erdoor in negatieve zin beïnvloed? En zijn de overheidsjuristen in staat om de overheidskritische houding van hun beroepsgroep te verenigen met een professioneel aandeel in de uitvoering van de overheidstaak? Kritieken van binnen en van buiten de overheid wijzen op een problematische ontwikkeling op dit terrein. De volgende paragraaf is een verkenning van die kritiek.

niet als een bijzonder beroep beschouwd is, gansch aparten aanleg en studie vereischend.' Ik ontleen dit citaat aan het preadvies van Bouwes (2011, p. 5).

43 Elders treft men wel aandacht voor standaarden of codes voor overheidsjuristen. Hutchinson constateert dat de Amerikaanse rechters gewoonlijk hogere eisen stellen aan overheidsjuristen ten opzichte van andere juristen. Zij gaan ervan uit dat de overheidsjurist (a) handelt namens de overheid en het algemeen belang voorop stelt, (2) minder discretionaire ruimte toekomt, (3) tegelijkertijd professional en werknemer is en (4) minder vrij is in het maken van keuzen. Ook worden in America richtlijnen opgesteld voor diverse juridische functies. Zo hebben de *American society of International Law* en de *American Branch of the International Law Association* in 1990 een richtlijn opgesteld voor de juridisch adviseur bij het ministerie van Buitenlandse Zaken, getiteld *The role of the legal Advisor of the Department of State*.

44 Zie onder meer Sieburgh 2008, Loth en Gaakeer 2003, met name deel III en Brouwer 2005.

45 Een uitzondering hierop is de jaarrede 2009 van voorzitter Hoekstra, lid van de Raad van State.

46 De overheidsjuristen hebben wel hun eigen verenigingen: de Vereniging voor Wetgeving en Wetgevingsbeleid voor de wetgevingsjuristen en de vereniging JuristenRijk voor de overheidsjuristen (waartoe ook wetgevingsjuristen behoren).

1.3 KRITIEK OP HET JURIDISCHE OVERHEIDSTERREIN

Vanuit juridisch standpunt is het verleidelijk een relatie te leggen tussen het dalende aantal juristen bij de overheid en de kritiek op het juridische functioneren van deze organisatie. Intern is die verleiding weerstaan door de conclusie dat de uitoefening van de juridische functie binnen de overheid goed is,⁴⁷ ofschoon wel aanleiding bestond deze functie te versterken.⁴⁸

Extern, buiten de overheid, treffen we veel kritische noties. Een direct verband met een geringer aantal juristen of met een meer overheidskritische en afstandelijke beroepshouding van juristen is niet eenvoudig aan te tonen. Maar een gelijktijdig voorkomen zou in elk geval het verband tussen beide – een Wahlverwandschaft – plausibel maken. Het zou dan dus moeten gaan om de kritiek vanaf de laatste drie decennia van de vorige eeuw, de periode waarin de overheidskritische houding binnen de juridische professie en de afname van het aantal overheidsjuristen zich voltrokken. Wanneer ik mij beperkt tot de kritiek van terzake kundigen, dan vallen in die periode twee typen kritiek op: de kritiek van bestuurders op een juridische overdaad en de kritiek van juristen (van buiten de overheid) op een juridisch tekort. Ik geef die kritieken hieronder weer en zal vervolgens aangeven dat naar mijn indruk in die kritieken een harde kern zit die (ook) actuele betekenis heeft. Die kern is relativering van (het) recht.

Met deze kritieken is niet alle kritiek op het juridische overheidsterrein weergegeven. Wel meen ik de voor de aangegeven periode meest relevante kritiek te hebben weergegeven. Kritiek op de formele kant van het recht, op het ontoegankelijke taalgebruik, op de lange juridische procedures en op de lastige uitvoerbaarheid en naleefbaarheid blijft hier onbesproken. Dergelijk kritiek op het strikt juridische is allerm minst kenmerkend voor de laatste drie decennia van de vorige eeuw. Voor een deel geldt voor die kritiek wat volgens Koole geldt voor kritiek op de politiek: zij is van alle tijden.⁴⁹

1.3.1 Kritiek van bestuurders op een juridische overdaad

Een deel van de kritiek die zich richt op de relatie tussen recht en overheid kan worden samengevat als kritiek op teveel recht. De overheid wordt, zo luidt hier de kritiek, aan zoveel rechtsregels en juridische procedures gebonden dat adequaat en op tijd handelen niet meer mogelijk blijkt. De kritiek is vooral

47 De Visitatiecommissie Juridische functie en Wetgeving concludeerde dat de 'juridische functie op de ministeries (...) van hoge kwaliteit' is. Zie Visitatiecommissie 2007, Voorwoord.

48 Wat is aangepakt in het Programma Versterking juridische functie rijk. Zie voor het eindrapport van dit programma: <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2010/03/24/5647225-eindrapport-van-het-programma-versterking-juridische-functie-rijk.html>.

49 Koole 2006.

afkomstig van bestuurders op centraal en decentraal niveau. 'We moeten onze besluitvorming redden uit de greep van verstarring', stelde premier Balkenende tijdens de jaarvergadering van VNO/NCW op 7 februari 2008. Zijn collega-minister Eurlings beloofde Nederland uit het 'juridische moeras' te trekken, nadat hij tot de ontdekking kwam dat een spitsstrook bij Amersfoort drie jaar gesloten bleef omdat zijn juristen ten onrechte meenden dat een uitspraak van de Raad van State hiertoe noopte.⁵⁰

Een decennium eerder al waren de bestuurders en politici op centraal niveau al bestookt met eenzelfde protest tegen de juridisering van het openbaar bestuur van lokale en provinciale bestuurders, verenigd in de commissie Van Kemenade. De kritiek van de commissie werd kernachtig geformuleerd in een brief aan de Tweede Kamer:⁵¹

'Zoals in het Kabinetsstandpunt Juridisering in het openbaar bestuur (hierna: Kabinetsstandpunt) is aangegeven, hebben burgers, instellingen en politici in toenemende mate te maken met een sterke formalisering van onderlinge particuliere, maatschappelijke en bestuurlijke verhoudingen. De toenemende stroom van regels, de toenemende roep om de totstandkoming van regels, de intensiteit waarmee een beroep op de regels wordt gedaan evenals de daarop volgende toevloed aan juridische procedures in de relatie tussen burgers onderling en tussen burgers en overheid, leiden tot een ernstige juridische verdichting. Relaties en conflicten tussen burgers onderling, tussen burgers en bestuur en tussen bestuursorganen, dreigen primair en uitsluitend te worden beheerst door juridische instrumenten en procedures, waarbij er geen ruimte meer is om op een andere en meer informele basis met elkaar om te gaan c.q. geschillen (conflicten) op te lossen.'

De bestuurders konden weten dat het terugdringen van de 'regelstroom' geen sinecure is. Tien jaar eerder, aan het begin van de jaren tachtig, werd een begin gemaakt met de grootscheepse bestrijding van overregulering, toen als (vermeend) probleem van de burger. Onder leiding van Geelhoed⁵² werd gezocht naar minder en beter. Oplossingen in de strijd tegen overregulering werden gezocht in de verbetering van de wetgevingskwaliteit, in het beperken van

50 Het betrof de uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State d.d. 12 mei 2004 (nr. 200308160/1). In zijn brief van 9 april 2008 deelt de minister aan de Tweede Kamer nog mee dat niet alleen zijn juristen maar ook de Landsadvocaat hierbij betrokken was.

51 Brief van 1 november 1999, zie *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 360, nr. 2.

52 Eindbericht van de Commissie vermindering en vereenvoudiging van overheidsregelingen (commissie Geelhoed), *Kamerstukken II* 1983-1984, 17 931, nr. 9. In de jaren negentig vond een volgende dereguleringsoperatie plaats onder de naam 'Markwerking, deregulering en wetgevingskwaliteit', de MDW-operatie. De start van deze operatie markeerde ook het einde van de uit de vorige operatie voortkomende Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten, die – ook naar eigen oordeel – de dereguleringsgolf niet kon keren. Zie *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 400 VI, nr. 49.

de duur van wetten door het opnemen van een horizonbepaling⁵³ of een experimenteerbepaling, door zelfregulering,⁵⁴ door open normen⁵⁵ of andere alternatieven voor wetgeving⁵⁶ en ten slotte door tal van eisen te stellen aan de beslissing tot regelgeving. Dit laatste leidt tot aanzienlijke normenkaders⁵⁷ en de toetsing en beoordeling op basis van deze kaders.⁵⁸ Regeldruk is overigens geen typisch Nederlands probleem.⁵⁹ De genoemde oplossingen blijken niet altijd werkzame remedies⁶⁰

Huls en Stoter laten zien dat de belangengroepen, die regelmatig ageren tegen de regeldruk, zelf menigmaal de veroorzakers zijn.⁶¹ Geldt ook voor de overheidsbestuurders die ageren tegen regeldruk dat zij zelf menigmaal de veroorzakers zijn? Meer dan dat: zij zijn vaak de initiatiefnemers van wetgeving; onder hun gezag wordt de wetgeving voorbereid en zij zijn – met het parlement – de makers ervan.⁶² Overheidsjuristen hebben hierbij een adviserende functie. Omdat dit ook een ontradend advies kan zijn – een advies dat in de dagelijkse werkelijkheid ook regelmatig wordt gegeven – was het curieus dat de Raad voor economische adviseurs, in zijn advies aan de Tweede Kamer, de ambtelijke regelmakers als oorzaak van de regeldruk beschouwde.⁶³

Naast remedies tegen overregulering zijn die er ook tegen juridisering. De meeste aandacht en toepassing zijn gericht op mediation. Een van de belangrijkste pleitbezorgers is Brenninkmeijer: 'Je moet al dat juridische vermijden' is daarbij zijn devies.⁶⁴ Vanuit juridische zijde zijn wel de nodige bezwa-

53 Zie over de bruikbaarheid van de horizonbepaling voor deregulering: Eijlander en Van Gestel 2006.

54 Met de nota *Zicht op wetgeving* (1991) werd zelfregulering onderdeel van het wetgevingsbeleid.

55 Bepleit in WRR 2002.

56 Zoals certificering. Zie Evers 2002.

57 Zoals het IAK, het Integraal Afwegingskader voor beleid en regelgeving.

58 De regulatory impact assessments. Zie onder meer het proefschrift van Meuwese (2008).

59 Zie de internationale studie over regeldruk van Van Gestel en Hertogh (2006). Zij wijzen onder meer op het onderscheid tussen de objectieve en subjectieve regeldruk. Gebrek aan heldere definiëring en probleembepalingen verhinderen het treffen van effectieve maatregelen, naar het oordeel van Van Gestel en Hertogh.

60 Zie voor een reflectie hierop Westerman en Mackor 2008.

61 Stoter en Huls 2006.

62 Dat zij veel wetten bevorderen is overigens niet vreemd, omdat overheidsinterventies op grond van rechtsstatelijke overwegingen een wettelijke grondslag vereist is, zoals de Hoge Raad vaststelde in het bekende Fluorideringsarrest (HR 22 juni 1973, *NJ* 386). Overigens hebben bestuurders meer argumenten om tot wetgeving over te gaan, bijvoorbeeld om politiek symbolische redenen.

63 REA (2005). Zie ook het (vernietigende) commentaar op dit rapport van Drexhage (2006). Niettemin moet natuurlijk worden onderkend dat ook overheidsjuristen hun aandeel hebben in de juridisering. Het komt wel voor dat zij in hun ijver om een 'perfecte' wet te maken anticiperen op soms zeer theoretische situaties waarvoor dan ingewikkelde uitzonderingsbepalingen moeten worden gemaakt.

64 Hoekstra 2009a.

ren ingebracht tegen mediation als alternatief voor juridische geschilbeslechting.⁶⁵ Deze bezwaren nemen niet weg dat mediation een ruime toepassing heeft gekregen, ook door frequente verwijzing ernaar door de rechter waardoor niet alleen sprake is van acceptatie maar ook van benutting op juridisch terrein. Zoals de wetgever kan afzien van wetgeving op voorwaarde dat het probleem via zelfregulering wordt genormeerd, kan de rechter afzien van rechtspreken op voorwaarde dat het geschil via mediation wordt afgewikkeld.

1.3.2 Kritiek van juristen op een juridisch tekort

Naast de kritiek dat de overheid zich teveel bedient van het recht, in de vorm van regels en procedures, treft men ook de niet mis te verstane kritiek dat de overheid zich te weinig aantrekt van regels en procedures. De kritiek komt hier gewoonlijk niet van bestuurders en burgers maar van juridische professionals van buiten de overheid. Zij wijzen regelmatig en met klem op de voorvallen waarin de overheid grenzen van het recht overschrijdt met een beroep op enigerlei beleidsdruk, vaak waar het de veiligheid betreft. Ook deze kritiek richt zich nogal eens op de overheidsjuristen.

We onderscheiden hier critici die zich fundamenteel en in scherpe toon uiten. Zij genieten gewoonlijk weinig gezag binnen de overheid. We kunnen hierbij vooral denken aan de hoogleraren Tak en in mindere althans mildere mate Spijkerboer, die menen dat het bestuursrecht, in het bijzonder het bestuursprocesrecht zich vooral ten gunste van de overheid en ten nadele van de burger heeft ontwikkeld.⁶⁶ Tak meent dat Nederland 'aan het verworden (is) tot een machtsstaat' en dat we hier niet meer van een democratische rechtsstaat kunnen spreken.

Een veelheid van juristen, ook vanuit wetenschappelijk terrein, toont zich bezorgd om overschrijding door de overheid van de rechtsgrenzen met een beroep op de veiligheid. Het gaat dan gewoonlijk om verruiming van straf-

65 Met een veelheid van overwegingen – niet beperkt tot juridische – komt Vranken tot een negatief oordeel over mediation: 'Aan betrokkenen moet een rationaliteitsniveau worden toegeschreven dat volgens mij voor vrijwel niemand haalbaar is. Er wordt een gelijkheid van betrokkenen verondersteld die er gewoon niet is. Voorts heeft de onvoorwaardelijke nadruk op het individuele conflict als tegenkant een vergaande geslotenheid en in zichzelf gekeerdheid. (...) dan komt het er in de praktijk op neer dat zij de mediator nagenoeg blind moeten vertrouwen. Dat is een wel erg hoge prijs, niet achteraf als het allemaal gelukt is, maar wel vooraf bij wege van krediet. De overheidsrechter krijgt zoveel krediet niet.' Zie Vranken 2005, p. 137-138.

66 Zie Tak (2002), die zijn opvattingen later uitgebreider documenteerde in zijn 'het Nederlands bestuursprocesrecht in theorie en praktijk. In een interview met hem, onder de titel 'Op weg naar een totalitair systeem', zegt Tak dat 'de gevestigde orde de rijen sluit en critici (...) de wind uit de zeilen neemt'. Tot die gevestigde orde behoort niet alleen de overheid: 'Zelfs juridische tijdschriften nemen geen artikelen meer op' van Tak en andere leden van de 'Maastrichtse School'. (Bekkers en Warbroek, 2010). Zie ook Spijkerboer (2002).

processuele bevoegdheden en om beperking van grondrechten; soms ook om verruiming binnen het materiele strafrecht zoals de verruiming van het schuld-begrip, van medeplichtigheid, strafbare poging en de voorgenomen beperking van het ne bis in idem beginsel. In 2005 richtte een aanzienlijke groep juristen zich – met zorg om de rechtsstaat in deze – in een open brief tot de Minister van Justitie, Donner.⁶⁷

In de vakliteratuur treffen we regelmatig kritische kanttekeningen bij (vermeende) rechtsschendingen door de overheid. Een voorbeeld dat nog nader aan de orde zal komen betreft de vraagtekens die door Verhey⁶⁸ en later door Kortmann⁶⁹ werden gezet bij de grondwettigheid van het voorgenomen Boerkaverbod. De bewaking van onze rechtsstaat is niet uitsluitend van universitaire oorsprong. Zo waarschuwt toenmalig politicus en huidig bestuurder Wolfsen tegen te grote rechtsstaattooffers bij de bestrijding van het terrorisme.⁷⁰ Ook Tjeenk Willink en Brenninkmeijer laten zich – veelal qualitate qua – regelmatig kritisch uit over de (onvoldoende) mate waarin de overheid het recht respecteert.

Zoals gezegd richt de kritiek zich ook hier impliciet en soms ook expliciet op de overheidsjuristen. Expliciet treffen we dat bij Kortmann, die – enigszins cynisch – ‘mededogen’ toont ‘met degene die dit proza, al dan niet daartoe gedwongen, op zijn conto heeft staan’, en bij Verhey, die constateert dat ‘bij de totstandkoming van wetgeving onder politieke druk soms te gemakkelijk heen gestapt wordt over juridische en rechtsstatelijke beschouwingen’.

De meest omvangrijke kritiek op het terrein van recht en overheid komt op wanneer de overheid vanaf het begin van de verzorgingsstaat het recht gaat inzetten als beleidsinstrument. In de jaren vijftig van de vorige eeuw luidde menig jurist al de noodklok. In diverse oraties beweerde de aantredende hoogleraren dat hier van de bijl aan de wortel van de rechtsstaat kon worden gesproken.⁷¹ Zij meenden dat de rechtsstaat in gevaar was en kon worden verdedigd door te waken voor het legaliteitsbeginsel en de juridische aandacht te richten op de rechtsbescherming. Ofschoon Schuyt destijds constateerde dat na dit vroege verzet tegen een opkomende instrumentele dominant in het overheidshandelen juristen er vervolgens het zwijgen toe hebben gedaan,⁷² vermoedelijk te wijten aan een ‘verdoving van het legalisme’,⁷³ is het overgro-

67 Open brief aan de Minister van Justitie, *NJB* 2002, p. 1609.

68 Verhey (2007), p. 332.

69 Kortmann (2008).

70 Zie Wolfsen (2007). Men kan ook stellen dat Wolfsen hier in de eerste plaats jurist blijkt en in de tweede plaats politicus of bestuurder. Wolfsen verzet zich in dit artikel tegen de opvatting van de hoogleraar Fijnaut (2007) die meent dat van naïviteit sprake is indien men in de strijd tegen het terrorisme niet bereid is tot een onconventionele houding ten opzichte van de rechtsstaatsbeginselen. Mogelijk was Fijnaut geïnspireerd door het toen recente boek van Posner (2006).

71 Zie de in noot 23 genoemde auteurs.

72 Schuyt 1978.

73 Schuyt 2006; de term is van de journalist Van Randwijk.

te deel van het naoorlogse juridische discours direct of indirect gericht op de instrumentele overheid. Zonder twijfel hebben vele juristen zich er pragmatisch mee verhouden, maar daarnaast zijn uiteenlopende en fundamentele bezwaren of waarschuwingen geuit: omdat het recht naar zijn aard niet aan de kant van het bestuur staat (Peters⁷⁴), de instrumentele opstelling leidt tot overschrijding van rechtsnormen (Kortmann⁷⁵) of tot principieel andere handelwijzen leidt dan aanvankelijk bedoeld (Hoekstra⁷⁶).

Tot op heden gaat vrijwel elk betoog of debat over de juridische dimensie van de overheid direct of indirect over de instrumentele hantering van het recht. De kritiek op de antiterrorismewetgeving, op de Crisis- en herstelwet en op de vele bevoegdheden aan de burgemeester om tot achter de voordeur op te treden zijn daarvan enkele voorbeelden. In de jaarlijkse algemene beschouwing van de vice-president van de Raad van State, veel artikelen, oraties en proefschriften gaan in de kern over de instrumentalisering van het recht door de bestuurlijke – veelal centrale – overheid. Hierbij zien we vanaf de jaren negentig het accent van de kritiek verschuiven van de effectiviteitsdominantie naar de efficiënciedominantie. De laatste is een reactie op de opkomende metafoor ‘de overheid als bedrijf’.

Ten overvloede merk ik op dat de instrumentele hantering van het recht geen typisch Nederlands verschijnsel is. Meest vergaand in instrumentele richting is vermoedelijk de ontwikkeling in de Verenigde Staten van Amerika. In zijn ‘Law as means to an end’ beschrijft Tamanaha deze ontwikkeling met uitermate zorgelijke conclusies in relatie tot het bestaan van de rechtsstaat.⁷⁷ De instrumentele rechtshantering die hij beschrijft beperkt zich overigens niet tot het bestuur. Velen, zo niet iedereen in de Amerikaanse samenleving, zetten het recht zoveel als mogelijk naar eigen hand om de eigen doelen te kunnen verwezenlijken. De kritiek op de instrumentele hantering van het recht is geleidelijk aan steeds meer genuanceerd. De opvatting dat het instrumentele karakter van recht en wetgeving maar een deel is van de werkelijkheid en dat dit karakter goed samengaat met het rechtsbeschermende kent vele aanhangers. Vooral op bestuursrechtelijk terrein is deze zienswijze wijdverbreid.⁷⁸

74 Peters 1972.

75 Kortmann 2009.

76 Hoekstra 2009b.

77 Tamanaha 2006.

78 Zie De Haan, Drupsteen en Fernhout (2001). De aanduiding ‘sociale rechtsstaat’ geeft al aan dat het om meer gaat dan om de eisen van de traditionele rechtsstaat. Veel eerdere drukken hadden de ondertitel ‘instrument en waarborg’. De schrijvers beschouwen effectiviteit en efficiency weliswaar als buitenrechtelijke factoren. Andere schrijvers op bestuursrechtelijk terrein zien deze criteria wel als grondslagen van het bestuursrecht (Van Wijk, Konijnenbelt en Van Male 2008) of van de rechtsstaat (Zijlstra 1997).

Binnen het strafrecht bestaat grotere weerstand tegen een instrumenteel rechtsgebruik, maar ook hier treffen we genuanceerde opvattingen.⁷⁹

1.3.3 De actuele kern van de kritiek: rechtsrelativering

Wat in de huidige periode opvalt, is dat de kritiek regelmatig in alarmerende, soms zelfs in apocalyptische termen wordt geformuleerd. Ik doel hier op hantering van de stelling dat Nederland in een juridisch moeras is terecht gekomen⁸⁰ en dat het juridische zelf het probleem is als het om de overheid gaat.⁸¹ Ook op de kritiek waarin de veronderstelling wordt uitgesproken of zelfs de conclusie wordt getrokken dat het recht in de ramsj is terechtgekomen,⁸² dat de *raison d'Etat* regelmatig voorrang krijgt boven rechtsnormen,⁸³ dat we kunnen (gaan) spreken van wegwerprecht⁸⁴ en dat we in ons land niet meer kunnen spreken van een rechtsstaat.⁸⁵

De kritiek gaat hier niet om het strikte van het recht (oude kritiek) of op de wijze waarop de overheid het recht hanteert (waardoor het recht van functie verandert,) maar om de betekenis en het bestaan van het recht als normatief kader voor het overheidshandelen. Als toetssteen van het overheidshandelen en als bescherming van de burger tegen dit handelen, heeft het recht volgens de genoemde critici afgedaan en bestaat – nu of binnenkort – aanleiding om het recht, voorzover het deze op de overheid gerichte functie betreft, bij het oud vuil te zetten. Volgens de genoemde auteurs treft de overheid in het algemeen blaam, maar ook de overheidsjuristen in het bijzonder. Kortmann en Verhey – beide voormalig overheidsjurist – spreken in termen van deernis en verwijt.

79 In hun inmiddels tot klassieker geworden werk over het instrumentalisme op juridische terrein stellen Foqué en 't Hart onder meer dat het recht altijd al een instrumenteel element heeft gekend. Zij verzetten zich wel tegen wat zij noemen het 'kale' instrumentalisme. Ofschoon zij dit begrip niet definiëren doelen zij hiermee op regelgeving die uit beleidsoverwegingen voorkomt zonder ergens aan te sluiten bij levende rechtsopvattingen zoals die in rechtspraak, binnen enige juridisch discours of anderszins tot uiting is gekomen of tenminste ergens aansluiting bij vindt. Een recent voorbeeld daarvan lijkt mij het Voorstel van wet houdende een regeling in de sociale zekerheid van de rechtsgevolgen van het niet aantonen van de leefsituatie na het aanbod van een huisbezoek. Eerder hadden ombudsmannen van diverse gemeenten deze praktijk bekritiseerd. Toen deze praktijk ook geen genade kon vinden in de ogen van de rechter, nam de minister het initiatief om het bij wet te regelen.

80 Uitspraak van de voormalige minister van Verkeer en Waterstaat, Eurlings.

81 Aldus Brinkman, 2007.

82 Zie Van der Heijden, 1999.

83 Zie de afscheidsrede van Kortmann (2009).

84 Zie onder meer in deze termen: Zouridis 2009 ('Het gevaar van wegwerprecht neemt toe', p. 335) en Peters ('En dus worden wetten vaak als wegwerpartikel beschouwd ...'), zie: Albrecht 2009.

85 Een voorbeeld treffen we in het interview met Tak.

De kritiek op de overheid is hier dat uit het (in strijd met het recht) handelen van de overheid en uit de opinie van de bestuurders zou blijken dat de overheid het recht herhaaldelijk of zelfs systematisch minder belangrijk acht. Bij het nemen van beslissingen krijgen andere dan juridische overwegingen, zoals financieel-economische en politieke overwegingen, een zwaarder gewicht in de afweging. Daarmee wordt het recht gerelativeerd. De onder bestuurders levende negatieve opvattingen over het recht – zoals verwoord door de commissie Van Kemenade – lijken daarvoor de argumentatie te vormen. Aan het recht wordt minder betekenis toegekend wat de drempel om de rechtsnorm niet te gehoorzamen zal verlagen. Vanzelfsprekend beweert geen van de genoemde auteurs dat dit op alle terreinen van het recht altijd het geval is, maar de gegeven kritieken zijn lang niet altijd gericht op incidentele gevallen.

1.4 RECHTSRELATIVERING ALS VERSCHIJNSEL

Mocht inderdaad sprake zijn van een meer dan incidentele, wellicht zelfs systematisch relativering van het recht door de overheid dan lijkt hier een probleem in zicht te komen dat de kern van onze rechtsstaat treft. We hebben dan immers te maken met een kloof tussen de formele en de werkelijke rechtsstaat. Het in ons land relatief sterk doorgevoerde legaliteitsbeginsel⁸⁶ – als element van de formele rechtsstaat – zou toch veel van zijn belang verliezen wanneer de binding van overheidshandelen aan wettelijke normen in de praktijk van het overheidshandelen niet als een belangrijke binding wordt ervaren met vermoedelijke consequenties voor het feitelijke gedrag van de desbetreffende actoren binnen de overheid.⁸⁷ Ons rechtsstatelijk besef en ons vertrouwen in de rechtsstaat lijkt dan niet meer te zijn dan een ‘vals bewustzijn’.

Toch zijn er nog enkele vragen stellen over de vermeende rechtsrelativering en over daaruit te trekken conclusies in termen van rechtsstatelijke manco's of crisis. De eerste vraag waarop ik wil ingaan is die naar de mogelijkheid van rechtsrelativering. Is recht een object dat kan worden gerelativeerd (paragraaf 1.4.1)? Indien het antwoord op deze vraag bevestigend is, dan is de vraag aan de orde of rechtsrelativering een nieuw fenomeen is of dat al langer sprake is van een proces van relativering (paragraaf 1.4.2). Ten slotte is de vraag aan de orde of rechtsrelativering wel een probleem is (paragraaf 1.4.2.4 en 1.6). De vraag hoe rechtsrelativering in de overheidspraktijk kan worden vastgesteld komt in een afzonderlijke paragraaf (1.5) ter sprake.

⁸⁶ Zie Voermans 2011.

⁸⁷ In algemene zin is de opvatting van mensen meest richtinggevend voor de vraag welke normen zij volgen, zo blijkt uit de (meest) omvangrijke theorievorming op dit punt, de klassieker van Tyler (2006).

1.4.1 Is rechtsrelativering mogelijk?

Relativering van het recht, in de zin van verzwakking van de betekenis ervan, is niet in elke benadering van het recht even goed voorstelbaar. Om te kunnen spreken van rechtsrelativering moet het recht kunnen worden gezien als een object met een gegeven betekenis. Dat is mogelijk voor hen die het recht als een systeem beschouwen. Veel minder voorstelbaar lijkt daarom relativering van recht in een hermeneutische benadering volgens welke het recht geen geheel is met een bepaalde betekenis, maar iets dat nog betekenis moet krijgen. Die betekenis kan het recht dan krijgen vanuit de sociale werkelijkheid of door enigerlei discours binnen een *'interpretative community'* waarbij het recht de gemeenschappelijke taal verschaft waarin uiteenlopende standpunten en belangentegenstellingen kunnen worden verwoord.⁸⁸ In zekere zin is de hermeneutische benadering zelf te beschouwen als een relativering van het recht als systeem. Eigenschappen of beginselen die het rechtssysteem tot systeem maken – zoals eenduidigheid en rechtszekerheid – zijn in deze benadering van mindere betekenis.

In een benadering van het recht als systeem waarin de interpretatie van toekomstige feiten al klaar moet liggen, is het hebben van een groot aantal interpretaties voor eenzelfde feit een (rechtswetenschappelijk) probleem.⁸⁹ In een hermeneutische benadering van het recht is dit eerder positief te duiden omdat het recht hier door het discours binnen de interpretative community kennelijk functioneert.⁹⁰

Waar ik in dit kader spreek van relativering van het recht door de overheid is deze een relativering van de binding van de overheid aan het (geldende, positieve) recht. Is dit niet voorstelbaar binnen een hermeneutisch perspectief? Aan binding van het overheidshandelen aan het recht zou dan worden voldaan wanneer enigerlei strijdigheid van dit handelen met enig binnen het recht te legitimeren belang steeds onderwerp kan zijn van het discours binnen de

88 Van Zaltbommel (1993) heeft het onderscheid tussen beschouwingen van het recht als systeem onderscheiden van deze hermeneutische (en empirisch-analytische) benaderingen. Zijn oordeel over de hermeneutische benaderingen is uitermate kritisch, met als centraal argument het ontbreken van een discours dat in deze benaderingen juist een centrale betekenis heeft.

89 Stolker (2003) snijdt dit probleem aan in zijn betoog over de rechtswetenschap. Als voorbeeld noemde hij de negen interpretaties van de casus *Wrongful life*.

90 Zie voor een dergelijke stellingname: Westerman en Wissink 2008. Of beide auteurs zich hiermee tot de hermeneutici bekennen is dan overigens nog wel de vraag. Carel Smith (2009) wijst erop dat we het hier over een verzamelnaam van gedifferentieerde benaderingen hebben waartoe personen soms huns ondanks gerekend worden: 'Dat de door hen genoemde auteurs kunnen worden geclassificeerd als 'hermeneutici', betekent dus niet dat zij allemaal zijn geïnspireerd door de wijsgerige hermeneutiek van o.a. Gadamer. Maar net zoals Monsieur Jourdain al 40 jaar lang proza sprak zonder te weten wat dat was, is het mogelijk een standpunt te hebben dat naderhand blijkt te zijn verwoord door een filosofische stroming.'

desbetreffende *interpretative community*. Maar zeker waar de overheid partij is moet worden getwijfeld aan het bestaan van zo'n community en meer nog over de vraag of daar 'recht wordt gedaan' nu van een veronderstelde gelijkheid van partijen gewoonlijk geen sprake zal zijn. Hoekema heeft lang geleden al gewezen op de dominantie van maatschappelijke partijen, waar in de werkelijkheid ook geen democratische controle zal functioneren. Zelfs wanneer de overheid niet meer een hiërarchische maar een horizontale relatie onderhoudt met haar burgers en daarom optreedt als een met die burgers onderhandelend bestuur, dan is, zo constateert Hoekema mijns inziens terecht, nog geen sprake van een open discussie met gelijke kansen. Integendeel, juist onderhandelend bestuur heeft 'de handen vrij om flexibel en slagvaardig bepaalde beleidsresultaten na te streven en daarbij vrijmoedig met rechtsregels (...) om te springen.'⁹¹ Deze bestuurlijke vrijheid wordt volgens Hoekema nog vergroot door de informaliteit – en dus beperktere controleerbaarheid – die eigen is aan onderhandelend bestuur.

Met de constatering dat het recht iets moet zijn dat kan worden gerelativeerd, laat zich de vraag stellen of het recht naar zijn aard wel kan worden gerelativeerd.

Een derde vraag is of rechtens de overheid kan worden verboden het recht te relativiseren. Naast bewindspersonen die soms al handelend blijken te geven de binding van de overheid aan het recht minder serieus te nemen ontmoette ik een minister – een jurist – die welbewust, met aan de geschiedenis van de rechtsstaat ontleende argumenten, deze binding als algemene norm betwistte. Twee argumenten, die ik heb opgevat als zijn hoofdargumenten luiden: (a) De aanleiding voor de Franse Revolutie, de oorsprong van onze huidige rechtsstaat, was niet dat het Ancien Regime zich te weinig aan de wet hield maar juist te strikt en (b) de overheid is er niet om wetten op te volgen maar om politieke doelen te realiseren. Hoewel de historische betekenis van de Franse revolutie moeilijk kan worden ontkend, is ze als historische referentie niet eenduidig. Gelet op feitelijke omstandigheden in en rondom deze revolutie kan op uiteenlopende elementen worden gewezen, zoals de economisch deplorabele stand van zaken, het pamflettisme tegen de koning, de chaos die volgde en ook het formalisme van het Ancien Regime. Maar de betekenis die deze revolutie krijgt is toch gekoppeld aan de vestiging van de democratische rechtsstaat – waarvan binding van de overheid aan het recht een belangrijk element is – ook al laat die vestiging dan nog lang op zich wachten. Dit laatste geldt niet zozeer voor de binding van het koningschap aan de constitutie, maar wel voor het algemene kiesrecht en ook voor de ontwikkeling van het legaliteitsbeginsel.

91 Hoekema 1990, p. 123.

Het tweede argument van de eerder bedoelde bewindspersoon – dat de overheid er niet is voor het opvolgen van normen – raakt aan de discussie van de doelmatigheid in het recht. Voor de binding van de overheid aan het recht kan dat betekenen (a) dat het overheidshandelen daarmee ook aan eisen van doelmatigheid wordt beoordeeld, (b) dat het doelmatigheidsoordeel mogelijk zwaarder kan wegen dan het rechtsoordeel en (c) dat voor de toepassing van de bindingsregel, het legaliteitsbeginsel, doelmatigheidsoverwegingen een rol kunnen spelen.⁹² Op de doelmatigheid binnen het recht, een punt dat de rechtswetenschap vanaf Van Jhering bezighoudt, kom ik in het navolgende nog nader terug.

Vanuit rechtssociologisch perspectief kan nog de vraag worden gesteld of van rechtsrelativering door de overheid kan worden gesproken, wanneer een dergelijke relativering zich al heeft voltrokken. Indien al vaststaat dat het concept rechtsstaat, waarvan het legaliteitsbeginsel in de kern deel uit maakt, een uitsluitend formele aangelegenheid blijkt te zijn zonder een daarop gerichte praktijk, dan is de relativering waarover ik het hier heb toch al compleet? Dit lijkt de conclusie te zijn van Griffiths die concludeerde dat wij er beter aan doen om het begrip rechtsstaat niet in empirische zin te gebruiken. Hij voegde daar aan toe dat geen enkele ‘feitelijke staat (...) deze zaligmakende situatie’ benadert.⁹³

De reden voor Griffiths om aan elke rechtsstaat een feitelijk bestaan te ontfangen ligt niet zozeer in de binding of de gehoorzaamheid van de overheid aan het recht, maar aan het gebrekkige resultaat van de rechtsstaat gemeten aan rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. Het zijn pretenties die geen staat (empirisch vaststelbaar) waarmaakt. Maar dat geldt niet voor de feitelijke binding van de overheid aan het recht, die vorm krijgt in de naleving ervan. In de naleving van de normen van de rechtsstaat door de overheid onderscheiden de staten zich wel. Nazi-Duitsland, Stalins Rusland en vele ontwikkelingslanden zijn dan de voorbeelden van landen met een gebrekkige naleving. Op het niveau van de nationale overheid noemt Griffiths als enig Nederlands voorbeeld de politieke acties in Indonesië.

De onderliggende vraag die ik in deze studie stel is of wij in feitelijke zin van een Nederlandse rechtsstaat kunnen spreken juist gelet op de naleving van rechtsnormen door de overheid. Overigens ga ik er daarbij niet van uit dat ons land thuishoort in het door Griffiths genoemde rijtje. Voor de veronderstelling dat wij in ons land met dit type tirannieke overheid te maken hebben zie ik geen concrete aanwijzingen.

92 Dit laatste volgt Voermans (2011) waar hij spreekt over de functionele toepassing van het legaliteitsbeginsel.

93 Griffiths 1989, p. 100.

1.4.2 Rechtsrelativering als proces

De relatie die ik legde tussen de nieuwe kritiek en rechtsrelativering door de overheid betekent nog niet dat rechtsrelativering een nieuw verschijnsel is. Eerder zie ik een langer lopend proces van relativering waaraan de vraag verbonden kan worden hoever die kan gaan zonder aan het recht zijn betekenis geheel, in elk geval substantieel, te ontnemen. Om het weergeven van een relativeringproces mogelijk te maken moet eerst het uitgangspunt worden bepaald: ten opzichte van welke periode sprake is van relativering? Mijn vertrekpunt is gelijk aan die welke Duncan Kennedy hanteert bij zijn schets van zijn *Three globalizations of law and legal thought*, de tweede helft van de 19^e eeuw.⁹⁴ De eerste helft van de 19^e eeuw, ook wel de juridisch gouden eeuw genoemd, is dan het referentiepunt van de te schetsen relativering. In die periode is door toedoen van Von Savigny c.s. een ‘echte’ rechtswetenschap ontstaan en door de codificatie – die altijd weer lastig te begrijpen is tegen de achtergrond van de historische school – is het recht zo compleet dat het door de rechter (en door juristen in het algemeen) langs deductieve weg aan deze wetgeving is af te leiden. Een grotere rechtszekerheid als die in dit klassieke rechtsdenken is niet goed denkbaar.⁹⁵

1.4.2.1 Maatschappij boven recht (tot 1940)

De eerste fase waarin het recht zich in positieve zin aanpast maar die tegelijkertijd kan worden opgevat als relativering is die welke begint met de aanslag op het formalistische rechtsdenken van de 19^e eeuw. Ik zie hierbij even af van het betoog van Tamanaha dat deze eeuw in feite minder formalistisch was dan nu wel wordt gedacht.⁹⁶ De grote aanval erop begint in elk geval met de vrije rechtsleer, in het bijzonder met de publicatie van Hermann Kantorowicz onder het pseudoniem Gnaeus Flavius: *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*.⁹⁷ Het gebruik van een pseudoniem was een suggestie van zijn vriend Gustav Radbruch die – aanmerkelijk diplomatieker en politiek gevoeliger dan Kantorowicz – de stormachtige reactie voorzag, die hinderlijk zou kunnen

94 Kennedy 2006.

95 Ik realiseer me dat het concept van Von Savigny niet gelijkgesteld mag worden met de werkelijkheid ten tijde van Von Savigny. Westerman (2011) contrasteert de benadering van Von Jhering dan ook niet tegenover Von Savigny maar tegenover die van Grotius. In de context volsta ik met de het denken van Von Savigny omdat deze hier (slechts) als referentie en niet als te onderzoeken werkelijkheid dienst doet.

96 Ik zie hierbij even af van het betoog van Tamanaha (2007) dat deze eeuw in feite minder formalistisch was dan nu wel wordt aangenomen. Volgens Tamanaha hebben rechtssociologen in het begin van de twintigste eeuw, zoals Roscoe Pound, het laatste deel van de 19^e eeuw bewust zo beschreven om hun eigen opvatten daarmee te contrasteren en als nieuw te presenteren.

97 Zie over het ontstaan van het boek en de relatie tussen Kantorowicz en Radbruch: Kantorowicz Carter 2005..

zijn voor een hoogleraarbenoeming voor zijn jonge vriend. Kern van het manifest was dat de bijdrage die het recht zou moeten leveren aan de samenleving en niet, zoals tot dan toe, een formele hinderpaal.

Het gaat hier om de periode die Kennedy aanduidt als *the social* en die hij al in de 19^e eeuw laat beginnen bij het verzet van Von Jhering, dat fundamenteel was geformuleerd dan het manifest van Kantorowicz maar (nog) nauwelijks effect ressorteerde. Niettemin ziet Kennedy Von Jhering als de 'undisputed grandfather of the social'.⁹⁸ Rudolph von Jhering opponeerde in de 19^e eeuw tegen de klassieke rechtsopvatting in het bijzonder de opvatting (van Von Savigny) dat het recht een uit de cultuur voortkomend geheel van concepten en beginselen is. Von Jhering stelde in zijn in 1877 geschreven boek *Der Zweck im Recht* dat het recht te beschouwen is als een instrument dat door individuen en organisaties kan worden ingezet om hun doelen te kunnen bereiken.⁹⁹

De essentie is hier op te vatten als een maatschappelijke aanpassing van het recht, waarbij het wordt ontdaan van het haast sacrale karakter ervan. Het recht moet de werkelijkheid dienen en daarvan zijn afgeleid (is-to-ought in de woorden van Kennedy).¹⁰⁰ Belangrijke consequenties zijn dat doelmatigheid een rechtsbeginsel wordt (Radbruch), de rechter de vrije – althans ruime – hand krijgt bij het interpreteren van het recht en steeds meer een onderscheid wordt gemaakt tussen het recht in theorie en het recht in de praktijk. De woorden van Roscoe Pound 'law in the books and law in action' zijn de basis gebleven voor vrijwel elk rechtssociologisch onderzoek. Pound meende overigens dat met het einde van de 'mechanical jurisprudence' de rechtszekerheid nog niet verloren was gegaan. Vanuit de aan zijn denken verwante stroming die we aanduiden met *Legal realism* is dat standpunt uitdrukkelijk betwist.¹⁰¹

Het is in de context van deze studie niet zinvol om uitvoerig stil te staan bij alle aspecten en discussies van en over deze periode. Zij zijn bekend en goed gedocumenteerd. In dit kader gaat het mij om de constatering dat deze periode niet alleen als een verbetering, in ieder geval als sociale aanpassing, van het recht kan worden beschouwd, maar ook als (eerste) relativering van het recht. Bij Pitlo komen we de kwalificatie 'relativering' ook tegen waar hij spreekt over deze periode.¹⁰² Pitlo heeft de ontwikkeling van de vrije rechtsleer, de aanpassing van het recht aan het sociale geduid in termen van relativering, waarbij hij Eggens siert met de titel 'heraut van de relativering.' Pitlo beschouwde deze periode van relativering als een eindige periode. In de tijd waarin hij zijn boek schreef (eerste druk 1969 en tweede druk 1972) meende

98 Kennedy 2006. p. 57 voegt hieraan toe: 'John Maynard Keynes was perhaps its genius.'

99 Het boek van Von Jhering verscheen in 1913 in Amerika onder de titel 'Law as means to an end. Later zou Tamanaha deze titel overnemen, nu niet als pleidooi maar als ernstige waarschuwing tegen het instrumentalisme op het rechtsterrein.

100 Die deze fase (de social) tot 1968 laat voortduren.

101 Onder meer door Jerome Frank in zijn *Law and the modern mind*.

102 Pitlo 1972, met name hoofdstuk V, vanaf p. 82.

hij dat die relativering nog voortduurde – hij sprak, met zijn voorliefde voor het zoeken van parallellen in de kunstgeschiedenis, van een periode van ‘maniërisme’ – maar dat binnen afzienbare tijd een wending te zien zou zijn. Pitlo toont enige twijfel bij de inschatting van de betekenis van de ontwikkeling in het licht van de toekomst. Hij geloofde in een wisselend verloop zoals de slinger van de klok en zegt overigens het relativeringproces te zien als een overgangperiode naar een betere fase.¹⁰³ Tegelijkertijd waarschuwt hij voor de negatieve gevolgen ervan:

‘Als het recht (...) door een te ijle relativering onhanteerbaar wordt, zal de jurist terug moeten keren op zijn schreden, zijn wetenschappelijke waarheden het zwijgen opleggen, terug tot op de plaats, waar het recht als dienende functie begon te falen.’ (p. 97).

De relativering van het recht in deze periode, die vooral een relativering van de rechtszekerheid is blijkt niet alleen in een vrije rechtsvinding door de rechter¹⁰⁴ maar meest uitgesproken komt deze, ook recent, naar voren in beweringen dat met het recht veel, zo niet alles kan worden beweerd¹⁰⁵ en dat die juridische beweringen (dus) niet voldoen aan de daaraan te stellen eisen van rationaliteit.¹⁰⁶

1.4.2.2 *Macht boven recht (1940-1945)*

Recht is nauw verbonden met machtsuitoefening, in het bijzonder met de opvatting dat recht ongewenste machtsuitoefening beheerst. Niet alleen die tussen burgers onderling, maar vooral ook die van de overheid ten opzichte van de burgers. Steeds is daarbij de verwachting dat de overheid zich onderwerpt aan het recht – op basis van enigerlei historisch proces of aanname – wat voor burgers dan weer aanleiding is het overheidsgezag te aanvaarden. Legaliteit is, zo gezien, een belangrijke voorwaarde voor legitimiteit. Tijdens de Tweede Wereldoorlog werd de Nederlandse samenleving geconfronteerd met een situatie waarin deze band tussen legaliteit en legitimiteit volledig werd doorgesneden. In plaats van een onvervreemdbaar eigendom voor ieder bleek het recht een door de machthebber over te nemen boedel. Naar inhoud (rechts-

103 Op p. 55 schrijft Pitlo, enigszins esoterisch: ‘Aangaan zullen de lichten pas weer, wanneer onder de gloed van een alom als leidinggevend erkende gedachte een consolidatie uit het gistingsproces, dat wij thans doorleven, zal zijn ingetreden.’

104 Zoals kernachtig beschreven in de klassiekers van Wiarda (1999) en Van Gerven (1973).

105 Eerder noemde ik al de zorg die Stolker uitte bij de bevinding dat voor eenzelfde casus negen interpretaties mogelijk bleken. Pregnanter treffen we dit bij Spitzer (2008), die ik verderop nog zal noemen. Ook in ons land komen we dergelijke beweringen tegen, zoals bij Winter (2008, p. 91): ‘het ene standpunt even goed verdedigbaar is als het andere.’

106 Zoals in ons land gesteld door Vranken 2005.

leer) en gedaante bleef het recht in stand, maar diende de doelstellingen van de vijandige bezetter.

Het 'succesvolste werk onder de inleidingboeken',¹⁰⁷ dat van Van Apeldoorn, bleek eenvoudig aan te passen door invoering van nazibronnen zoals *Mein Kampf*. Hier toont zich andermaal de flexibiliteit van het recht. Venema wijst daarop. Hij demonstreert daarbij de beperkte zichtbaarheid van de nazi-infiltratie in de tekst van Van Apeldoorn door aan te geven dat de tekst die in 1943 vanuit naziperspectief was ingevoegd niet geheel verdween bij de naoorlogse bewerking ervan door Langemeijer.¹⁰⁸

Niet alleen het recht waarin de aankomende studenten werden onderwezen kon betrekkelijk eenvoudig worden gekaapt, dat gold ook voor de rechtspraktijk. De rechterlijke macht en de advocatuur zetten hun functioneren voort, zij het gezuiverd van Joodse rechters en advocaten. De zwarte bladzijde is voldoende beschreven om hier met een verwijzing te volstaan. Voor betrekkelijk recente publicaties kan worden verwezen naar het proefschrift van Venema over de positie van de Hoge Raad in de Tweede Wereldoorlog, de studie van Meihuizen over de advocatuur in die periode en de laatste publicatie van Jansen en Venema.¹⁰⁹ De recente publicaties zijn meer analytisch dan die uit de decennia na de oorlog. Zo geeft Venema een aanmerkelijk positiever beeld van de met het Duitse regime meewerkende ambtenaren dan De Jong. Venema spreekt van een utilitaire opvatting van overheidsambtenaren en rechters die meenden dat de Nederlandse burgers uiteindelijk meer gebaat zouden zijn bij hun aanblijven en meebewegen. Kiezen voor de exit-optie zou er immers toe leiden dat hun taken door fanatieke nazi's zou worden overgenomen. Met die overweging namen de secretarissen-generaal – toen nog vrijwel allen jurist – hun (verzwaarde) bestuurlijke taak op zich. Vanuit een zelfde invalshoek zou de Hoge Raad het Toetsingsarrest hebben gewezen. In dit arrest van 12 januari 1942 oordeelde de Hoge Raad dat de verordeningen van de bezetter niet konden worden getoetst aan internationale wetgeving omdat deze verordeningen onder de toen geldende omstandigheden als Nederlandse wetgeving moesten worden beschouwd. Dit arrest is vermoedelijk de meest kernachtige uiting van de suprematie van macht boven recht. De hoogste rechter blijkt geen rechtsbescherming te kunnen bieden en stelt bovendien vast dat de regels van de bezetter als recht moeten worden beschouwd.¹¹⁰

107 Aldus Jansen 1994. (C.J.H. Jansen, *Van Kemper tot Telders; onderzoeken naar anderhalve eeuw inleidend juridisch onderwijs in Nederland*, Zwolle, Tjeenk Willink 1994).

108 Zie Venema 2003 (D. Venema, 'Van Apeldoorns Inleiding en de flexibiliteit van open rechtsnormen', *R&R* 2003, nr. 1, p. 13-25).

109 Venema 2007, Jansen 2008, Meihuizen 2010 en Jansen en Venema 2011. De laatstgenoemde publicatie was aanleiding voor de historische toespraak op 17 november 2011 van de president van de Hoge Raad Corstens, waarin hij de kritiek op het optreden van dit hoogste rechtscollege in de oorlogsjaren aanvaarde en onderschreef.

110 Naast het proefschrift van Venema, treffen we tal van reflecties op dit arrest, onder meer in Venema, De Groot-van Leeuwen en Mertens 2008.

Wellicht ten overvloede wijs ik erop dat naast de geschetste houding van met de bezetter meebewegen – in de loyale vorm zoals Van Apeldoorn¹¹¹ deed of in de pragmatisch-utilistische vorm zoals velen dat deden – ook onder juristen een meer principiële houding voorkwam, variërend van openlijk verzet (zoals Cleveringa) tot meedoen met behoud van een rechte rug (zoals Donner¹¹²). Het verschil in opstelling betrof veelal de handelwijze van de bezetter ten opzichte van de Joodse medeburgers. Dit verschil leidde tot tal van controversen die in de naoorlogse periode vaak nog lang voortduurden. In juridisch-academische kring is de meest bekende – en tevens langdurige – controverse ongetwijfeld die tussen Meijers en Pitlo. Daarbij reageerde Meijers vanuit een kritische houding over Pitlo's opstelling tijdens de oorlogsperiode en was de reactie van Pitlo aan het adres van Meijers volgens Meihuizen 'op zijn zachtst gezegd onfatsoenlijk'.¹¹³ Historische aanleiding was een publicatie van Polak,¹¹⁴ promovendus van Meijers, die op verzoek van de uitgever en met instemming van Polak op naam van Pitlo was uitgegeven, ervan uitgaande dat de bezetter de publicatie anders zou tegenhouden. Pitlo zou na de oorlog terughoudend zijn geweest om te verklaren dat hij niet de schrijver, maar slechts de *stand in* was geweest. Jarenlang is gespeculeerd over zijn houding tijdens de oorlog, in het bijzonder tegenover joodse juristen. Meihuizen heeft enige jaren geleden onderzoek gedaan naar deze kwestie en oordeelde kritisch aan het adres van Pitlo.¹¹⁵ Veel eerder had deze in een interview verklaard dat hij 'niets fout had gedaan, maar integendeel een Jood had geholpen' en voegde daaraan toe: 'Meijers was fout ingelicht en dacht dat ik het wel fout had gedaan. En Meijers herzag nooit een mening. Ik ben ervan overtuigd dat hij later begrepen heeft dat hij zich vergist heeft. Maar hij nam nooit iets terug, dat was uitgesloten!'¹¹⁶

Waaruit bestaat de relativering van het recht als gevolg van de Tweede Wereldoorlog? Allereerst in de ervaring dat het recht niet machtskritisch maar machtsafhankelijk bleek te zijn. Noties van hoger recht waren, als gevolg van de vermaatschappelijking in de eerste helft van de twintigste eeuw, al gerelativeerd, maar nu manifesteerde het recht zich in de meest instrumentele zin als willoos werktuig in handen van de bezetter en, nog verdergaand, als legitimatie voor het handelen van de bezetter. Daarnaast daalde ook het

111 Pitlo verklaarde de opstelling van Van Apeldoorn uit de aard van zijn studierichting, het Oud-Vaderlands Recht. Die studierichting genoot in Duitsland het nodige aanzien terwijl zij in Nederland een marginale status genoot ('boerenfluitjesrecht'). Zie Meihuizen 2007, p. 39-41.

112 Zie De Ruiter 2003.

113 Meihuizen 2007, p. 63.

114 C.H.F. Polak. Het betrof de nieuwe uitgave van *Schets van het Nederlandsch burgerlijk recht*, oorspronkelijk geschreven door Veegens en Oppenheimer.

115 Meihuizen 2007.

116 Zie Van Dunné, Boeles en Heerma van Voss 1977, p. 219.

aanzien van de hoogste rechtsinstanties omdat deze zich nauwelijks verzetten c.q. konden verzetten (zoals de Hoge Raad) of omdat sprake was van sympathie voor de bezetter en diens opvattingen (zoals de Landsadvocaat¹¹⁷).

De relativering van het recht krijgt in deze periode ook gestalte in een relativering van rechtszekerheid. Venema wijst erop dat niet alleen de nationaal-socialistische rechters zich bedienden van wel zeer ruime interpretatiemethoden, maar dat de naoorlogse rechters in deze vergaande relativering van het positieve recht voortgingen om tot hun veroordelingen van collaborateurs te komen. Die ruime uitleg ging nog aanzienlijk verder dan die in de voorafgaande periode van vermaatschappelijking van het recht. Redelijkheid en billijkheid zijn in de naoorlogse periode 'een hoofdrol gaan spelen in het burgerlijk recht'.¹¹⁸ Op strafrechtelijk terrein is het recht met nog grotere vrijheid toegepast om hen die meewerkten met de bezetter te kunnen straffen. Er moest gestraft worden.¹¹⁹

Niet alleen maakten de Nederlandse burgers kennis met een uitzonderlijk ruime uitleg van het recht bij de bestraffing van collaborateurs. Dat was ook het geval bij het rechtsherstel voor de getroffen en. Veel Joodse burgers, die in de oorlog hun geld en bezittingen waren ontnomen, moesten ervaren dat de Nederlandse overheid – in het bijzonder de Raad voor het Rechtsherstel als uitvoeringsinstantie – haar taak in deze zeer ruim interpreteerde. Veraart concludeerde dat de Nederlandse overheid – in tegenstelling tot de Franse – weinig ambitie toonde om op dit punt de terugkeer naar de democratische rechtsstaat te bevorderen.¹²⁰ Niet alleen de wijze waarop met het recht werd omgegaan in de oorlogsperiode, maar ook in de hersteljaren na de oorlog heeft het aanzien en de functie van het recht zonder twijfel gerelativeerd. Ripert concludeert zelfs dat het recht in de ogen van de burgers vaak belachelijk was geworden en meende dat sprake was van een maximale relativering van het recht, een 'déclin du droit'.¹²¹

In ruimer kader zien we nog een andere relativering van het recht, voortkomend uit de oorlogsperiode, namelijk de relativering van het positieve recht in het algemeen. Zij die het bestaan van het recht tot het positieve recht willen beperken kregen een zware bewijslast. Het was toch juist de positivistische redenering die ertoe had geleid dat het regulerend optreden van het naziregime aanspraak kon maken op een juridische legitimering, zoals de Hoge Raad ook

117 Meihuizen besteedt ruim aandacht aan de nationaal socialistische oriëntatie van Landsadvocaat Van der Does en toont weinig begrip voor diens aanblijven. Van der Does heeft zijn prestigieuze functie tot 1965 voortgezet, ondanks zijn lidmaatschap van het Nationaal Front en handelwijzen die getuigden van sympathie voor de bezetter.

118 Venema 2007, p. 377.

119 Romijn (2002) schreef over de 'hardheid en rechtlijnigheid in het optreden tegen de "foute" Nederlanders' (p. 3).

120 Veraart 2005.

121 Ripert 1949 meende dat de burgers steeds makkelijker de wettelijke verplichtingen zouden gaan negeren.

deed in het genoemde Toetsingsarrest? Er leek maar één oplossing mogelijk om te voorkomen dat het recht aan welke macht dan ook kan worden onderworpen en dat is de acceptatie van een bovenliggend, machtsversterkend, normenkader. Een diversiteit aan natuurrechtelijke, niet moreel neutrale normenkaders zag het licht en zij die vasthielden aan positivisme en rechtszekerheid zagen zich genoopt ten minste enig water in de wijn te doen.¹²²

Impliceren natuurrechtopvattingen een relativering van het recht? Voor zover we rechtvaardigheid als een deel van het recht beschouwen – en dat is in deze opvattingen per definitie het geval – kan moeilijk van relativering worden gesproken. Maar wanneer we ons beperken tot het positieve recht dan impliceert de claim van natuurrechtdenkers dat recht rechtvaardig moet zijn wel een relativering van het (positieve) recht. Natuurrecht krijgt uiteindelijk voorrang boven het positieve recht. Een buitenrechtelijke rechtvaardiging voor burgers die in de jaren zeventig veel aandacht heeft gekregen is het concept van burgerlijke ongehoorzaamheid. Verder dan een beroep op buitenrechtelijke principes gaat de claim van zoiets als een alternatief voor (een deel van) het positieve recht in de stelling ‘Uw rechtsstaat is de onze niet’.¹²³

1.4.2.3 *Beleid boven recht (na 1945)*

De hier gekozen periode is niet zo eenvoudig onder één noemer te vatten als de titel van deze paragraaf suggereert, ook niet waar het hier om maar één invalshoek hoek gaat. Kennedy onderscheidde in deze naoorlogse periode twee grote maatschappelijke ontwikkelingen (*globalizations*): *the Social*, zijn tweede fase, die hij dateert van 1900 tot 1968 en zijn derde fase, gedateerd van 1945-2000, die hij van drie etiketten¹²⁴ voorziet: *policy analysis*, *neoformalism* en *adjudication*.

In de door Kennedy geschetste ontwikkeling van het recht zien we zowel continuïteit als verandering. De continuïteit krijgt uitdrukking in de voortzetting van *the Social*, na de Tweede Wereldoorlog niet meer alleen gericht op de bevordering of bescherming van specifieke belangen, zoals humane omstandigheden bij de arbeid, maar op vele belangen. Zoals de ontwikkeling van de sociale zekerheid, de pensioenen en de arbeidsongeschiktheidsmaatregelen om mensen weer in het arbeidsproces te krijgen. De sterke groei van de beleidsproductie maakte dat beleidsanalyse een kernpunt werd van de politieke en bestuurlijke activiteit. Veel aandacht, in toenemende mate ook wetenschappelijke aandacht, ging naar het maken van een goede afweging van en naar

122 Zie, bijvoorbeeld, Hart die concludeert dat we niet zonder ‘a minimal content of natural law’ kunnen. Bij (de naoorlogse) Radbruch zien we de rechtszekerheid minder gewicht krijgen ten gunste van rechtvaardigheid.

123 Niet alleen gekoppeld aan de protestbeweging in de jaren zestig maar (door Hertogh) ook gekoppeld aan de opvatting van bestuurders die zich verzetten tegen de voor onze rechtsstaat kenmerkende rechtsbescherming tegen overheidshandelen.

124 Kennedy noemt de volgende drie: *policy analysis*, *neoformalism* and *adjudication*.

het vinden van een balans in de uiteenlopende belangen, waarbij het kunnen anticiperen op de effecten van overheidsmaatregelen centrale aandacht kreeg.

Die afweging krijgt ook juridisch gestalte. In ons bestuursrecht komen de beginselen van behoorlijk bestuur en andere normen tot stand die het belangenafwegende overheidshandelen normeren. Daarmee groeit de mogelijkheid om tegen het overheidshandelen op te komen. Dit vormt een van de aanleidingen om aan de rechter een centrale plaats te geven. Andere aanleidingen zijn de handhaving van een groeiende regelgeving waarvan de rechter vaak het eindstation is, de toenemende individualisering en de mogelijkheid om zelfs formele wetgeving bij de rechter te betwisten met een beroep op verdragsrechtelijke grondrechten.

Opkomen voor de eigen identiteit met een beroep op mensenrechten is in de naoorlogse periode een van de elementen die leidde tot een toenemend aantal juridische procedures. In Nederland is dit geen aanleiding om, zoals in Amerika, te gaan spreken van een juristocratie, maar zowel de genoemde procedures als, zeker in ons land, de toenemende regelgeving maakte juridisering hier bij herhaling tot agendapunt.

Kennedy geeft aan dat in zijn derde fase het juridische zwaartepunt bij de rechter is komen te liggen en dat dit zwaartepunt in de 19^e eeuw bij de hoogleraren in de rechtswetenschap lag en in de periode van *the Social* bij de wetgever. Ofschoon ook voor ons land de rechter een prominente positie heeft, is ook het aandeel van de wetgever groot gebleven. Op sommige beleidsterreinen is – in de woorden van Zouridis¹²⁵ – zelfs sprake van een totale ordening. De wetgeving verschoof steeds meer van het juridische terrein naar het beleids-terrein. De instrumentele hantering van wetgeving bracht ik al ter sprake in het voorafgaande.

Dat de wet steeds meer als instrument werd ingezet betekende nog niet dat dit instrument steeds succesvol bleek bij de realisering van het beleid.¹²⁶ Daarop is juist een deel van de kritiek op het instrumentalisme gericht. Naast deze kritiek noemt Van Aeken de associatie met totalitaire regimes en de onvruchtbaarheid van sturing van bovenaf.¹²⁷ In dit bezwaar spiegelt de diffuusheid van de ontwikkelingen in de tweede helft van de twintigste eeuw, zoals die ook bij Kennedy tot uiting komt. Er is een toename van beleid voortkomend uit het naoorlogse streven naar welvaart voor iedereen en dus een toename van sturing en dus een toename van juridisering, maar daarnaast

125 Zouridis 2009.

126 Seidman and Seidman (2011) merken hierover op 'many laws looking to social change do not work.' Hun remedie is de ILTAM-methode (Institutionalist Legislative Theory and Methodology), een vooral rationale benadering van wetgeving waarvan *evidence based law making* deel uit maakt. Vooral op rechtssociologisch terrein zijn veel publicaties verschenen over (voorspelbaar) niet functionerende wetgeving. Over het verbieden van mobiel bellen in auto's, in weerwil van de – zelfs voorzienbaar – gebrekkige effectiviteit is herhaald gepubliceerd. Zie o.a. Amendola 2008 en Hahn en Dudley 2002.

127 Van Aeken 2005.

brengt de naoorlogse gevoeligheid voor totalitaire regimes en voor hiërarchische sturing veel verzet tegen die sturing. Dat verzet neemt af naarmate de oorlog verder weg is en binnen de overheid een bedrijfscultuur wordt binnengebracht. Ook op die ontwikkeling wees ik eerder. Met die laatste ontwikkeling is een sterker verzet tegen juridisering ontstaan.¹²⁸

In de hier geschetste periode ziet Kennedy een neoformalisme opkomen, maar nu niet – zoals in de 19^e eeuw – op het terrein van het contractenrecht, maar op die van regulering van markten en op terreinen waar emancipatie van groepen aan de orde is. Markt en emancipatie worden zó belangrijk gevonden dat we op de genoemde terreinen een strikte, deductieve uitleg van de wet zien. Zij die door de wetgeving geholpen worden in hun emancipatiestreven dringen aan op deze strikte hantering van de regelgeving. Op het terrein van de regulering van markten doet de Europese Commissie dat.

Ofschoon de periode na 1945 eigenlijk niet met één etiket kan worden weergegeven, heb ik deze periode toch als één fase samengevat. Als beschrijving van deze periode zou dit een onverantwoorde samenvoeging zijn en bovendien een te korte samenvoeging omdat juist in deze periode de ontwikkeling zich niet onder een enkel thema laat beschrijven. Mij gaat het hier echter wel om maar één aspect, namelijk die van verdere rechtsrelativering. Die gaat in bepaalde mate samen met de juridisering in deze periode. In bepaalde mate, vooral waar we zien dat de eerdergenoemde juridische overdaad leidt tot het zoeken naar alternatieven voor juridische vormen, in het bijzonder naar alternatieven voor wetgeving, wat een depreciatie impliceert. Anderzijds wijst juridisering juist op de grote bruikbaarheid van het recht en wint daardoor de juridische functie aan belang. Het is nog niet eenvoudig vast te stellen of de depreciatie van het juridische en het zich richten op de niet-juridische weg een grotere betekenis krijgt dan het toenemende belang van het juridische als gevolg van de juridisering.

De belangrijkste relativering van het recht in deze periode is naar mijn inzicht die welke samenhangt met de toegenomen beleidsgerichtheid en die ertoe leidt dat (a) dat recht steeds meer een 'gewone' randvoorwaarde van het beleid is naast andere¹²⁹ en (b) dat de grens tussen recht en beleid vervaagt¹³⁰ en (c) dat het recht, in het bijzonder de wet, tot instrument van het beleid is geworden. Dit instrumentalisme is te zien als een voortzetting van de doelmatigheid die in de eerste helft van de vorige eeuw in het recht kwam; eigenlijk al eerder door Von Jhering. Die doelmatigheid was toen nog deel van het recht, werd vervolgens een concurrerende norm om vervolgens een

128 Zie Foqué 1999, die de samenhang tussen het binnenbrengen van de bedrijfsmetafoor en de afwijzing van het juridische concreet aanwees.

129 Zoals Snellen (1989 en 2007) heeft benadrukt met zijn betoog over rationaliteiten waarvan de juridische er een is.

130 Zie Van Kreveld 1990 en Stoop 2005. Ook de benadering van Hirsch Ballin (1979), leidt tot een vervaging van de grens tussen beleid en recht, zij het dat in zijn visie niet het beleid de wereld van het recht binnendringt maar juist andersom.

aan het recht gestelde norm te worden.¹³¹ Over dit instrumentalisme is veel kritiek geuit¹³² en zelfs de nodige weerstand.¹³³ Maar er zijn ook de nodige nuancerende en zelfs relativerende beschouwingen, waarin wordt gewezen op het feit dat ook met binding aan het recht een doel wordt nagestreefd.¹³⁴ Anderen hebben het beleidsprimaat als onontkoombaar beschouwd.¹³⁵

1.4.2.4 Rechtsrelativering en rechtsrelativisme

In de voorafgaande schets heb ik rechtsrelativering gebruikt voor elke stap waarmee werd afgedaan aan het beeld van het positieve recht als exclusief normensysteem waarin het recht op objectieve wijze kon worden gevonden. De eerste stappen waren beperkingen van die exclusiviteit. Aan normen of beginselen buiten het positieve recht werd ook normatieve betekenis toegekend, niet omdat het recht onbelangrijk werd geacht maar onvolmaakt bleek. Daarom werden vanaf eind 19^e eeuw normen van maatschappelijke zorgvuldigheid of van doelmatigheid tot het recht gerekend ook al maakten ze geen deel uit van het positieve recht.¹³⁶

Met de ‘erkenning’ van andere normen of beginselen werd het recht niet minder belangrijk. Ofschoon minder strikt, verloor het positieve recht niet zijn normatieve kracht en werd – afgezien van de gebruikelijke normovertredingen – gehoorzaamd door de *law abiding citizens*, waartoe vrijwel alle burgers konden worden gerekend tot het einde van Kennedy’s periode *the Social*, eind jaren zestig. Het positieve recht werd niet langer door iedereen beschouwd

131 Zie het recente preadvies van Voermans (2011) waarin hij de gelding van het legaliteitsbeginsel afhankelijk stelt van doelmatigheidsnormen.

132 Zie al de eerdere paragraaf 1.4.2.

133 Treffende voorbeelden van wetten die weerstand wekken zijn de wetten die men wel aanduidt met de term ‘politieke wetten’. Zie, bijvoorbeeld, in *NRC Handelsblad* van 4 maart 2009, p. 7, waarbij als voorbeelden worden genoemd (a) de initiatiefwet tegen kraken waarvan de Raad van State opmerkte dat het een oplossing is op zoek naar een probleem, (b) het wetsvoorstel om de ontslagvergoeding te beperken tot 75.000 euro waarvan de Raad van State concludeerde dat het om een willekeurige en onbillijke grens gaat, waarna de minister al onmiddellijk laat weten dat hij aan het zware dictum van de raad voorbij zal gaan en (c) het voorstel om taakstraffen uit te sluiten in geval van geweld- en zedenmisdrijven, waarop de Raad voor de Rechtspraak ongebruikelijk scherp reageerde in termen van ‘grote staatsrechtelijke bedenkingen’.

134 Zie ook onder 1.4.2. Daarnaast bevat de omvangrijke studie van Foqué en ‘t Hart (1990), naast zorg, de nodige relativering. Zij beperken hun afkeer tot wat zij ‘het kale instrumentalisme’ noemen. Sterk relativerend is ook Vermeule (2007) in zijn bespreking van Tamanaha’s *Law as means to an end*. Hij wijst met name erop dat ook met beginselen van rechtsstaat een doel wordt beoogd, zij het vaak impliciet. Zo kan men vinden dat de binding aan het recht belangrijk is om chaos te voorkomen. Zo gezien is het ook begrijpelijk dat de regels van Fullers *inner morality of law* bepalen wel zijn opgevat als doelmatigheidsnormen. Zie in die benadering: Maris, 1990, in het inleidende hoofdstuk.

135 Zie, naast de eerdergenoemde oraties uit de jaren vijftig: Bos 1990.

136 Deze ‘maatschappelijke’ normen werden later vaak wel – via rechtspraak of wetgeving – in het positieve recht opgenomen.

als een objectief normenkader maar als het resultaat van politieke keuzen. Ook de interpretatie van het positieve recht kon niet meer los worden gezien van het referentiekader van het interpreterende individu. Het beeld van objectieve rechtsvinding maakte plaats voor dat van heuristische interpretatie waarbij intersubjectiviteit het hoogst haalbare is.

Zolang de erkenning van normen en normenkaders buiten het positieve recht en de 'ontdekking' van de subjectiviteit ervan niet betekent dat het positieve recht zijn belang aan het verliezen is, kunnen we beter spreken van rechtsrelativisme dan van rechtsrelativering. Daarbij kunnen we nog een onderscheid maken tussen politiek-ethisch en theoretisch rechtsrelativisme.¹³⁷ Het theoretische slaat dan op de erkenning van de subjectiviteit, op de afhankelijkheid van (de uitleg van) het positieve recht van de interpretatiekaders die in een bepaalde groep wordt gehanteerd. De term politiek-ethisch rechtsrelativisme wijst op de politieke, ethische (of sociale) normenkaders naast het positieve recht waardoor dit laatste niet meer als het exclusieve normenkader wordt beschouwd. In de periode vanaf eind jaren zestig zijn deze normen of normenkaders niet zozeer, in elk geval niet uitsluitend, te zien als een reparatie van onvolkomenheden in het positieve recht maar als alternatief voor dat recht. De buitenrechtelijke normen(kaders) zijn nu niet meer de aanvullingen op het rechtssysteem; zij zijn concurrerende normen(kaders) geworden.

Ook de ontwikkeling in de jaren zestig is naar mijn mening op te vatten als rechtsrelativisme, niet als rechtsrelativering. Zelfs bij de erkenning van burgerlijke ongehoorzaamheid, een erkenning van het op gelegitimeerde wijze afwijken van het positieve recht, worden aan deze ongehoorzaamheid strikte voorwaarden verbonden.¹³⁸ Het positieve recht verloor in deze naoorlogse benadering haar algemene gelding door de genoemde (inter)subjectieve interpretatie ervan en de gehoorzaamheid aan dit recht werd een individuele verantwoordelijkheid. Maar ter wille van de intersubjectiviteit rustte een degelijke motiveringsplicht op het subject. Wijzen op het betrekkelijke van het recht volstond zeker niet.¹³⁹

137 Ik doe dat in navolging van Van Manen 1989. Zie ook Hoekema en Van Manen 2000, p. 171.

138 Schuyt (1973, p. 350) noemt vier voorwaarden: (1) het aangeven van de wetten waartegen of de omstandigheden waaronder geprotesteerd kan worden; (2) het aangeven wannéér en waarom de verplichting tot gehoorzaamheid wegvalt; (3) het aangeven van de interne ethiek die in acht genomen moet worden tijdens en na het protest, het aangeven van de vormen die burgerlijke ongehoorzaamheid kan aannemen en de middelen die het kan aanwenden en (4) het aangeven en het afwegen van de positieve en negatieve gevolgen van acties van burgerlijke ongehoorzaamheid, zowel op korte als op lange termijn; zowel bedoelde als onbedoelde gevolgen.

139 Schuyt (1973, p. 393) vindt dat niet alleen verantwoording moet worden afgelegd voor ongehoorzaamheid, maar ook voor gehoorzaamheid. Hij pleit voor een 'Camusiaanse model', verwijzend naar Camus die wees op de revolutionaire plicht wanneer dit op ethische gronden werd gevegd, en tegen het 'Eichmanniaanse model', waarmee Schuyt verwees naar de stelling van de oorlogsmisdadiger Eichmann die stelde dat hij niet verantwoordelijk kon zijn voor de gevolgen van zijn gehoorzaamheid.

Ook al is het positieve recht niet onbelangrijk geworden, het lijkt in de periode vanaf eind jaren zestig aan gezag te hebben ingeboet. Vermoedelijk is die verandering het best te typeren in de door Ewick en Silbey gehanteerde termen, namelijk als een overgang van 'before the law' naar 'with the law'.¹⁴⁰ In het rechtsbewustzijn is het beeld van het positieve recht een boven alles staand normenkader naar recht als een normenkader dat zich laat gebruiken en daarmee de mogelijkheid biedt het spel te spelen. Het gaat, zoals ook door de genoemde auteurs bedoeld, niet om een definitieve stap van de ene naar de andere conceptie van recht, maar om een accentverschuiving. Uit de noties van recht bij de door Ewick en Silbey ondervraagde individuen blijkt dat een deel van het positieve recht zonder meer wordt gevolgd, een ander deel uitsluitend wordt benut en dan nog een deel waartegen men zich verzet met een negatieve en cynische houding (aangeduid als *against the law*).

In het voorafgaand is aan de orde geweest dat ook de overheid zich *with the law* is gaan verhouden waar we spreken over een instrumentele hantering van het (positieve) recht. Ook komen vragen op naar de mogelijkheid van een te legitimeren ongehoorzaamheid door de overheid. Ook deze ontwikkeling kan worden begrepen onder rechtsrelativisme. De vraag die in deze studie aan de orde is of we in de actuele periode te maken hebben met een overgang van rechtsrelativisme naar rechtsrelativering, waarmee ik een overgang bedoel naar een afnemende betekenis van het recht. Van recht dat wordt afgewogen met andere normen (of belangen) en dus gewicht in de schaal legt, naar recht dat nauwelijks of niet wordt meegewogen en daarmee niet meer van gewicht is.

1.5 RECHTSRELATIVERING DOOR DE OVERHEID ALS OBJECT VAN ONDERZOEK

Wat is de empirische werkelijkheid van rechtsrelativering door de overheid? Met de overheid beperk ik mij in dit kader tot de bestuurlijke en medewetgevende centrale overheid. Institutioneel gaat het hier om de overheidsfunctie die wordt uitgeoefend door de ministeries onder leiding van ministers en staatssecretarissen. Het overheidshandelen is formeel het handelen van en namens de minister, maar in dit kader gaat het om het feitelijke overheidshandelen als uitkomst van de interactie tussen bewindspersoon, beleidsambtenaren en overheidsjuristen. Door de interactie in hoofdzaak te richten op deze spelers vereenvoudig ik de werkelijkheid, waarin ook andere spelers kunnen worden waargenomen (zoals politiek adviseurs, Kamerleden en journalisten). Deze vereenvoudiging dient de onderzoekbaarheid zonder de problematiek zelf tekort te doen. Daargelaten of men de genoemde actoren tot de belangrijkste zou willen rekenen, zijn zij ongetwijfeld de hoofdrolspelers waar het de

140 Ewick and Silbey 1998.

relativering betreft. Daarbij komt dat mijn aandacht zich vooral zal richten op het aandeel van de overheidsjurist in de relativering. Voor hem zijn de bewindspersoon en de beleidsambtenaren de belangrijkste medespelers. De beleidsambtenaren ziet hij als partners in beleid,¹⁴¹ de bewindspersoon is degene op wie de overheidsjurist zijn advies, direct of indirect, richt.

In de volgende paragrafen breng ik de actoren nader in beeld. In deze paragraaf ga ik verder in op de vraag hoe rechtsrelativering in de handelingspraktijk is vast te stellen. In het algemeen is daarvan sprake als iemand (a) handelt in strijd met het recht zonder (b) dit handelen te rechtvaardigen. Wanneer mijn buurman 50 kilometer per uur door onze straat – waar de maximaal toegelaten snelheid 30 kilometer per uur is – en daarop aangesproken zijn schouders ophaalt of reageert met een ‘hoe zo 30 kilometer per uur?’ dan is duidelijk dat hij deze norm relativeert. Evenzo geldt voor de overheid dat sprake is van rechtsrelativering wanneer de genoemde actoren in strijd handelen met op het overheidshandelen van toepassing zijnde rechtsnormen zonder dit te rechtvaardigen. Het gaat bij handelen in strijd met rechtsnormen en bij het niet rechtvaardigen daarvan gewoonlijk niet om absolute grootheden. Er bestaat lang niet altijd volledige zekerheid over de vraag of de rechtsnorm is overtreden. Dat de buurman de rechtsnorm overtrad kan met een hoge mate van zekerheid worden vastgesteld. Die zekerheid is minder waar het gaat om de vraag of onze overheid militair mag deelnemen aan het binnenlands verzet tegen een dictator in een ander land. Ofschoon denkbaar is dat mijn buurman zich niet bewust was van de overtreding, ga ik ervan uit dat de genoemde actoren binnen de overheid dat wel zijn. Van overheidsjuristen kan dat worden verwacht en zij treden op als adviseurs van de andere actoren zo dat alle actoren zich bewust zullen zijn van het eventuele nonconforme handelen.

Ook voor de vraag of het handelen voldoende serieus is gerechtvaardigd is geen absoluut criterium. Evenals bij de juridische zekerheid is de rechtvaardiging een kwestie van meer of minder. In het volgende hoofdstuk zal een gradatie aangeven in de mate van juridische zekerheid over de nonconformiteit met het recht en in de mate van rechtvaardiging ervan. In het later onderzoek (hoofdstuk 3) kan het overheidshandelen dan worden beoordeeld op de mate van juridische zekerheid over de non-conformiteit en de mate waarin de rechtvaardiging serieus kan worden geacht. Aan de hand van deze beoordeling kan dan de mate van rechtsrelativering worden vastgesteld. Bij volledige juridische zekerheid over de non-conformiteit en het volledig ontbreken van een rechtvaardiging is sprake van maximale rechtsrelativering. In het volgende hoofdstuk zal het hiernavolgende schema verder worden ingevuld.

141 Zo luidt ook de titel van het eindrapport van een programma dat, onder leiding van de directeuren Wetgeving en Juridische Zaken van de ministeries, versterking van de juridische functie inhield. Zie Partner in beleid 2010a.

<i>Mate van relativering</i>	<i>Juridische zekerheid</i> ¹⁴²	<i>Rechtvaardiging</i>
++	volledig	geen
+		
-		
--	geen zekerheid	serieus

Met betrekking tot de rechtvaardiging laat zich nog de vraag stellen of überhaupt een rechtvaardigingsmogelijkheid bestaat wanneer de rechtsnorm is overtreden. Het juridische antwoord daarop luidt dat dit alleen mogelijk is indien het recht zelf die mogelijkheid biedt.¹⁴³ Indien daarvan geen sprake is dan zijn we al gauw bij het laatste en discutabele stadium aangekomen, dat van de burgerlijke ongehoorzaamheid. Het lijkt erop dat we pleidooien daarvoor intussen ver achter ons hebben gelaten.¹⁴⁴ Wanneer ik in dit verband inga op de mogelijke rechtvaardiging van overheidshandelen dat in strijd is met het recht doe ik dat niet om de mogelijkheid van een désobéissance publique op te voeren. Het gaat mij immers niet om de vraag of het rechtsoverschrijdende overheidshandelen normatief acceptabel is (door rechtvaardiging,) maar of dat handelen door het ontbreken van een rechtvaardiging kan worden opgevat als een relativering (van het recht).

1.6 OVERHEIDSHANDELEN ALS RESULTAAT VAN INTERACTIE

Tot dusver relateerde ik de relativering van het recht, als normatief kader voor het overheidshandelen, aan de beroepsuitoefening van overheidsjuristen. Zij zijn echter niet de enige verantwoordelijke, ook niet de hoogst verantwoordelijk voor het handelen van de overheid. Het overheidshandelen is het resultaat van een samenspel tussen personen. Inzoomend op een overheidsdepartement treffen we personen die de politiek, het beleid en het recht representeren: respectievelijk de bewindspersonen, de beleidsambtenaren en de overheidsjuristen.¹⁴⁵ In deze studie zal ik mij beperken tot deze actoren. Dat is natuurlijk

¹⁴² Zekerheid over strijd met het recht.

¹⁴³ Het recht bevat een veelheid aan dergelijke mogelijkheden, zoals de rechtvaardigingsgronden in het strafrecht, hardheidsclausules in het privaatrecht en uitzonderingstoestanden in het noodrecht.

¹⁴⁴ De kwestie die in 2008 speelde rondom het toenmalige kamerlid Duyvendak gaf dat aan. Ofschoon de actie die hij opbiechtte niet geheel binnen de destijds door Schuyt (1973) geformuleerde criteria van burgerlijke ongehoorzaamheid viel, kwam deze kwalificatie van zijn handelen wel regelmatig ter sprake in de commentaren; vrijwel steeds zonder enige sympathie. Elders heeft het begrip burgerlijke ongehoorzaamheid betekenis gehouden. Zie het betrekkelijk recente boek van Bové en Luneau 2004.

¹⁴⁵ Onder overheidsjuristen versta ik de bij de overheid werkzame juristen die uitsluitend of tenminste voor het grootste deel van hun werktijd een juridische functie uitoefenen. Die juridische functies zijn: wetgeving, juridische advisering, bezwaar en beroep, openbaarheid

een reductie van de werkelijkheid waarin sprake is van een groter aantal actoren, zoals Kamerleden, lobbyisten, politieke adviseurs, (vertegenwoordigers van) uitvoeringsorganisaties en journalisten. Voor de verkenning van rechtsrelativering is deze reductie niet bezwaarlijk omdat die vooral tot uiting komt in het samenspel van bewindspersoon, beleidsambtenaar en overheidsjurist. De eerste twee zijn immers de vertolkers van de rationaliteiten¹⁴⁶ waaraan in de gevallen waarin sprake is van rechtsrelativering meer belang wordt toegekend dan aan het recht. Hieronder geef ik een korte typering van de drie typen actoren en hun onderlinge relatie.

1.6.1 Bewindspersonen

De dominante positie van de bewindspersoon lijkt evident omdat het simpelweg zo geregeld is dat deze de leiding heeft over het desbetreffende ministerie en dus over de daarbinnen aangestelde overheidsjurist.¹⁴⁷ Het gaat hier om niet minder dan het functioneren van de democratie, die vergt dat de volksvertegenwoordigers erop kunnen vertrouwen dat de bewindspersoon hun meerderheidsopvatting strikt uitvoert. De theoretische fundamenteën voor een hiërarchische overheidsorganisatie en een ambtelijke loyaliteit zijn gelegd door Weber,¹⁴⁸ die het oude bestuursmodel van Pruisen voor ogen stond en door Wilson,¹⁴⁹ die werd gedreven door weerstand tegen het Amerikaanse spoils system. In hun benadering kenmerkt de overheidsorganisatie zich door een rationaliteit en legaliteit geschraagde gezagsuitoefening (Weber) met een sterke scheiding tussen een waardegedreven politiek en een waardeneutrale ambtelijke dienst (Wilson).

Concepten van recenter datum geven aan dat het er minder rationeel toe gaat dan geschetst in Webers ideaaltypische bureaucratie. In die concepten wordt niet de ratio als primaire grondslag en legitimatie van de overheidsorganisatie beschouwd, maar wordt gesteld dat de actoren binnen de overheidsorganisatie in hoofdzaak worden gedreven door informele motieven en groepsprocessen¹⁵⁰ of door puur eigen belang.¹⁵¹ Ook de wijze waarop beleids-

van bestuur, civiele procedures, bedrijfsjuridische zaken, personeelszaken en juridische kwaliteitszorg. Ik ontleen deze opsomming aan de Visitatiecommissie 2007.

146 In de betekenis die Snellen (1989 en 2007) hieraan geeft.

147 Artikel 44 van de Grondwet regelt dat de minister de leiding heeft over 'zijn' ministerie.

148 Weber, 1972 (oorspronkelijk 1922).

149 Wilson, 1925 (oorspronkelijk 1887).

150 Op het terrein van organisatie- en bestuurskunde worden denkers en onderzoekers op dit terrein samengebracht onder de term Human Relations School, waarvan Mayo als de grote roerganger wordt beschouwd en waarbij de Hawthorne studies nooit onvermeld blijven. Dit onderzoek was eigenlijk een uitvloeisel van het Scientific Management (met Taylor als voorman) dat op nogal vergaande wijze trachtte het werkresultaat te optimaliseren. Tal van werkomstandigheden, zoals pauzes, rustperiodes maar – zoals in het Hawthorne onderzoek – ook lichtsterkte bij het werken werden bestudeerd op hun bijdrage aan het

beslissingen tot stand komen is meer een kwestie van doormodderen dan van rationele stappen.¹⁵² De neiging bestaat om de nieuwe concepten te beschouwen als een correctie van de voorgaande. Om te spreken, zoals Nieuwenkamp¹⁵³ doet, van een ontwikkeling die loopt van 'ideaaltype naar werkelijkheid', waar het (bureaucratie)concept van Weber dan staat voor het ideaaltype en human relations en public choice concepten voor weergaven van de werkelijkheid. Ofschoon de hier kort aangeduide theorieën zeker niet op één hoop kunnen worden gegooid, leiden de meeste ervan (onder meer) tot de conclusie dat de invloed van de individuen groter is dan in klassieke theorieën werd aangenomen en dat daarom vooral moet worden gekeken naar de betekenisgeving op individueel niveau en de interactie van individuen.

De bewindspersoon handelt vanuit het primaat van de politiek. Uit de recente rapportage van Van Gunsteren en Habbema komt naar voren dat de bewindspersoon zich min of meer exclusief richt op doelen en problemen en niet op het recht. Tot verbazing van de rapporteurs leeft niet de opvatting dat de rechtsstaat een belangrijke legitimiteitsgrond vormt.¹⁵⁴ Bekker bevestigt de exclusieve oriëntatie van bewindspersonen op politieke doelen door zijn stelling dat de bewindspersoon-bestuurder is weggevallen en dat alleen de bewindspersoon-politicus is overgebleven.¹⁵⁵ Voor bestuurlijke overwegingen, waarvan juridische overwegingen een substantieel deel uit maken, bestaat dan minder of geen belangstelling.¹⁵⁶

De primaire identificatie met de politiek maakt dat de bewindslieden ook onderhevig zijn aan de veelbesproken hijgerigheid van het politiek publicitaire complex.¹⁵⁷ Dit betekent dat, naast gerichtheid op de politieke doelen, ook het politiek overleven regelmatig de nodige aandacht vraagt. Menig ministeriële loopbaan vertoont overeenkomsten met een survivaltocht. Politieke adviseurs zorgen hierbij voor de nodige reductie van onzekerheid in de politieke arena. Van de Berg (2011) noemt ze veelzeggend de hofhuishouding van de minister. Zij hebben het vertrouwen van de bewindsman vanaf het begin.

werkresultaat. Het Scientific Management is wel te zien als een uitwerking van de Weberiaanse benadering, maar is daarvan ook een rationalistische overdrijving.

151 Zoals in de public choice theorieën wordt aangenomen.

152 Incrementalisme waaraan, op bestuurskundig terrein, vooral de naam van Lindblom verbonden is.

153 Nieuwenkamp 2001.

154 Van Gunsteren en Habbema 2009.

155 Bekker 2009.

156 Er zijn hier overigens departementale verschillen. In het kader van het Programma versterking juridische functie rijk bleek wel dat de positie van de chief legal officier (nog?) niet voor elke directeur (Wetgeving en) Juridische Zaken is weggelegd. Vanuit deze positie kunnen de ambtelijke overwegingen kracht worden bijgezet, althans beter onder de aandacht van de departementale leiding worden gebracht.

157 De term is van Van Gunsteren en Habbema (2009).

De onder de minister ressorterende ambtenaren doen er gewoonlijk wat langer over om dat vertrouwen te winnen.¹⁵⁸

De werkelijkheid van de ministeries mag dan veranderd zijn, ook structureel door toename van het aantal spelers in en rond de overheid,¹⁵⁹ kenmerken van het Weberiaanse model met zijn accent op de ambtelijke loyaliteit – zonodig met zelfverloochening¹⁶⁰ – zijn actueel gebleven. Nederlandse beschouwingen over en onderzoek naar politiekambtelijke verhoudingen tonen die actualiteit ook.¹⁶¹ Het in het Weberiaanse concept passende leerstuk van ministeriele verantwoordelijkheid leeft volop. In zijn recente proefschrift wijst Visser erop dat dit concept in de Nederlandse departementen geen fictie is maar werkelijkheid.¹⁶² Ruimte voor een zelfstandig oordeel van de professional – een moeilijk punt in het concept van Weber¹⁶³ – lijkt gering. Voor diverse professionals lijkt dat geen groot probleem omdat hun professie een tamelijk dienende beroepsopvatting lijkt te hebben.¹⁶⁴ Maar professionals die gericht zijn op een kritische toets van het overheidshandelen ervaren veel weerstand wanneer zij Wildavsky's *speaking truth to power* in praktijk proberen te brengen. CPB-directeur Teulings vertelde de leden van de Eerste Kamer openlijk dat hij dagelijks moet vechten voor zijn (wetenschappelijke) onafhankelijkheid. Zijn noodkreet bracht de senatoren niet in beroering, gewend als zij vermoedelijk zijn aan het feit dat wetenschappelijke adviezen eerder selectief worden benut dan ter harte genomen¹⁶⁵ en wetend dat volgens het huidige politieke

158 Zie hierover o.m. Pans (2005), die erop wijst dat menig minister binnenkomt met enige argwaan over de ambtelijke loyaliteit, onder meer ingegeven door het beeld van de vierde macht.

159 Van den Berg (2011) schetst deze toegenomen complexiteit, zowel binnen de overheid (waar hij de ambtelijke ondersteuning onderscheidt in de politiek gerichte hofhuishouding, de managementgerichte departementale leiding en vakgerichte professionals) als buiten de overheid (waaronder de media, de politieke partijen, Europese gremia).

160 Weber 1919, p. 53: 'diese im höchsten Sinn sittliche Disziplin und Selbstverleugnung'.

161 Zie het veel geciteerde onderzoek van 't Hart en Wille 2002. Opvallend is daarnaast dat in beschouwingen van voormalige secretarissen-generaal een nogal hiërarchische verhouding tussen de politieke leiding en de ambtelijke dienst in beeld komt. Zie de eerder geciteerde Bekker 2009. Daarnaast ook de beschouwing van voormalig SG Ralph Pans die spreekt van een meester-knecht-verhouding en erop wijst dat de verzamelde ambtelijke leiding (Overleg secretarissen-generaal) van 'geringe betekenis' is. Zie Pans 2005.

162 Visser 2008.

163 Zie hierover Goddijn 1980, p. 192. Goddijn schrijft over de 'inherent contradiction in Webers ideaaltype met betrekking tot de kenmerken hiërarchie, discipline, authority of office enerzijds en de kenmerken deskundigheid, professionalisme en authority of expertness anderzijds.'

164 Een aantal professies is primair gericht om de (politieke) bestuurskracht te bevorderen. Zo is de professional op het terrein van communicatie vooral bezig met de vraag wat de beste vorm is waarmee de boodschap van de politieke leiding kan worden overgebracht en de bedrijfs- en bestuurskundige met de wijze waarop het bestuurlijke handelen zo efficiënt en effectief mogelijk gestalte kan krijgen.

165 Ook Putters en Van Twist (2007) komen tot deze conclusie.

metier bewindslieden hun politieke druk op het ambtelijke apparaat eerder meer dan minder rauwelijks tot uiting brengen.¹⁶⁶

1.6.2 Beleidsambtenaren

Beleidsambtenaren helpen bij de realisering van de politieke doelen door het geven van een wetenschappelijke fundering en argumentatie voor die doelen, het voorbereiden van besluitvorming en het scheppen van voorwaarden voor de uitvoering en handhaving van die besluiten. Zij zijn er, in de woorden van Peters, voor de uitvoering van het regeerakkoord.¹⁶⁷ Contact met doelgroepen is daarbij van belang, om te weten wat er speelt en ter bevordering van draagvlak voor het beleid. Lobbyisten richten zich ook meer tot de beleidsambtenaren dan tot de politici.¹⁶⁸ Dat contact kan er ook toe leiden dat de primaire loyaliteit van de beleidsambtenaar bij die doelgroepen komt te liggen in plaats van bij de minister.¹⁶⁹ De afstand tussen de beleidsambtenaar en de minister is vaak ook groter dan die tussen deze ambtenaar en de doelgroepen van het desbetreffende beleid. De kerntaak van de ambtenaar is niet slechts 'to get to know the mind of the minister', zoals Dunsire formuleerde, maar 'to get to know the mind of the minister without actually knowing the minister'.¹⁷⁰ Overigens is iedereen het er wel over eens dat de ambtenaar geacht wordt naar doelgroepen een beleidsneutrale houding te bewaren. Niet is iedereen het erover eens waarop de loyaliteit van de ambtenaar dan wel primair gericht moet zijn. Niessen wijst hier naar de minister,¹⁷¹ Hoekstra en Visser naar het algemeen belang¹⁷² en Peters naar de democratische rechtsstaat.¹⁷³ Dat lijkt al gauw een uitsluitend theoretische gedachtewisseling te worden maar heeft wel degelijk praktische consequenties. In de loyaliteit aan het algemeen belang of aan de democratische rechtsstaat ligt een mogelijkheid om onder omstandigheden gefundeerd af te wijken van een ministeriële opdracht. Wanneer men echter in de Nederlandse bestuurskundige literatuur spreekt over de opvallend loyale ambtenaren, dan wordt gewoonlijk wel de loyaliteit aan de minister bedoeld. Op grond van eigen ervaring aarzelt Peters of de Nederlandse ambtenaar wel zo 'hondsloyaal' is, ook al merkt hij op dat vaststaat dat 'meeknikken met de minister goed is voor de ambtelijke carrière.'

166 Zie Bekker (2009) die dit noemt als een element in de verslechterende relatie tussen bewindslieden en hun ambtenaren.

167 Peters 2011, p. 13.

168 Opgemerkt door Luyendijk 2011.

169 Peters (2011) schrijft over deze situatie die hij zelf destijds meemaakte op het ministerie van VROM.

170 't Hart en Wille 2002, p. 167.

171 Niessen 2003.

172 Hoekstra 2011 en Visser.

173 Peters 2011.

Ook Wallage meent dat er 'zelfs in beslotenheid nog wel enige moed nodig (is) om de minister iets te zeggen wat hij liever niet hoort', maar wijst tegelijkertijd op het belang dat de minister de kritiek wel te horen krijgt. 'De paradox die hier opdoemt is overzichtelijk: hoe onderdaniger de ambtenaar des te risicovoller is het bestaan van de minister.'¹⁷⁴

Uit deze uiteenlopende opvattingen blijkt dat de relatie tussen minister – beleidsambtenaar een onzekere en soms gecompliceerde relatie is, waarbij het erop aan komt dat 'het spel goed wordt gespeeld'. De beleidsambtenaar wordt voorgehouden dat hij over een goed ontwikkelde politiek-bestuurlijk gevoeligheid moet beschikken. Dergelijke aanduidingen – in termen van goed spelen en goed aanvoelen – bevestigen de onzekerheid van de onderlinge verhoudingen. Onlangs hebben Rijnja en Wilmink de gecompliceerdheid van de functie van beleidsambtenaar nog eens beschreven met gebruikmaking van wat zij noemen de drie spanningsbogen: (a) belangenafweging in het besef van rechtsstatelijkheid, (b) beheersbaarheid in democratische context en (c) vakmanschap onder ministeriele verantwoordelijkheid.¹⁷⁵ De laatste slaat op de spanning tussen lekenbestuur en professionele ambtenarij, die zich onder meer uit in een verschillende oriëntatie op de tijd (bestuurder op de korte termijn en de ambtenaar op de lange termijn gericht) en op de waarden (de bestuurder meer op legitimiteit en politieke steun en de ambtenaar meer op deskundigheid en doelmatigheid gericht). De tweede spanningsboog gaat over de complexiteit die voortkomt uit het democratisch functioneren waarbinnen de overheidstaak en de uitoefening ervan 'fundamenteel omstreden' zijn. Bij deze complexiteit is te denken aan onder meer de 'pluricentrische focus', interactieve beleidsvorming, programmatische en projectmatige werkvormen, de media en de internetfora. Door de toenemende complexiteit die het democratisch functioneren met zich mee brengt wordt het steeds moeilijker op democratische wijze besluiten te nemen en uit te voeren. De eerste spanningsboog betreft het onderwerp van deze studie. Uit de aard van de politieke belangenafweging zijn overheidsbesluiten subjectief, daarom fundamenteel omstreden wat uitoefening van macht en dwang onontkoombaar maakt.

'Om misbruik daarvan te voorkomen wordt de overheid zelf ook gebonden aan eisen van rechtsstatelijkheid, rechtmatigheid en openbaarheid. Daarvoor zijn binnen departementen de '*checks and balances*' georganiseerd in de vorm van juridische onderdelen en procedures.'¹⁷⁶

De drie spanningsbogen gelden ook voor de derde speler, de overheidsjurist, met wie de beleidsambtenaar een veelbesproken relatie heeft. Eerder noemde ik al dat de binnenkomst van de beleidsambtenaren in de tweede helft van

174 Wallage 2005, p. 83.

175 Rijnja en Wilmink 2010.

176 Rijnja en Wilmink 2010, p. 26.

de vorige eeuw een einde maakte aan de hegemonie van de overheidsjuristen. Veerman schrijft hierover:

‘Omdat de nieuwe disciplines als het ware de macht van de juristen overnamen, werd de verhouding tussen beleid en wetgeving een punt. De positie van de juridisch specialisten werd niet sterker maar eerder zwakker.’¹⁷⁷

Stoop concludeert in haar proefschrift dat de beleidsrationaliteit is gaan domineren over de juridische rationaliteit.¹⁷⁸ De beleids- en juridische functie verschilden in de kern niet veel van elkaar, vooral in hun gerichtheid op de rationaliteit van het overheidsbeleid. Tot op heden is de samenwerking tussen beleidsambtenaren en overheidsjuristen nog regelmatig onderwerp van bijzondere aandacht. Binnen het recente programma Versterking juridische functie rijk was deze ook een van de belangrijkste kwesties. Aan de hand van proefprojecten is geprobeerd problemen in beeld te krijgen en verbeteringen te vinden.¹⁷⁹ De ambitie van de overheidsjuristen is duidelijk nu uit de onder-titel blijkt dat zij ‘partner in beleid’ willen zijn.¹⁸⁰

Met de opkomst van het marktdenken aan het einde van de vorige eeuw en de latere (post-Fortuynse) ontwikkeling naar opinion based policy werden beleid en juridische zaken met dezelfde problemen geconfronteerd. Minder tijd voor wetenschappelijke en voor juridische overwegingen met daarbij een toenemende druk om die overwegingen te passen in de ‘framing’ van het politiek publicitaire complex.

1.6.3 Overheidsjuristen

De aard van de juridische professie lijkt binnen de overheidsorganisatie dichter te staan bij die van de econoom dan van de communicatiespecialist, bedrijfs- of bestuurskundige. De overheidsjurist accommodeert weliswaar ook het (politieke) beleid, door het de juridische vormen te geven waardoor dit beleid kan worden uitgevoerd en gehandhaafd, maar naast – soms in de plaats van – het bevorderen van het beleid toetst de overheidsjurist de beleidsvoornemens aan de hand van juridische criteria, zoals de econoom die voornemens toetst aan economische criteria. Dat is niet zo bij sommige andere professionals zoals bestuurs- en bedrijfskundigen en communicatiespecialisten. Naar de aard van deze professies zijn zij meer accommoderend en minder toetsend. Bevecht de Nederlandse overheidsjurist, evenals de in paragraaf 1.7.1 genoemde ambtenaar en econoom Teulings, ook voortdurend zijn professionele auto-

¹⁷⁷ Veerman 2011.

¹⁷⁸ Ook over de politieke rationaliteit. Zie Stoop 2005.

¹⁷⁹ Partner in beleid 2010b, deelrapportage IV.

¹⁸⁰ Partner in beleid 2010a.

nomie? Hier zijn we al aan het einde van de vergelijking tussen econoom en jurist in overheidsdienst. Er is een verschil in de aard van de expertise. Ofschoon de economische wetenschap zeker niet steeds trefzeker is – vrijwel geen economische voorspelling blijkt achteraf juist – verschilt de wijze van analyseren en rapporteren sterk met die van de jurist. Deze laatste beschikt niet over modellen waar de feitelijke informatie kan worden ingevoerd om aldus, zonder bemiddeling van de expert, een resultaat van de analyse ontstaat. Een tweede belangrijk verschil is die in organisatorische positie. Voor (de directeur van) een planbureau is een bepaalde mate van onafhankelijkheid geregeld.¹⁸¹ Voor het beleid als geheel geldt dat deze binnen de overheid is georganiseerd op het niveau van directeur-generaal terwijl de juridische functie op directeursniveau is georganiseerd.

De beroepsopvatting van de jurist kunnen we met Van de Burg¹⁸² onderscheiden in gerichtheid op rechtsstatelijkheid (en rechtvaardigheid), op het realiseren van externe (maatschappelijke) doelen of iets daartussen in. Naarmate het accent op die externe doelen ligt zal de gerichtheid van de overheidsjurist meer overeenkomen met die van bewindspersoon en beleidsambtenaar. Zodra hij zich meer richt op het juridisch interne ideaal van de rechtsstatelijkheid komt de vraag op of hij dan meer tegenspeler moet zijn van bewindspersoon en beleidsambtenaar, als bewaker van de democratische rechtsstaat. Daarop is het antwoord binnen de groep van overheidsjuristen niet eenduidig.¹⁸³

Op het juridisch terrein binnen de overheid treffen we ook verschillende opvattingen, althans verschillende accenten, over de mate waarin – eventueel naast het zijn van bewaker van de democratische rechtsstaat – de overheidsjurist een bijdrage moet leveren aan het realiseren van de beleidsdoelstellingen. Afgaand op de formele taakomschrijving richten sommige juridische directies van ministeries zich primair op de rechtsstatelijkheid. Zo draagt de directie Wetgeving, Bestuurlijke en Juridische Aangelegenheden van het ministerie

181 Ook al functioneren de planbureaus onder ministeriële verantwoordelijkheid, zijn zij bij afzonderlijk formeel besluit opgericht; het Centraal Planbureau bij Wet van 21 april 1947 (*Stb.* H 127), het Sociaal en Cultureel Planbureau bij KB van 30 maart 1973 (*Stb.* H 175) en het Planbureau voor de Leefomgeving bij KB van 8 oktober 2001 (*Stb.* 488). In 1996 verscheen het 'Protocol voor de planbureauafunctie van CPB, RIVM, RPB en SCP' waarin de wetenschappelijke onafhankelijkheid van de (toenmalige) planbureaus werd geregeld. In dit protocol wordt verwezen naar 'de zelfstandige positie in de rijksdienst' van de planbureaus. De tekst van het protocol is te vinden op www.cpb.nl/nl/org/cpb/organisatie/protocol.html.

182 Van der Burg 2009.

183 In een zelfevaluatie van het voormalige ministerie van LNV stelt de juridische directie dat zij het 'juridisch geweten' en de 'bewaker van de rechtsstatelijkheid' binnen het departement wil zijn. Zie Zelfevaluatie 1999. Overheidsjurist Van Ginkel (in: Kraan 2005) schreef bij zijn afscheid: 'Sommige menen dat overheidsjuristen een bijzondere opdracht zouden bezitten om te waken over de democratische rechtsstaat. Ik ben echter van de traditionele school die de ministeriële verantwoordelijkheid centraal stelt met een dienstbare opstelling van ambtenaren.'

van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) ‘verantwoording voor de kwaliteit van wet- en regelgeving en van het bestuurlijk en juridisch handelen van het ministerie’ en werkt de directie Wetgeving van het ministerie van Veiligheid en Justitie (V&J) ‘aan de wetgeving die nodig is voor een goed functionerende en rechtvaardige nationale en internationale rechtsorde.’ Deze beide – hier gedeeltelijk weergegeven – taakomschrijvingen zijn vooral gericht op de rechtsstatelijke functie. Er zijn ook taakomschrijvingen die meer gericht lijken op de bijdrage aan de realisering van het beleid, zoals de taakomschrijving van de directie Wetgeving en Juridische Zaken van het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport:

‘Ondersteunt het beleid op de terreinen wetgeving, wetstoepassing en juridische procedures met als doel een juridisch en bestuurlijk juist en consistent handelen, ten dienste van de realisatie van de beleidsdoelstellingen van het ministerie van VWS’.

Laat de *law driven* taakopvatting van de overheidsjuristen zich combineren met de *policy driven* taakopvatting? Kan de overheidsjurist, bijvoorbeeld, de grenzen van de wet opzoeken om het politieke beleidsvoornemen van de minister juridisch te legitimeren? Moet de overheidsjurist vanuit rechtsstatelijke optiek niet, anders dan de advocaat, gericht zijn op de overheidsbeperkende bedoeling van het recht en dus niet op het zoeken naar de mazen van het recht zoals de jurist die private personen bijstaat dat nu juist wel mag? Het antwoord van Waldron op deze vraag is duidelijk:

‘Accordingly, the responsibilities of a lawyer advising the government are different from the responsibilities of a lawyer advising the private citizen or the individual businessman. The lawyer’s job in private practice is certainly not to counsel law-breaking, but the lawyer may legitimately look for loopholes or ways of avoiding the impact of regulation and restraint on the freedom of his or her client. In government service, however, things are different. There, lawyer’s job is to hold the government to its responsibility under the Rule of Law.’¹⁸⁴

De vraag is of overheidsjuristen de door Waldron geformuleerde eis serieus nemen en dus niet helpen bij het ontwijken of omzeilen van de beperkingen die het recht – de wet in het bijzonder – aan het overheidshandelen oplegt, ook als bewindspersonen of beleidsambtenaren daarop aandringen. In de nieuwe kritiek treffen we het vermoeden of de stelligheid dat de overheidsjuristen dat niet doen, daarbij meestal open latend of de oorzaak ligt in een gebrek aan organisatiemacht, in een onvoldoende rechte rug of in een beroepsopvatting die afwijkt van de critici.

184 Waldron 2010, p. 323.

Volgens Van der Does en Droogleever Fortuijn is altijd al rekening gehouden met het feit dat overheidsjuristen niet de organisatorische positie hebben om in te staan voor de rechtmatigheid van het overheidshandelen. Dit gegeven zou een belangrijk argument zijn voor het bestaan van de functie van landsadvocaat, die namelijk wel die onafhankelijke positie heeft.¹⁸⁵

1.6.4 De interactie als object van onderzoek

Relativering van recht door de overheid is in dit kader beperkt tot relativering van recht als resultaat van de interactie tussen bewindslieden, beleidsambtenaren en overheidsjuristen. Uit de voorafgaande korte schetsen van de actoren komen twee elementen naar voren die bepalend zullen zijn voor het verloop en de uitkomst van de interactie: de oriëntatie op beleid versus die op recht en de dominantie. Bewindslieden komen in de schets naar voren als actoren die primair gericht zijn op (politiek) beleid en een dominante positie innemen. Beleidsambtenaren delen de policy driven opstelling waarbij zij ten opzichte van de minister geen dominante positie innemen; ten opzichte van de overheidsjuristen doen zich verschillen voor maar in het algemeen is het beleid zwaarder gepositioneerd in de overheidsorganisatie (DG-niveau) dan de overheidsjuristen (directieniveau) en hebben zij vaak het initiatief. Van de overheidsjurist ga ik uit van een primair law driven opstelling en een niet-dominante positie in de interactie met bewindspersonen en beleidsambtenaren.

Met behulp van deze twee criteria – policy versus law driven en dominantie – kan de interactie in de werkelijkheid worden waargenomen. In het volgende hoofdstuk zal ik deze beide criteria ook weer nader preciseren, wat neerkomt op verdere invulling van het onderstaande schema.

<i>Mate van relativering</i>	<i>Opstelling</i>	<i>Positionering</i>
++	policy driven	dominantie bewindspersoon
+		
-		
--	law driven	tegenwicht overheidsjurist

¹⁸⁵ Van der Does en Droogleever Fortuijn (1977) spreken over ‘onvoldoende onafhankelijke juristen ontmaskeren hier zichzelf door uitingen als ‘de beleidsafdeling niet in de kou laten staan.’ Het mag duidelijk zijn dat de onafhankelijkheid van de Landsadvocaat alleen betrekking heeft op de afwezige hiërarchie. In financieel opzicht is er allerminst sprake van onafhankelijkheid.

1.6.5 De beroepsopvatting als object van onderzoek

Rechtsrelativering raakt de kern van het beroep van de overheidsjurist omdat het gaat over de verzwakking van het ‘fundamentele belang’¹⁸⁶ ofwel de interne waarde van zijn professie. Om die reden wil ik nader kijken naar de beroepsopvatting van de overheidsjurist, aannemende dat die opvatting zijn optreden in belangrijke mate bepaalt. Binnen de beroepsopvatting zijn twee elementen te onderscheiden: de beroepsopvatting als jurist en de beroepsopvatting als professional. Bij de opvatting als jurist doel ik op de juridisch inhoudelijke oriëntatie van de overheidsjurist, waarbij het in de kern gaat om zijn zienswijze op de plaats van het recht in de samenleving. Betrekkelijk recent heeft Kwak¹⁸⁷ de uiteenlopende beroepsopvattingen op basis van tijdgebonden rechtstheoretische noties geschetst. Ik zal in het volgende hoofdstuk de verschillende beroepsopvattingen benoemen aan de hand van de door Zamboni samengevatte rechtstheoretische benaderingen, waarbij de opvatting dat recht een autonoom geheel is en de opvatting dat recht deel is van de politiek – in zijn terminologie: *embedded* – de uitersten vormen. Het zal duidelijk zijn dat in een volledig *embedded* opvatting rechtsrelativering het meest waarschijnlijk is en bij een volstrekt autonome opvatting het minst waarschijnlijk.

Met de beroepsopvatting als professional doel ik op de autonome ruimte die de overheidsjurist claimt voor een eigen oordeel. In het handelen is dat af te lezen aan de mate waarin de overheidsjurist vasthoudt aan zijn professionele oordeel. Ook hier zal ik in hoofdstuk 2 nader nuanceren door nadere invulling van onderstaand schema. Daarbij maak ik gebruik van de typologie van Hirschmann, waarbij de gradaties van het handelen liggen tussen *exit* en *loyalty*, tussen verzet en gehoorzaamheid.

<i>Mate van relativering</i>	<i>Als jurist</i>	<i>Als professional</i>
++	<i>embedded</i>	gehoorzaam (<i>loyalty</i>)
+		
-		
--	autonoom	verzet (<i>exit</i>)

1.7 HET PROBLEEM EN DE VRAGEN

In dit inleidende hoofdstuk heb ik een schets gegeven van de ontwikkeling van een rechtsrelativisme, beginnend met de aanvulling van het positieve recht door normen van buiten dit recht naar erkenning van concurrerende normen en normenkaders en ‘ontdekking’ van de subjectiviteit van het positieve recht.

¹⁸⁶ Behartiging van een fundamenteel belang als element van het begrip ‘professional’ zoals gedefinieerd door Mackor 2011.

¹⁸⁷ Kwak 2005.

Deze ontwikkeling heeft het recht niet onbelangrijk gemaakt, maar heeft mogelijk wel bijgedragen aan de huidige ontwikkeling waarin verlies van betekenis van het recht aan de orde wordt gesteld. De centrale vraag in deze studie is of in de praktijk van het overheidshandelen sprake is van een overgang van rechtsrelativisme naar rechtsrelativering. Er is dan geen sprake van burgerlijke ongehoorzaamheid – die trouwens haar erkenning verloren lijkt te hebben – maar van gouvernementele ongehoorzaamheid, waarbij bovendien – anders dan bij de burgerlijke variant – geen zware eisen worden gesteld aan die ongehoorzaamheid.

De door mij veronderstelde rechtsrelativering door toedoen van de overheid hoeft zich niet op elk terrein van het recht voor te doen en ook de mate waarin het voorkomt kan verschillen. Naast door Kennedy genoemde voorbeelden van rechtsgebieden waar eerder sprake is van een striktere normconformiteit – het neoformalisme – zijn er nog diverse voorbeelden te noemen van specifieke regelgeving die traditioneel een relatief strikte toepassing krijgen, zoals bij regels van dwingend recht in het privaatrecht en die van politiebevoegdheden op strafrechtelijk terrein.¹⁸⁸ Een treffend voorbeeld van actueel formalisme deed zich voor bij verkiezing voor de Eerste Kamer in 2011, waarbij het Statenlid Wim Kool op het stemformulier wel duidelijk had aangegeven op wie hij stemde maar daarbij de kleur blauw in plaats van de wettelijk voorgeschreven kleur rood had gebruikt. Toen hij zich in bezwaar bij de Kiesraad erop beriep dat de bedoeling volstrekt duidelijk was, mocht dit niet baten. De Kiesraad vond de door het Stembureau gevolgde redenering ‘wet is wet’ juist. Het gaat hier overigens eerder om een – naar mijn indruk zeldzame – uiting van klassiek formalisme dan een van neoformalisme.

Het probleem van rechtsrelativering door de overheid speelt zich af op twee niveaus.¹⁸⁹ Op macroniveau is het een probleem van de rechtsstaat en op meso niveau een probleem van de juridische professie binnen de overheid. Het macroprobleem van rechtsrelativering is dan het ontstaan van een kloof tussen de formele rechtsstaat als *law in the books* en de feitelijke rechtsstaat als *law in action*. Het formele belang van een wettelijke binding van het overheidshandelen, op basis van een ver doorgevoerd legaliteitsbeginsel, staat dan los van een praktijk waarin een dergelijke binding niet als belangrijk wordt ervaren en daarom de facto een beperkte of zelfs geen normatieve kracht blijkt te hebben. Het feitelijk ontbreken van legaliteit impliceert volgens Fuller niet alleen dat de aanspraak op het zijn van rechtsstaat komt te vervallen, maar

188 Ten tijde van het opkomend rechtsrelativisme in de jaren zestig en zeventig – dat gericht was op het geven van ruimte aan (groepen van) burgers – werd over deze strafvorderlijke regels juist uitermate strikt gedacht. Naar Amerikaans voorbeeld werd onder meer gepleit voor het nietig verklaren van de bewijsvoering zodra ook maar één strafvorderlijk dwangmiddel onjuist was toegepast.

189 In werkelijkheid op drie niveaus, want ook voor de individuele overheidsjurist (op micro niveau) speelt dit probleem, maar dat is niet het object van deze studie.

dat ook de plicht van burgers om zich aan het recht, in elk geval aan het door de overheid gegeven recht, te houden komt te vervallen.¹⁹⁰

Op meso niveau is het probleem de toenemende onzekerheid dat de functie van overheidsjurist op professionele wijze kan worden uitgevoerd. Rechtsrelativering impliceert dan immers dat het fundamentele belang van zijn professie, de rechtsstatelijkheid, aan betekenis lijkt te verliezen. Voor zover de overheidsjurist zelf een aandeel heeft in de veronderstelde rechtsrelativering lijkt zijn professie intern tegenstrijdig.¹⁹¹ Het zelf aandeel hebben in deze relativisering roept vragen op over de beroepsopvatting van de overheidsjurist. Voor zover hij geen aandeel heeft in de bedoelde relativisering, impliceert dit dat hij niet slaagt in zijn professionele opdracht, het realiseren – in elk geval bevorderen – van rechtsstatelijk overheidshandelen.¹⁹² Dit roept dan vragen op naar de positie van de overheidsjurist, naar zijn organisatiemacht en naar de ruimte voor professionele autonomie. Wanneer de overheidsjurist niet kan of wil opkomen voor de rechtsstatelijkheid van het overheidshandelen omdat hij dat niet of minder zijn verantwoordelijkheid vindt of omdat de interactie met bewindspersonen en beleidsambtenaren daartoe geen ruimte biedt of uit vrees voor repercussies,¹⁹³ dan ontstaat het risico dat hij het tegendeel doet van wat van hem wordt verwacht: het juridische legitimeren van met het recht strijdige praktijken. Een alarmerend voorbeeld daarvan is het optreden van Amerikaanse overheidsjuristen in de *War on terror*. Zij boden de juridische legitimatie voor mishandeling van gevangenen; in een land dat we zonder aarzeling als rechtsstaat beschouwen en door juristen die de meest aanzienlijke juridische opleidingen volgden.¹⁹⁴

In deze studie wil ik nagaan of het probleem van rechtsrelativering door de overheid bestaat, welke rol de overheidsjurist daarbij dan speelt en of oplossingen c.q. oplossingsrichtingen zijn aan te geven. Binnen deze algemene probleemstelling onderscheid ik vijf vragen die ik hieronder noem en toelicht.

1. Wat is rechtsrelativering door de overheid?

In het voorafgaande heb ik aangegeven wat ik met relativering bedoel en heb enkele algemene kenmerken genoemd aan de hand waarvan relativering in

190 Fuller (1964) sluit zich aan bij de opvatting van Simmel dat ‘there is a kind of reciprocity between government and the citizen with respect to the observance of rules.’ (p. 39)

191 Die mogelijke spanning in de professie van de overheidsjurist is al aannemelijk door de eerder beschreven overheidskritische ontwikkeling van de juridische professie.

192 Eerder wees ik er al op dat niet alle overheidsjuristen en niet alle juridische directies deze professionele opdracht hetzelfde definiëren, maar men is het erover eens dat die opdracht primair gericht is op de rechtmatigheid van het overheidshandelen.

193 Wallage (2005), zelfs oud-bewindspersoon, geeft aan dat het tegenspreken van bewindslieden soms slecht is voor de ambtelijke carrière.

194 Zie Van Lochem 2012b en de daar vermelde literatuur.

de praktijk kan worden waargenomen. Het antwoord op de vraag wat relativering is in de praktijk van het overheidshandelen vergt concrete invulling van deze algemene kenmerken.

2. *Komt rechtsrelativering voor bij het overheidshandelen?*
3. *Hoe komt die relativering tot stand in de interactie tussen bewindspersonen en overheidsjuristen?*
4. *Welke rol speelt de overheidsjurist in het bijzonder en wat bepaalt zijn rol?*

Het voorafgaande bevat wel een vermoeden over de interactie die leidt tot relativering van recht door de overheid. Een bewindspersoon die primair – volgens Van Gunsteren en Habbema zelfs uitsluitend – gericht is op beleidsrealisatie zal eventuele juridische bezwaren percipiëren als te nemen hindernissen. De overheidsjurist zal streven naar rechtsconformiteit van de beleidsvoornemens en de uitvoering daarvan. Zijn professie vergt dat hij tegenwicht biedt wanneer die rechtsconformiteit in geding raakt, maar zijn positie binnen de departementsorganisatie zal niet sterk genoeg zijn om het tegenwicht een zwaargewicht te laten zijn. Tegenwicht is hier nog geen tegenkracht die het streven naar beleidsrealisatie kan keren indien nodig.¹⁹⁵ Tegen de achtergrond van de hier geformuleerde veronderstelling zal ik een antwoord zoeken op de tweede, derde en vierde vraag.

5. *Komt relativering van het recht binnen de overheid voor als handelingspraktijk?*

Indien aan de hand van de analyse van enkele casus (in hoofdstuk 3) aannemelijk zou worden dat rechtsrelativering door de overheid voorkomt, dan komt de vraag aan de orde of deze relativering ook als handelingspraktijk voorkomt. Met handelingspraktijk bedoel ik hier een wijze van handelen die bij herhaling voorkomt. Dit hoeft niet te betekenen dat het altijd wordt gedaan, maar dat het een handelen is dat door betrokkenen – in casu overheidsjuristen – wordt beschouwd als een van de gebruikelijke handelwijzen. Daarmee zou dan plausibel zijn dat de eventuele relativering van recht door de overheid in de te analyseren casus geen toevallige of uitzonderlijke handelwijzen zijn.

6. *Indien sprake is van rechtsrelativering door de overheid als handelingspraktijk, wat kan dan worden gezegd over oorzaken en gevolgen?*

Naar aanleiding van signalen die wijzen op rechtsrelativering (par. 1.3) heb ik aan de hand van een gefaseerd proces van rechtsaanpassing (par. 1.4) het bestaan van rechtsrelativering aannemelijk gemaakt. Mocht rechtsrelativering een herhaald verschijnsel zijn bij het handelen van de overheid, dan dringt de vraag naar een nadere verklaring zich op. In het vijfde hoofdstuk zal ik

¹⁹⁵ Zie voor het begrip tegenwicht onder meer bij Bouwes 2011.

verkennen of verklarende theorieën voorhanden zijn. Vervolgens ga ik in op de vraag naar de gevolgen van rechtsrelativering. In de eerste plaats zal ik kijken naar de gevolgen op het niveau van samenleving en rechtsstaat. Hierbij wil ik proberen dit gevolg zo feitelijk mogelijk uit te drukken. De rechtsstaat zal in deze studie niet voor de zoveelste maal in crisis raken of zelfs ten ondergaan. In de tweede plaats wil ik ingaan op de gevolgen van rechtsrelativering voor de beroepsuitoefening van overheidsjuristen.

1.8 DE GEVOLGDE METHODE

1.8.1 Rechtswetenschappelijk

‘Een methode is een manier om een bepaald doel te bereiken’, zo definieert Smits.¹⁹⁶ Een belangrijk doel in dit kader is het achterhalen van de wijze waarop rechtsvinding door het overheidsbestuur plaatsvindt. Daarmee blijf ik in eerste instantie op het terrein van de (klassieke) normatieve rechtswetenschap, zij het dat de uiteenlopende rechtsvindingmethoden vooral ontwikkeld zijn om geordend kennis te verwerven van de rechterlijke arbeid,¹⁹⁷ waardoor toch geen olifantspaden kunnen worden gevolgd.¹⁹⁸ ‘De ultieme vraag van de rechtswetenschap’ is volgens Smits ‘hoe het recht behoort te luiden (...)’.¹⁹⁹ Een vraag in dit kader is of het realiseren van een beleidsdoel in bepaalde omstandigheden de overtreding van rechtsnormen door de overheid kan rechtvaardigen.²⁰⁰ Het gaat in deze studie om bestuurlijke rechtsvinding. Een specifiek aspect van de bestuurlijke rechtsvinding is dat het bestuur naast (mede)rechtschepper ook zelf rechtssubject is. Anders – of zo men wil: uitdrukkelijker – dan de rechter heeft het bestuur een belang bij het te vinden recht en vindt om die reden wel wat wordt genoemd omgekeerde rechtsvinding²⁰¹ plaats: niet het brengen van het feit onder de (meest aangewezen) regel, maar het brengen van de (gewenste) regel boven het feit. Weliswaar gaat rechtsvinding steeds in beide richtingen – van feit naar regel en van regel naar feit – maar naarmate het accent ligt op die omgekeerde rechtsvinding komt relativering van het recht meer in zicht, met als eindpunt de situatie waarin het recht functioneert als een oneindige legitimatiebron voor elk overheidshandelen.

196 Smits 2009, p. 154.

197 Een klassieke uitzondering daarop vormt Wiarda’s Drie typen van rechtsvinding.

198 Zie voor dit (van Voermans afkomstige) begrip bij Tijssen 2009, p. 152 e.v.

199 Smits 2009, p. 70.

200 We zien deze buitenrechtelijke (?) norm herhaaldelijk terugkomen, bijvoorbeeld in het eindrapport van de commissie Vos (bouwfraude), de nota Zicht op Wetgeving (1991) en in de discussie over de binding van de overheid aan het volkenrecht, gevoerd naar aanleiding van het rapport van de commissie Davids (dat in het derde hoofdstuk uitgebreider ter sprake komt).

201 De term ontleen ik aan Smith 2009.

Ook maak ik gebruik van benaderingen uit de normatieve rechtswetenschap, in het bijzonder rechtstheoretische benaderingen, om mogelijkheden van rechtvaardiging op buitenwettelijke of zelfs buitenpositiefrechtelijke gronden te benoemen en ook om het interne ideaal van de jurist c.q. het fundamentele belang van de juridische professie te expliciteren in relatie tot die van de overheidsjurist.

1.8.2 Rechtssociologisch

De aard van de probleemstelling en de daaraan verbonden vragen leiden mij ook naar een rechtssociologische benadering. Mijn onderwerp speelt zich immers af in de (empirische) werkelijkheid van het overheidshandelen en de afwegingen die daaraan voorafgaan. De vraag is dan of en in welke mate juridische afwegingen deel uitmaken van het totaal van die afwegingen. Het gaat daarbij niet alleen om de vraag hoe het (formele) recht in het handelen van de genoemde actoren gestalte krijgt (law and government), maar ook welke (informele) normen ontstaan bij het handelen van der actoren (law in government²⁰²).

Het verkrijgen van informatie over rechtsrelativering als resultaat van interactie tussen bewindspersonen, beleidsambtenaren en overheidsjuristen kent ten minste twee drempels. De eerste is die van de beperkte zichtbaarheid van deze overheidsinterne interactie en de tweede is de beperkte mogelijkheid daarover betrouwbare informatie te verwerven. In gesprekken blijkt dat het onderwerp rechtsrelativering – ook op het moment dat de betekenis ervan nog vaag is – direct wordt geassocieerd met handelen in strijd met rechtsstatelijke uitgangspunten, die je in onze cultuur en zeker die rondom de overheidsorganisatie belangrijk hoort te vinden. ‘Onverschilligheid is geen optie’²⁰³ als het om de rechtsstaat gaat. Dus bestaat in eerste instantie de neiging om duidelijk te maken dat daarvan geen sprake is. Zodra ik meer rekening hield met de behoedzaamheid die mijn onderwerp oproept – door zelf de rechtsstatelijkheid te relateren – verviel een deel van de terughoudendheid. Daarbij komt dat de meeste gesprekspartners een grote betrokkenheid bij het werk toonden en bijzonder positief stonden ten opzichte van studie daarover, waardoor in beginsel bereidheid tot spreken over het onderwerp bestond. In de gesprekken kwamen herhaaldelijk relevante ervaringen ter sprake, maar nadat dergelijke casus uit de praktijk waren geschetst werd daarbij steeds gewezen op de ongeschiktheid voor publicatie erover.

202 Ik gebruik de termen *law and government* en *law in government* overeenkomstig het binnen de rechtssociologie bekende onderscheid tussen *law and society* en *law in society*. Zie o.m. Hertogh 2004, p. 461 e.v.

203 Zo luidt de titel van het eindrapport van de commissie Van de Donk (zie Van de Donk 2008).

Nadat mij duidelijk werd dat terughoudendheid of sociaal wenselijke antwoorden te verwachten waren zodra het over rechtsrelativering ging en relevante praktijkcasus niet konden worden vrijgegeven besloot ik mijn onderzoek te doen aan de hand van enkele casus die om enigerlei reden in de openbaarheid zijn gekomen. Het gaat dan om een exemplarisch onderzoek, waarbij exemplarisch niet staat voor 'representatief' maar voor 'voorbeeld'. De casus zijn voorbeelden van overheidsbesluiten waarbij sprake is van overheidshandelen als uitkomst van de interactie tussen bewindspersonen, beleidsambtenaren en overheidsjuristen en waarbij het vermoeden bestaat dat dit handelen niet overeenstemt met de daarop van toepassing zijnde rechtsnormen. Passend in de fenomenologische traditie, in het bijzonder die op het terrein van symbolisch interactionistisch onderzoek, zijn de voorbeelden opvallende voorbeelden waarbij vermoedelijk meer en heviger wordt gecommuniceerd en geëxpliciteerd dan in de dagelijkse voorbeelden. In de terminologie van het symbolisch interactionisme kunnen we spreken van casus waarbij de kans om de betekenisgeving door de actoren te kunnen waarnemen en analyseren meer dan gemiddeld is.

Naast bekendheid van de casus en de vermoedelijke strijd tussen overheidshandelen en rechtsnormen is bij de keuze van de casus gelet op verschil in aard en context van de casus, om zo te kunnen gaan of de bevindingen (mede) worden bepaald door deze aard en context.

Ik heb de volgende drie casus gekozen: de besluitvorming over een wettelijke verplichting tot het aanbrengen van een buitenhoekspiegel bij vrachtwagens, die over een algemeen verbod van het dragen van een boerka en die over de steun aan de militaire inval in Irak. Er is allereerst een verschil in de aard van het onderwerp: de buitenhoekspiegelcasus is in de kern een technisch onderwerp, dat van het boerkaverbod een moreel geladen en de Irakcasus internationaal. Ook de juridische normering waarmee het overheidshandelen in casus in strijd lijkt is verschillend, namelijk Europees recht (buitenhoekspiegel), grondrechten (boerkaverbod) en volkenrecht (Irak). De casus spelen zich af binnen verschillende ministeries, namelijk Verkeer en Waterstaat (nu Infrastructuur en Milieu), Justitie (nu Veiligheid en Justitie) en Buitenlandse Zaken. Ten slotte noem ik nog het verschil in gevoeligheid binnen de overheid, niet in de laatste plaats binnen de kring van overheidsjuristen. Over de casus Buitenhoekspiegel spreken deze juristen met nauwelijks verholten trots en was de politieke gevoeligheid relatief gering.²⁰⁴ Voor de overheidsjuristen die te maken hadden met de besluitvorming over het boerkaverbod lag de casus op de pijngrens en was het thema verbonden met het politiek gevoelige integratiedebat. Meest politiek gevoelig – zoals al blijkt uit de lange nasleep – was de Irakcasus, waarover menig overheidsjurist maar liever het zwijgen

204 Dat wil zeggen: de gevoeligheid als politiek thema. Het voorval lag wel gevoelig voor de politieke bewindspersoon vanwege de op de persoon gerichte aantijgingen van hen die een wettelijk verbod bepleitten.

toe doet. Mij werd herhaaldelijk ontraden over deze casus te schrijven. De gevoelens van irritatie betreffen niet alleen de besluitvorming zelf, maar ook het uitlekken van het juridisch advies en het rapport van de commissie Davids die de besluitvorming over de politieke steun aan de oorlog tegen Irak onderzocht.

Over de casus bestond dus al enige, soms zelfs veel, informatie. Voor bij de casus betrokken overheidsjuristen was de drempel nu laag om informatie te verschaffen, aangezien het hier niet ging om het openbaar maken van de zaak. Het aantal gesprekspartners en de omvang van de gesprekken is afgestemd op de behoefte aan aanvullende informatie. In elk geval heb ik de meest betrokken overheidsjuristen en de juridische directeur geïnterviewd omdat ik uiteindelijk toespits op de rol van de overheidsjurist. Waar mogelijk heb ik ook gesproken met de bewindslieden (twee van de drie betrokken bewindslieden) en diverse anderszins betrokkenen. Beleidsambtenaren hebben in de casus geen prominente, van de minister te onderscheiden, rol gespeeld en zijn daarom niet geraadpleegd.

Is drie casus – of vijf wanneer we de Engelse, Amerikaanse en Nederlandse Irakcasus als afzonderlijke casus beschouwen – voldoende voor het trekken van conclusies? Voor een antwoord op de vraag of rechtsrelativering voorkomt en hoe de interactie tussen bewindslieden, beleidsambtenaren en overheidsjuristen dan verloopt is $n=3$ (of 5) voldoende. Het is op zichzelf al een relevant wanneer vast zou komen te staan dat de overheid in enkele gevallen waarin zij besluiten neemt het recht als (nagenoeg) irrelevant terzijde schuift. Dat neemt niet weg dat al gauw de vraag opkomt of we hier niet met drie uitzonderingen te maken hebben. Die vraag beantwoord ik op twee manieren. Het eerste antwoord bestaat in een aantal andere casus die ik in verkorte vorm en met een verkorte analyse zal opvoeren. Daarbij gaat het (slechts) om aan te geven dat er meer gevallen zijn waarin rechtsrelativering aan de orde is. Het tweede antwoord is het antwoord op de vraag of van relativeringpraktijken kan worden gesproken. Die praktijken kunnen al aan de orde komen bij de analyse van de casus, wanneer uit de opstelling en uitspraken van de actoren kan blijken dat het om een gebruikelijke handelwijze gaat. Maar ook zal ik aan de hand van interviews en analyse van publicaties van overheidsjuristen, vooral die waar zij zich uitspreken over de beroepsuitoefening, proberen te achterhalen of het aannemelijk is om van relativering als gebruikelijke handelwijze – als handelingspraktijken – te spreken. Voor dit doel heb ik de juridische directeuren van alle ministeries geïnterviewd, naast een aantal personen met een ruime ambtelijke ervaring op juridisch terrein en enkele personen die vanuit hun specifieke deskundigheid of eerdere ervaring de ministeriële organisatie – in het bijzonder het juridische deel daarvan – goed kennen.

Door te spreken, zoals ik heb gedaan, over een proces van rechtsrelativering roep ik mogelijk de suggestie op dat rechtsrelativering – in de betekenis van minder of niet belangrijk vinden van de binding aan het recht – in het verleden minder of niet voorkwam. Die suggestie komt ook naar voren waar ik stel

dat rechtsrelativering besloten ligt in de actuele kritiek (in termen van wegwerprecht en dergelijke). Het is ook mijn veronderstelling – bevestigd in een aantal interviews – dat van een dergelijke trend sprake is. Maar de toetsing van deze veronderstelling maakt geen deel uit van dit onderzoek. Ik meen dat het verifiëren en zelfs het falsifiëren ervan niet mogelijk is. Dat is vermoedelijk ook niet erg. Mocht het zo zijn dat relativering al van oude datum is, zo niet van alle tijden, dan lijkt het me niet minder zinvol een eind te maken aan een verzwegen werkelijkheid. Naast de vraag of de werkelijkheid afwijkt van het rechtsstatelijke concept stel ik de vraag of deze afwijking door overheidsjuristen als een probleem wordt ervaren en wat zij doen of zouden kunnen doen om dit probleem (in bepaalde mate) op te lossen.

1.8.3 Rechtsvergelijkend

In algemene zin is de ontwikkeling van rechtsrelativering van de ‘formal age’ naar het begin van de eenentwintigste eeuw niet verschillend op nationaal niveau. De door Kennedy beschreven grote lijnen van die ontwikkeling treffen we ook in ons land. Op dit algemene niveau ligt een rechtsvergelijking dus niet voor de hand. Op het niveau van feitelijke besluitvorming is een vergelijking wel zinvol, voor zover het onderwerp en de omstandigheden van de besluitvorming vergelijkbaar zijn. Die vergelijkbaarheid is de belangrijke voorvraag – Oderkerk spreekt over de preliminaire fase – van rechtsvergelijking.²⁰⁵ Traditioneel is voor de vergelijkbaarheid de aanwezigheid van een *tertium comparationis* bepalend. Om mijn onderzoeksobject in land A met die in land B te vergelijken heb ik een derde element nodig om beide in uit te drukken. Kokkini-Iatridou noemt het een gemeenschappelijke noemer van de te vergelijken objecten.²⁰⁶ Die gemeenschappelijke noemer kan zijn een voor land A en land B van toepassing zijnde institutie of normering.

De besluitvorming over een wettelijke verplichting tot het voeren van een buitenhoekspiegel op vrachtwagens werd veroorzaakt door een typisch Nederlands probleem. Dit onderwerp speelde niet in een van de andere Europese landen.²⁰⁷ De tweede casus, die over het verbod van het dragen van een boerka, speelde wel in andere Europese landen. In Frankrijk en in België is het boerkaverbod dit jaar wettelijk geregeld en in Italië wordt een dergelijk verbod dit jaar nog verwacht. Onlangs werd het boerkaverbod in de Duitse Bondsdag voorgesteld door de grootste oppositiepartij, de SPD. Toch ontbreekt hier een *tertium comparationis*. Ook al gaat het in de genoemde landen om dezelfde kleding, de politieke en juridische context verschillen zodanig dat we toch te maken hebben met onvergelijkbare normenkaders. Daarbij zijn er

205 Oderkerk 1998.

206 Kokkini-Iatridou 1988.

207 Buiten Europa is in casu niet relevant omdat het gaat om een vraag van Europees recht.

niet alleen enkele verschillen in politieke opportuniteit, ook in ideologische benadering. Zo kwam de wens tot een boerkaverbod in Nederland vanuit de oppositie en was het, evenals in Engeland, een onderwerp van politiek rechts. In Frankrijk was het een electoraal motief van de president en was het een onderwerp van politiek links. Voor de juridische waardering van het boerkaverbod is de norm van de 'République laïque', het weren van religies uit de publieke ruimte, van belang. Afgezien van de onvergelykbaarheid gaat de door mij geanalyseerde boerkacasus over een eerdere fase in de discussie, toen de juridische afweging nog aan de orde was en het ging over een algeheel verbod. In Nederland zijn we in tweede instantie, anders dan in de genoemde Europese landen, uitgekomen bij een pragmatische oplossing: een boerkaverbod als het dragen ervan een veiligheidsrisico oplevert of hindernis oplevert bij de uitoefening van een functie.²⁰⁸

Een rechtsvergelijking is wel mogelijk gebleken bij de analyse van de besluitvorming over de oorlog tegen Irak. Ook hier zijn verschillen, zoals besluitvorming over deelname aan de oorlogvoering (Verenigde Staten en Verenigd Koninkrijk) en over politieke steun eraan (Nederland) en de mate waarin het land was getroffen door aanslagen (vooral de VS op 9/11). Zulke verschillen zijn echter graduëel omdat de besluitvorming over politieke steun ook een oordeel over de volkenrechtelijke legitimatie van de oorlog vergt en omdat ook Engeland en Nederland de dreiging van mogelijk aanslagen ervoeren. Dit betekent dat de politieke vraag overeenkomt en vooral de van toepassing zijnde regels van het volkenrecht kunnen worden beschouwd als de gemeenschappelijke noemer. Ook zijn er verschillen tussen de drie landen waar het gaat om de positie van overheidsjuristen en om opvattingen over de relatie tussen politiek en recht. Maar dit zijn verschillen die juist relevante aspecten van de casus betreffen.

Tot zover heb ik aangegeven waarom ik een rechtsvergelijking in het kader van de casus over Irak mogelijk vond. Daarmee is nog niet gezegd waarom een dergelijke vergelijking zinvol zou kunnen zijn. Mijn verwachting was dat een vergelijking zicht zou bieden op andere interpretaties van de relatie tussen politiek en recht, tot andere type interacties en tot andere beroepsopvattingen van overheidsjuristen. Die verwachting is naar mijn mening uitgekomen. Daarbij ben ik wel verschillen in overheidsorganisatie en de positie van overheidsjuristen daarbinnen tegengekomen, maar ik meen dat deze verschillen niet hebben geleid tot onvergelykbaarheid van de bevindingen. Het is zeker zo dat het feit dat de hoogste juridisch adviseur in Amerika en Engeland veel hoger in de organisatie zitten dan die in Nederland van invloed is, zoals ook het Amerikaanse spoils system invloed heeft op de loyaliteit van de juridisch adviseurs aan de top. Maar ook voor deze verschillen geldt dat zij gradaties

208 Intussen zijn we – mei 2012 – weer terug bij de politieke discussie over een algeheel verbod, met onzekerheid over de uitkomst ervan.

geeft op aspecten waarop mijn analyse zich nu juist richt en daarom ten minste laten zien hoe het ook kan.

1.9 SAMENVATTING HOOFDSTUK 1 EN INDELING

In dit inleidende hoofdstuk is allereerst de overgang geschetst van een overheid die zowel ambtelijk als parlementair een juristenoverheid was, naar een overheid waar juristen zich afstandelijk en kritisch mee gingen verhouden. Heeft dit gevolgen gehad voor de relatie tussen recht en overheid? Dat lijkt ten minste plausibel als we kijken naar de diverse kritieken op het juridische overheidsterrein, waaruit het vermoeden naar voren komt van een relativering van het recht door de overheid. Die relativering, in de zin van een verzwakking van de betekenis van het recht, is niet nieuw. In kort bestek is zij geschetst als een doorlopende (lineaire) ontwikkeling vanaf het einde van de 19^e eeuw. Het gaat om – vaak positief te duiden – aanpassingen van het recht die het recht steeds relatiever maken; relatiever ten opzichte van maatschappelijke normen, ten opzichte van de macht en ten opzichte van het beleid. De algemene vraag is of deze relativering in de huidige periode uiteindelijk leidt naar betekenisverlies van het recht in de zin dat het niet meer belangrijk wordt gevonden. Termen als ‘recht in de ramsj’ en ‘wegwerprecht’ wijzen op een volledig verlies van betekenis.

Om de algemene vraag te beantwoorden zal ik eerst de vraag beantwoorden wat relativering van recht feitelijk is. In hoofdstuk 2 zal ik daartoe de in dit hoofdstuk kort aangegeven elementen van relativering nader invullen. Wanneer dan duidelijk is aan welke feitelijke voorwaarden moet zijn voldaan om (de mate van) rechtsrelativering vast te stellen is de vraag aan de orde hoe deze in de interactie tussen bewindspersonen, beleidsambtenaren en overheidsjuristen tot stand komt en de vraag welke rol de overheidsjurist daarbij in het bijzonder speelt en wat bepalend is voor die rol. Een antwoord op deze vragen probeer ik te geven in het derde hoofdstuk, aan de hand van een aantal casus. In het vierde hoofdstuk wil ik vervolgens nagaan of rechtsrelativering beperkt blijft tot de gekozen casus of dat gesproken kan worden van rechtsrelativering als handelingspraktijk. De laatste vraag is dan wat te doen staat indien rechtsrelativering als handelingspraktijk van de overheid blijkt voor te komen, waarbij ik in het bijzonder wil kijken naar het aandeel van de overheidsjurist daarin. Op deze vraag zal ik ingaan in het vijfde hoofdstuk. In het laatste hoofdstuk 6 geef ik mijn conclusies en samenvatting.

2 | Operationalisering

2.1 INLEIDING

In het volgende hoofdstuk wil ik aan de hand van enkele casus nagaan of en hoe rechtsrelativering zich afspeelt in de praktijk van het overheidshandelen. Daarmee zoek ik een antwoord op eerste drie vragen die ik formuleerde in het voorafgaande hoofdstuk: de vraag wat rechtsrelativering is, hoe die tot stand komt als resultaat van interactie tussen bewindspersoon, beleidsambtenaar en overheidsjurist en wat daarbij de rol van de overheidsjurist is. In het inleidende hoofdstuk zijn deze drie vragen al wel globaal beantwoord. Van rechtsrelativering is sprake wanneer het overheidshandelen zeker in strijd is met daarop van toepassing zijnde rechtsnormen zonder dat voor dit non-conforme handelen een serieuze rechtvaardiging wordt gegeven. Daarbij heb ik opgemerkt dat de zekerheid en de serieusheid hier relatieve begrippen zijn.

Voor de mate van relativering van recht zou, naast het onderscheid in de mate van zekerheid over de onrechtmatigheid, ook de mate van onrechtmatigheid relevant kunnen zijn. Er zou immers van meer relativering sprake zijn naarmate de onrechtmatigheid meer ingrijpend kan worden genoemd. Ik ben echter tot de conclusie gekomen dat overtuigende criteria ontbreken om een mate van onrechtmatigheid vast te stellen. Men spreekt wel van recht met een kleine *r* en recht met een grote *R* of van A- en B-grondrechten, zoals toenmalig minister De Graaf dat deed om de procedure tot wijziging van de Grondwet te kunnen nuanceren.¹ We zoeken in dergelijke benaderingen naar een gradatie van maatschappelijke belangen die door de desbetreffende normen worden beschermd. Een blik naar het politieke decor kan duidelijk maken dat dit – zeker in wetenschappelijk opzicht – een twijfelachtige exercitie zou zijn.²

Een aannemelijker en meer haalbare gradatie biedt de hiërarchie van normen zoals die (gedeeltelijk) is geregeld in de Wet Algemene Bepalingen en in de Grondwet. Het gaat hier echter in hoofdzaak om een onderscheid

1 Ter gelegenheid van de opening van het Academisch jaar 2005 aan de Academie voor Wetgeving.

2 Vergelijk de diverse bezuinigingsexercities bij de overheid, waarbij getracht wordt problemen te prioriteren, kerntaken te onderscheiden en dergelijke. Het vierde Kabinet Balkenende heeft besloten om bezuinigingsmaatregelen voor te laten bereiden door een twintigtal ambtelijke werkgroepen. Een dergelijke operatie zou aanmerkelijk kunnen worden vereenvoudigd indien het opstellen van een hiërarchie van maatschappelijke problemen mogelijk zou zijn geweest.

in juridische betekenis. Verschil in maatschappelijke betekenis van de desbetreffende bepaling volgt daar niet onmiddellijk uit. Zo zijn de voorrangsregels genoemd in de Wet AB al moeilijk te zien als een onderscheid naar inhoudelijke betekenis. De nieuwere bepaling vertegenwoordigt niet vanzelfsprekend het grootste belang. Dat is bij het hiërarchische onderscheid tussen verdrag, grondwet en wet wat waarschijnlijker, maar zeker niet evident. Algemeen gezegd: de regel die juridische voorrang krijgt is nog niet juridisch of maatschappelijk belangrijker in die zin dat een inbreuk erop meer of mindere onrechtmatigheid impliceert.

Het is wel aannemelijk een onderscheid te maken tussen rechtsnormen en juridische vaknormen wanneer we aannemen dat deze tot het (positieve) recht behoren. In het algemeen is dat niet het geval, voor zover zij niet in een formele of materiële wet zijn opgenomen. Florijn³ beschouwt, in navolging van Borman,⁴ de Aanwijzingen voor de regelgeving – de vaknormen voor de wetgevende arbeid – als interne richtlijnen. Van Ommeren rekent deze aanwijzingen tot het beleid.⁵ Dit laatste is een opmerkelijke definiëring en gaat kennelijk uit van de gedachte dat alles wat binnen de overheidsorganisatie geen recht kan worden genoemd beleid is. Dat zou dan betekenen dat deze vaknormen nooit in de weg kunnen staan waar het gaat om een beleidsvoornemen, want dan zou het immers gaan om een afweging tussen beleid en beleid. Daarmee zijn we dan niet aan de vraag wat de betekenis is van die vaknormen maar of zij betekenis hebben. Die betekenis ontleen zij aan de kennelijke bedoeling op een juridische wijze te normeren. Je zou kunnen zeggen: te normeren alsof het rechtsnormen zijn. Dat een deel van die vaknormen – zoals de Aanwijzingen voor de regelgeving – worden vastgesteld bij besluit van de minister-president geeft ook aan dat de vaknormen zijn opgesteld om het beleidshandelen te normeren, niet om deel van het beleid te zijn. Wel is het zo dat een deel van de vaknormen direct gevolg zijn van beleid, zoals de norm dat bij het opstellen van regelingen de eventuele gevolgen daarvan voor (onder meer) het milieu moeten worden gekwantificeerd.⁶ Daarnaast zijn er ook vaknormen die een directe uitwerking zijn van rechtsnormen of – beginselen.⁷

Het onderscheid in meer of minder belangrijk recht en de hiërarchiebepalingen in de Wet Algemene Bepalingen leveren dus wel een onderscheiding op, maar niet een waaraan heldere criteria zijn te ontleen voor het latere onder-

3 Florijn 2010.

4 Borman 2000.

5 Zie Van Ommeren 2009.

6 Zoals in aanwijzing 256 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

7 Zoals aanwijzing 15 van de Aanwijzingen voor de regelgeving waarin staat dat geen onevenredigheid mag bestaan tussen het doel van een regeling en het nadeel van de belanghebbenden. Het gaat hier om de norm die we ook al vinden in de Algemene wet bestuursrecht, artikel 3:4, tweede lid. Verderop kom ik terug op de juridische vaknormen.

zoek. Dat lijkt mij ook het geval bij het onderscheid rechtsnormen versus juridische vaknormen.

Het antwoord op de vraag hoe rechtsrelativering tot stand komt is tweërlei: (a) door de interactie tussen bewindspersoon, beleidsambtenaar en overheidsjurist⁸ en (b) door de overheidsjurist. Als resultaat van de interactie is dan de meeste kans op relativering wanneer de opstelling van de actoren *policy driven* is en waarbij de bewindspersoon (en de beleidsambtenaar) zo dominant is dat de vermoedelijk tegenstrevende overheidsjurist het non-conforme handelen niet kan tegenhouden. De tweede mogelijkheid is dat de overheidsjurist zelf de rechtsrelativering bevordert. In dat geval kan worden aangenomen dat bewindspersoon of beleidsambtenaar hieraan geen tegenwicht biedt. De overheidsjurist zal een rechtsrelativerende opstelling kiezen indien hij zich als jurist *embedded* opstelt en als professional een loyale opstelling kiest.

In het eerste hoofdstuk zijn deze drie aspecten – het voordoen van rechtsrelativering, de interactie en de opstelling van de overheidsjurist – nog dichotoom ingevuld. Omdat het hier niet om absolute maar relatieve onderscheidingen gaat zullen deze dichtomieën in dit hoofdstuk worden genuanceerd naar gradaties aan de hand waarvan de casus in het volgende hoofdstuk kunnen worden geanalyseerd.

2.2 GRADATIES IN JURIDISCHE ZEKERHEID

Het juridische normenkader laat de nodige interpretatieruimte. Juristen komen niet altijd tot hetzelfde antwoord op de vraag welke rechtsnormen van toepassing zijn op gegeven feiten. Enkele jaren geleden wees Stolker op deze wat hij noemde kwetsbaarheid van de rechtswetenschap.⁹ Als voorbeeld noemde het zogenoemde Wrongfull life proces waarbij de vraag aan de orde was of opvoedingskosten als schadevergoeding konden worden toegekend omdat een ernstig gehandicapt kind ten onrechte in leven was gebleven. Negen antwoorden telde Stolker en terzake kundige juristen konden daaruit niet het juiste antwoord bepalen.

Een consequentie van wat Stolker naar voren brengt is dat de jurist niet met zekerheid kan vaststellen wat de consequentie van het juridische normenkader heeft voor bepaalde feiten, handelingen of problemen. Uit de reacties die Stolker bleek te hebben uitgelokt blijkt dat sommigen aanleiding zien om die zekerheid van de jurist te verhogen door verbetering van zijn methoden. De redeneerwijze van de jurist is voor verbetering vatbaar¹⁰ en deze verbetering kan worden bereikt door toepassing van de (empirisch) wetenschappelijke

8 Afhankelijk van de casus kunnen meerdere bewindspersonen, beleidsambtenaren en overheidsjuristen betrokken zijn.

9 Stolker 2003.

10 Zie Vranken 2005.

methode.¹¹ Anderen beschouwen de mogelijkheid van meerdere antwoorden als behorend bij het juridische normenkader. In deze normen ligt namelijk niet een algemeen erkende betekenis vast, die op al dan niet wetenschappelijke wijze kan worden achterhaald. Zoals de wetstekst het resultaat is van een overeenstemming (compromis) tussen verschillende opvattingen, zo krijgt die tekst in de samenleving, de rechtsgemeenschap, weer verschillende betekenissen. Dus niet een juiste, door de wetgever bepaalde interpretatie van de norm, maar meerdere juiste interpretaties, ontwikkeld binnen diverse interpretatieve eenheden (*interpretative communities*).¹² In rechtsprocessen treffen we gewoonlijk ten minste twee interpretaties van eenzelfde rechtsnorm, zonder dat op grond van rechtswetenschappelijk inzicht steeds een van beide als de enig juiste kan worden aangemerkt. Wat natuurlijk iets anders is dan dat op die grond geen keuze zou kunnen worden gemaakt.

Ondanks alle verschillen in opvatting blijkt eenstemmigheid over het feit dat de jurist (lang) niet altijd het juiste antwoord kan geven op een rechtsvraag, afgezien of hieraan een gebrekkige methodische ontwikkeling dan wel de normativiteit van de vaststelling van het recht ten grondslag ligt. Voor het doen van uitspraken over de rechtmatigheid van het overheidshandelen zou dit impliceren dat de relatie tussen dit handelen en de daarop betrekking hebbende normen niet met zekerheid is vast te stellen. Overheidsjuristen zouden dan steeds moeten volstaan met de constatering dat het voorgenomen overheidshandelen waarschijnlijk in overeenstemming is met het juridische normenkader. Dat dit steeds het geval zou zijn is niet waarschijnlijk. Hart onderscheidt hier de clear (of plain) cases van de hard cases.¹³ De eerste zijn de gevallen die vallen onder de betekenis-kern van de regel. Met andere woorden: ook al heeft de wetgever de belangenafweging geëxpliciteerd dan blijven er nog moeilijke gevallen over waarin niet duidelijk is of een specifiek geval

11 Zie Barendrecht e.a. (2004), Van Gestel en Vranken (2007) en Van Gestel (2008).

12 Zie o.m. Westerman en Wissink (2008).

13 Zie Hart 1994. Ik ga hier (voorlopig) voorbij aan de discussie over de vraag of sprake kan zijn van hard cases in de door Hart aangegeven betekenis. In de betekenis van Hart zijn hard cases de (uitzonderlijke) gevallen waarin het recht niet voorziet en de clear of plain cases de gevallen waar de 'juiste' oplossing kan worden gevonden. Daartegenover staat de opvatting dat in het recht niet de juiste oplossing (ter vinding) klaarligt, maar dat (altijd) tot een meest juiste oplossing wordt gekomen door een interpretatieconours. In deze benadering – van o.a. Dworkin (1977) – kan men zeggen dat elke case een clear case is of elk een hard case. Ook in de benadering waarin we – zoals Dworkin – ervan uitgaan dat juridische waarheid discussiewaarheid is (deze term ontleen ik aan Soeteman 2009), kunnen we gevallen onderscheiden waarin we meer of minder over harde gegevens beschikken en gevallen waarin meer of minder ruimte voor argumentatie en discussie resteert. Anders dan bij rechtspraak echter is de rechtsvinding bij het bestuurlijk en wetgevend handelen van de overheid minder discursief waar het de juridische argumentatie betreft. Het onderscheid clear versus hard cases is niet onbetwist gebleven. Kennedy meent dat Hart hier voorbij gaat aan de 'initial framing' – de 'eerste inschatting van de situatie (...) waarin normen conflicteren dan wel afwezig zijn' (Kennedy 2004, p. 244) – op grond waarvan een keuze tussen hard en plain cases pas kan worden gemaakt.

wel onder de regel valt. Dan volgen de hard cases, waarbij de feiten en handelingen niet 'automatisch' onder de norm vallen.

Bij clear cases zijn we in staat om de rechtmatigheid van het overheidshandelen met de nodige zekerheid vast te stellen, omdat daar de relatie tussen norm en feit, tussen het handelen van de overheid en het daarop betrekking hebbende deel van het juridische normenkader met een hoge mate van zekerheid is vast te stellen. Voor alle duidelijkheid: het gaat hier niet om de vraag of de regels duidelijk of niet duidelijk zijn. 'For all rules (except very badly drafted ones) there are some clear cases, and for some there are many clear cases', zo licht MacCormick de bedoeling van Hart toe.¹⁴ Wanneer wij met 50 kilometer per uur een verbodsbord waarop 30 staat passeren, dan kan men niet in redelijk volhouden dat je verschillend kunt denken over de vraag of sprake is van een overtreding van de maximum toegestane snelheid.¹⁵ In de clear cases is het recht min of meer eenvoudig te vinden. Min of meer, want de rechter kan, bijvoorbeeld, sanctieoplegging onwenselijk vinden, waardoor de helderheid alsnog afneemt.

Wanneer een minister besluit privé-klinieken bij wet te verbieden dan is de inbreuk op juridische normen – in casu die van Europees recht – met zekerheid vast te stellen. Dat neemt natuurlijk niet weg dat overheidsjuristen die toch de opdracht krijgen een dergelijke regeling op te stellen mogelijk wel enige argumentatie kunnen bedenken.¹⁶ We kunnen dan, met Kennedy, spreken van strategisch interpretatiegedrag van deze juristen. Kennedy onderscheidt drie typen van dit gedrag: (1) de aanvankelijk gevonden norm wordt vervangen door een andere norm onder het voorwendsel dat een uitzondering geboden is,¹⁷ (2) een hard case voorstellen als een clear case (bepaaldheid creëren) en (3) een clear case als een hard case voorstellen (bepaaldheid teniet doen).¹⁸

14 MacCormick (2008).

15 Ik ontleen het voorbeeld aan MacCormick 2008.

16 Het voorbeeld is ontleend aan de werkelijkheid. Destijds legde minister Borst namens het Kabinet een wetsontwerp gericht op een (tijdelijk) verbod van privé klinieken voor aan de Raad van State. In de beantwoording van een vraag hierover van het kamerlid Ouwerkerk merkt de minister op dat de Raad van State haar een 'advies met een tamelijk negatieve strekking' heeft gegeven, waarover de minister zich zou beraden. Zie *Kamerstukken II 1997-1998, Aanhangsel, nr. 551*. Om begrijpelijke reden hebben wij van dit wetsontwerp niet meer vernomen. Het was een clear case.

17 Dit type strategisch interpretatiegedrag komt overeen met wat Smit (2009).

18 Ik vat hier kort samen uit Kennedy 2004, p. 247. Voor het rechterlijk optreden vindt Kennedy strategisch interpretatiegedrag gewenst. Hij stelt zelfs dat de rechter en de jurist legitimiteit zouden verliezen door het niet te doen (p. 251). 'Trouw aan het recht' – een opdracht aan rechters en juristen – impliceert een combinatie van een positief en een ideaal element. Later blijken het niet alleen ideële maar ook materiële belangen te kunnen zijn die rechter en jurist in hun rechtstoepassing mogen meewegen. In hoofdstuk 6 kom ik nog terug op de vraag of strategisch interpretatiegedrag ook voor overheidsjuristen legitiem moet worden geacht. Duidelijk mag zijn dat Kennedy – als vertegenwoordiger van de CLS (Critical Legal Studies) – dit strategische gedrag ten gunste wilde laten werken van de 'onderdrukten'.

Overheidsjuristen zijn genoopt tot dit strategisch interpretatiegedrag in de gevallen waarin het uit enig beleidsdoel voortkomend overheidshandelen zich niet verhoudt met daarop betrekking hebbende juridische normen. Dan schatten overheidsjuristen ook risico's in. Daarbij gaat het dan niet om de vraag of een volgende beoordelende instantie het (voorgenomen) handelen in strijd met juridische normen acht, maar of het bij een volgende instantie komt, of dat het mogelijk zo laat bij die instantie komt dat het doel al behaald is of dat de volgende instantie anders handelt dan van die instantie mag worden verwacht (fouten of 'omgaan'). Een voorbeeld op gemeentelijk niveau is het sluiten van een horecagelegenheid ofschoon daarvoor geen rechtsgronden zijn. Door het tijdsverloop bestaat dan een gerede kans dat de zaak gesloten blijft, ook al legt de uitbater de zaak aan de rechter voor en de rechter de sluiting onrechtmatig acht.

Het zal duidelijk zijn dat de mate waarin men kan spreken over evidente strijd met van toepassing zijnde rechtsnormen afhankelijk is van de opvatting die men heeft over de flexibiliteit van het recht. De hier gevolgde opvatting is die van Hart, dat (vrijwel) elke rechtsregel meer of minder clear cases onder zich heeft en dus ook meer of minder hard cases. Voor ten minste een beperkt aantal gevallen is de rechtsregel een gids aan de hand waarvan gevallen kunnen worden gedetermineerd. In de gevallen waarin van de uitkomst van deze determinatie wordt afgeweken kan worden gesproken van evidente strijd met het recht.

Indien het resultaat van genoemde determinatie een ongewenste relatie tussen juridische norm en (voorgenomen) overheidshandelen oplevert zal veelal naar een andere juridische norm worden gezocht, uitgaande van het beoogde handelen. Deze omgekeerde rechtsvinding – van feit naar norm in plaats van norm naar feit – kan alsnog leiden naar een (alternatieve) norm die in redelijke verhouding lijkt te staan met het gekozen handelen. Is van een dergelijk redelijke verhouding geen sprake, dan spreek ik hier van evidente relativering van juridische kwaliteit.

Indien, zoals bij hard cases, de norm 'niet voor zichzelf spreekt' en dus ten overstaan van politicus of beleidsambtenaar niet kan worden gezegd dat het beleidsvoornemen zeker tot onrechtmatigheid zal leiden, dan zal de overheidsjurist trachten zijn negatieve advies op andere wijze kracht bij te zetten. Een beroep op de rechtsstaat is een bij politici en beleidsambtenaren onpopulair machtswoord. Succesvoller, althans beter in het collegiale gehoor liggend, is vermoedelijk het wijzen op mogelijke risico's, waarbij de overheidsjurist dan in negatieve zin anticipeert op een oordeel van toetsende instanties, vooral van de rechter met de daaraan verbonden nadelen als beleidsbeëindiging, schadeplichtigheid, imagoschade en dergelijke.

Voor de overheidsjurist kan onzekerheid over een rechtmatigheidsbeoordeling moeilijk zijn, omdat politieke beleidsvoerders hun ambitie niet snel laten temperen door de jurist die stelt dat het voorgenomen handelen waarschijnlijk in strijd met het recht zullen zijn. Onder overheidsjuristen zijn verschillende

aanduidingen van juridische (on)zekerheid in omloop.¹⁹ Voor een hanteerbare gradatie hanteer ik hier de onderscheidingen: onhoudbaar, verdedigbaar, houdbaar en juridisch beste oplossing. Over elk van deze aanduiding geef ik nog een korte invulling.

2.2.1 Juridisch onhoudbaar

Van een onhoudbare zaak is sprake wanneer zekerheid bestaat over de onrechtmatigheid van het (voorgenomen) overheidshandelen. De overheidsjurist zal hiervan spreken indien hij geen argumentatie kan bedenken waarmee gezaghebbende instanties, zoals de Raad van State, het parlement of de gewone rechter, zijn te overtuigen van de rechtmatigheid van het handelen of tenminste de aannemelijkheid daarvan. Zoals hiervoor al aangegeven is het aantal gevallen waarin van een dergelijk stelligheid sprake is vermoedelijk beperkt. Veel juristen zullen daarom geneigd zijn zich niet zo absoluut te uiten en bij voorkeur spreken in voorzichtiger termen als vrijwel onhoudbaar of moeilijk houdbaar. Die neiging zullen zij meer hebben naarmate het recht in hun opvatting meer flexibel is.

Voor de hantering van het criterium 'onhoudbaar' bij de hiernavolgende analyse van casus is een zekere objectivering de genoemde zekerheid (over de onrechtmatigheid) nodig. Die objectivering zoek ik in een aanwijsbare intersubjectiviteit: indien de bij een casus betrokken overheidsjuristen en (vrijwel) alle op het desbetreffende terrein deskundige juristen menen dat het (voorgenomen) overheidshandelen in casu onrechtmatig is ga ik ervan uit dat aan het zekerheidscriterium is voldaan.

2.2.2 Juridisch verdedigbaar

Van een verdedigbare zaak is sprake wanneer het vermoeden bestaat van onrechtmatigheid, maar de mogelijkheid wordt gezien van een juridische redenering op grond waarvan het (voorgenomen) overheidshandelen rechtmatig, althans niet onrechtmatig, kan worden aangenomen. Voor de advocaat bepaalt dit criterium of hij zijn cliënt kan adviseren te procederen en tevens of hij mag weigeren voor de cliënt op te treden. Verdedigbaar betekent ook dat eventueel de grenzen van het recht c.q. de wet zal worden opgezocht, zoals bij het invullen van het belastingformulier niet de plicht bestaat, althans niet wordt ervaren, dat na het vinden van een aftrekpost eerst nog moet worden nagegaan of deze in redelijkheid wel kan worden benut en of dit wel de

19 Zie De Vries in Kraan (2005), p. 27: "Moeten zij (*overheidsjuristen*) toetsen wat juridisch het beste is of zich beperken tot de vraag of een beleidsvoornemen juridisch verdedigbaar is, houdbaar voor de rechter of in ieder geval niet volstrekt juridisch onhoudbaar?"

bedoeling van de wetgever is geweest. De vraag is of dit ook voor de overheid – en daarmee voor de overheidsjurist – geldt. Mag de overheid tot handelen overgaan wanneer het vermoeden van onrechtmatigheid bestaat en waarbij met interpretatief kunst en vliegwerk de rechtmatigheid wordt beredeneerd? In het eerste hoofdstuk (par. 1.6.3) gaf ik, met de toelichting van Waldron daarop, een negatief antwoord.

2.2.3 Juridisch houdbaar

Met de aanduiding ‘houdbaar’ wordt aangegeven dat er een vermoeden van rechtmatigheid bestaat en dat daarvoor ook een goede motivering bestaat. Met ‘houdbaar’ wordt ook aangegeven dat er mogelijk andere interpretaties denkbaar zijn, maar dat de gevonden interpretatie zal volstaan wanneer gezaghebbende organen over het desbetreffende overheidshandelen een oordeel of advies moeten geven.

2.2.4 Juridisch beste oplossing

In tegenstelling tot het voorafgaande criterium is hier geen sprake van alternatieve opties. Het gaat hier om een clear case bij uitstek, waarbij over de rechtmatigheid volstreekte zekerheid bestaat – althans wordt ervaren – en (slechts) een, min of meer evidente, redenering kan worden gevolgd. Gelet op het voorafgaande zal duidelijk zijn dat twijfel bestaat of zich dergelijke situaties wel voordoen en er twijfel over kan bestaan of de overheidsjurist er goed aan zou doen om dit criterium te hanteren bij de beoordeling van hem voorgelegde zaken.

2.3 GRADATIES IN RECHTVAARDIGENDE POLITIEKE EN BELEIDSOVERWEGINGEN

Wanneer wij spreken over onrechtmatigheid in de zin van beperking van de toepassing van het juridisch normenkader ten behoeve van aan het politieke beleid ontleende criteria, dan laat zich de vraag stellen naar het gewicht aan deze criteria. In overkoepelende termen staan we hier voor een afweging tussen het plaatsmaken van het recht als het juridische normenkader voor dat van het politiek bestuurlijke normenkader. In de voorafgaande paragrafen heb ik getracht enig verschil in gewicht te onderscheiden bij de zekerheid over de rechtmatigheid (van het overheidshandelen). In deze en de volgende twee paragrafen beproef ik een gradatie in gewicht van de beleidsoverwegingen die het voldoen aan van toepassing zijnde rechtsnormen in de weg zouden (mogen) staan. Hierbij onderscheid ik politieke, rationele en strategische beleidsoverwegingen. De begrippen politiek, rationeel en strategisch zijn niet

geschikt voor het aangeven van scherpe scheidingen. Beleidsoverwegingen hebben gewoonlijk een politieke, rationele en strategische kant. Een besluit tot wegverbreding kan vooral zijn ingegeven door politieke overwegingen (bijvoorbeeld opgenomen in het partijprogramma van de minister of in het regeringsprogramma) en tegelijkertijd zijn gebaseerd op rationele overwegingen (bijvoorbeeld op basis van berekening van milieubelasting, verkeersplanning en dergelijke) en strategische overwegingen (bijvoorbeeld toegeven aan wensen om als bewindspersoon niet onder teveel politieke of maatschappelijke druk te komen). Het hieronder gemaakte onderscheid is dus niet absoluut.

2.3.1 Politieke overwegingen

De eerdergenoemde juristen uit de jaren vijftig vreesden de juridische verstoring waarbij de overheid in de verzorgingsstaat het nastreven van politieke doelen zwaarder zou laten wegen ten detrimente van de binding aan het recht. Voor de vermaarde overheidsjurist J.M. Kan was het aan het einde van de jaren zeventig van de vorige eeuw al duidelijk dat het gevreesde zich al had voltrokken.

In het interview dat Van Maarseveen hem afnam kwam ter sprake dat na Van der Pot's geschiedenis van het staatsrecht geen groot werk op dit terrein meer was verschenen. Kan vindt dat ook niet meer zinvol.

‘Neen, ik zie die niet meer, en ronduit gezegd ik weet het ook niet meer. Vooral ook niet omdat het juridische hoe langer hoe irrelevanter aan het worden is, de politiek overtroeft alles.’

Van Maarseveen:

‘Bedoel je daarmee dat de politici hoe langer hoe minder toegankelijk zijn voor juridische argumenten?’

Kan:

‘Dat ook. Maar nog meer dat de scheidslijnen tussen beleidsoverwegingen en juridische argumenten aan het wegvallen zijn. Juridische argumenten hebben hoe langer hoe minder zelfstandige betekenis. De staatsrechtswetenschap kan dat verschijnsel signaleren, beschrijven en misschien zelfs verklaren. Maar een eigen bijdrage leveren aan de ontwikkelingen, een zelfstandige inbreng dus, daar ben ik alleen maar somber over.’

In de reactie van Kan komen eigenlijk twee bezwaren naar voren die beide de relatie politiek en recht betreffen. De eerste is dat het recht niet meer boven de politiek staat en de tweede dat recht geen afgebakend geheel meer is. Voor

de klassieke jurist²⁰ zijn deze beide uitgangspunten min of meer vanzelfsprekend verbonden aan het zijn van rechtsstaat. De eerste, het primaat van de politiek, is in de eerste plaats gekoppeld aan het beginsel van de democratie. De redenering is dan dat de overheid weliswaar aan de wet gebonden is, maar dat de politiek²¹ beslissend is voor het ontstaan van de wet en ook voor de bepaling van de te beschermen belangen.²² Met het politieke primaat wordt ook wel het gezag van politici over ambtenaren uitgedrukt.²³ In het algemeen kan worden geconcludeerd dat op staatsrechtelijk terrein het primaat van het recht de dominante opvatting is als deel van de interpretatie van onze rechtsstaat.²⁴ Dat wil zeggen: als geldende norm.²⁵ Dit neemt niet weg dat in de laatste twee decennia herhaaldelijk (een herstel van) het politieke primaat aan de orde is gesteld. Het ging daarbij echter om specifieke zaken zoals (het herstel van) de zeggenschap over ZBO's en de mogelijkheid voor de Kamer om de minister hierop aan te spreken, over de verhouding tussen bewindslieden en ambtenaren of als pleidooi voor een dynamischer en flexibeler overheidsoptreden.

De betrekkelijke eenstemmigheid over de staatsrechtelijke vraag van het primaat van het recht treft men veel minder waar het gaat om de rechtstheoretische vraag van autonomie van het recht. Zamboni²⁶ vat de uiteenlopende opvattingen van rechtstheoretici in drie modellen samen: het autonomy, het embedded en het intersecting model. Ik geef ze hier in het kort weer.

Het autonomy model

Onder de aanduiding 'autonoom model' vat Zamboni alle rechtstheoretische opvattingen volgens welke politiek en recht gescheiden zijn. De politiek is dan het terrein van gezag en waarden en het recht het terrein van normen. Deze normen worden niet ontleend aan de politiek of enig ander externe bron, maar aan het recht zelf. In termen van het rechtspositivisme van Kelsen gaat het om de scheiding tussen het subjectieve van de politiek en de objectiviteit van het recht. Die objectiviteit is volgens Kelsen gelegen in het grote (hiërarchische) geheel van wetgeving (*Stufenbau*) waarvan rechtsoordelen – onafhankelijk van de subjectieve opvattingen van de rechter, de professional of de politicus – kunnen worden afgeleid.

20 In de betekenis die Kwak (2005) daaraan gaf.

21 Daarmee kan dan regering, parlement of beide worden bedoeld. Zie hierover Sap in Van Ommeren en Zijlstra (2003), p. 79.

22 Zie De Haan, Drupsteen en Fernhout (2001), p. 8.

23 En over 'maatschappelijke middenveld, media en rechter', zoals Sap aangeeft.

24 Zie onder meer: Burkens e.a. 1997. Expliciet hierover: Niessen (2003).

25 Dat is dus iets anders dan de werkelijkheid. Daarover bestaat groter twijfel, met name bij hen die het rechtsprimaat serieus nemen. Naast al genoemde auteurs wijs ik hier op Van der Heijden (1999) die concludeert dat het primaat van het recht door dat van de politiek terzijde is gezet. Herhaaldelijk kritisch op dit punt is de vice-president van de Raad van State in de algemene beschouwing als onderdeel van zijn jaarverslagen.

26 Zamboni (2004).

In de *analytical jurisprudence* van Hart is het niet het hiërarchisch gestructureerde normencomplex maar de taal van het recht die zich onderscheidt van de politiek. Die taal kenmerkt zich door algemene geldigheid en duurzaamheid.

Bij Kelsen en Hart heeft het recht een eigen, autonome gedaante ten opzichte van de politiek. De uiteindelijke (rechts)bindende kracht van het normensysteem van Kelsen ligt in, wat hij noemt, de basisnorm. Deze Grundnorm, die onderdeel uitmaakt van het recht zelf, is bepalend voor de vraag of rechtsnormen rechtsnormen zijn. Wat de basisnorm is bij Kelsen, zijn bij Hart de *rules of recognition*, maar met één belangrijk verschil. Deze is dat de basisnorm geformaliseerd en fictief is en dus los staat van de opvattingen van de actoren binnen het recht. De *rules of recognition* van Hart zijn werkelijk waarneembare normen die aangeven hoe rechtsregels kunnen worden herkend.

Het embedded model

In het omvattende model is recht politiek. Het is niet de gemeenschap van juristen die bepaalt wat recht is, maar de samenleving. Ook externe normatieve behoeften, zoals die aan rechtvaardigheid, vertrouwen of doelmatigheid, kunnen daarmee tot het recht behoren. In de tot dit model behorende rechtstheorieën is het recht wel een eigensoortig normatief geheel, maar de vraag of normen tot het recht behoren wordt buiten het recht bepaald. In die zin is het recht hier niet gefixeerd en zelfreferentieel, maar flexibel en extern gelegitimeerd. Zijn normatieve en verplichtende karakter maakt het recht uitermate bruikbaar voor de realisering van maatschappelijke, politieke waarden.

Het omvattende model treffen we vooral in de moderne natuurrechtsleer van Finnis. Volgens deze leer is recht – zoals bij de rechtspositivisten – wel een van de politiek te onderscheiden geheel van gezaghebbende uitspraken, maar staat het – anders dan bij de rechtspositivisten – in dienst van de realisering van het algemeen belang. Het recht is een (politiek) instrument om, door de politiek geëvalueerde, publieke belangen te realiseren. In de visie van de *Critical Legal Studies* (CLS) beweging bevindt het recht zich nog meer in de greep van de politiek. Ofschoon de CLS-theoretici wel oog hebben voor het onderscheid tussen politiek en recht, tussen politieke propaganda en gezaghebbende rechtsuitspraken, menen zij dat het recht geheel doortrokken is van de bestaande politieke ideologieën en waardeconflicten.²⁷

Het is, volgens de binnen dit omvattende model te begrijpen theoretici, dus niet van het recht maar van de politieke omgeving afhankelijk of een norm tot de rechtsnormen kan worden gerekend. Er is daarom door hen de nodige aandacht besteed aan de vraag op welk moment, onder welke voorwaarden van een rechtsnorm kan worden gesproken. Door de open relatie tussen

27 Zamboni vat onder de paraplu van deze kritische benadering ook bestaande feministische rechtstheorieën en postmoderne benaderingen van het recht.

politiek en recht wordt deze overgang steeds als proces beschreven. Het kan bijvoorbeeld worden beschreven als het ontstaan van een meerderheidsopinie onder rechters (*Law and Economics school*), of om de *determinatio*, zoals Finnis het proces van transformatie van politieke principes naar recht aanduidt.

Het intersecting model

Ofschoon beide voorafgaande modellen de grote meerderheid van de huidige rechtstheorieën omvat, completeert Zamboni zijn indeling met dit derde model waarbinnen vooral de Amerikaanse en Scandinavische rechtsrealisten figuren. In dit model wordt het recht wel onderscheiden van de politiek, vooral door zijn normatieve gedaante en zijn eigensoortig taalgebruik, conform de positivistische invalshoek. Maar naast deze *law in the books* is het recht ook een empirisch fenomeen, een *law in action*. Bij dit laatste gaat het om menselijk gedrag en geldende opvattingen. Dit gedrag (in casu van rechters) heeft invloed op het recht zodra de rechters bij hun besluitvorming moeten kiezen tussen van toepassing zijnde juridische categorieën. Het recht ondergaat dus de invloed van sociaal-psychologische factoren. Er is dan ook politieke invloed, maar deze richt zich niet op de regels, het recht zelf (zoals bij CLS), maar op de toepassing van het recht. Tot zover de Amerikaanse realisten.

De Scandinavische realisten spreken van het recht als een complex van taal- of symboolsignalen die gedrag of niet-gedrag beogen. Deze signalen staan los van morele, religieuze of politieke waarden. Ook als deze rechtssignalen onjuist of inefficiënt zijn, zijn ze bindend. Essentieel voor het recht is dat het werkt als stimuli die opvolgend gedrag bij mensen oproepen. Het empirische gegeven dat rechtsconcepten en –regels in de werkelijkheid moeten werken maakt dat het recht dus slechts beperkt afgescheiden is van de politieke werkelijkheid. Het recht is geldend zodra en zolang de normadressaten de desbetreffende rechtsregels (of juridische concepten) als (sociaal) bindend beschouwen. ‘Democratisch’ of ‘juist’ is dus onbelangrijk als constitutief element van het recht (*in the books*) maar van fundamenteel belang voor de binding van het recht in de dagelijkse werkelijkheid (*in action*).

2.3.2 Beleidsoverwegingen

Het primaat van de politiek is ook onderdeel van reflectie op het terrein van de bestuurskunde. Het beginpunt van deze reflecties wordt gewoonlijk gelegd bij het door Weber ontwikkelde ideaaltype van de bureaucratie, waaraan onlosmakelijk een strikt hiërarchische relatie tussen politieke en ambtelijke leiding en strikte loyaliteit van ambtenaren verbonden zijn. Ofschoon Weber zelf wel onderkende dat een dergelijke organisatie geen toonbeeld van menselijkheid en creativiteit is, meende hij dat deze organisatie onontkoombaar was in een steeds rationeel wordende wereld. Rationeel in termen van ‘een zo helder mogelijk inzicht in de doeleinden en middelen van het handelen en

van de omstandigheden waarin dit zich voltrekt, en een permanente bewuste beheersing daarvan.²⁸

Ofschoon het ideaaltype van Weber niet geheel is gekopieerd, treffen we in de opkomende verzorgingsstaat nog veel van het rationaliteitsideaal. Een uiting daarvan was een sterk groeiende beleidsproductie in handen van een toenemend aantal beleidsambtenaren met een ruime wetenschappelijke ondersteuning. Beleid werd onderscheiden van politiek, waar deze beide voorheen niet gescheiden waren.²⁹ Dat het hier om rationele beleidsvoering ging bleek al uit de veel gehanteerde aanduiding 'planning en beleid' en uit de destijds voorhanden theorie en handboeken.³⁰ Binnen de overheid werd in de jaren zeventig van de vorige eeuw een dekkend planningstelsel ontwikkeld.³¹ Aanzienlijke planbureaus en een dekkend stelsel van adviesraden moesten zorgen voor de nodige kennis vanuit wetenschap en samenleving om de rationele beleidsvoering gestalte te geven.

Het rationele beleidsmodel heeft veel kritiek gehad. Zowel vanuit de theorie – dat het zo niet kan werken omdat (wetenschappelijke) kennis tekort schiet of meer nog mensen niet rationeel handelen en omdat de bureaucratische overheidsorganisatie te weinig dienend is aan de burgers – maar ook vanuit de praktijk met de constatering dat de werkelijkheid zich nooit volgens het rationele beleidsmodel verloopt. Ook vanuit politieke zijde bleek de nodige weerstand tegen rationele beleidsvoering, vooral tegen de ooit zo populaire toekomstgerichte planning. De bijzondere fraaie beleidsgerichte scenario's van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid werden vanuit de (destijds) grote partijen neergesabeld.³²

Ik ga hier verder voorbij aan de onafzienbare reeks kritische beschouwingen op het rationele overheidsbeleid. Zij hebben weliswaar duidelijk en acceptabel gemaakt dat de werkelijkheid van het beleid incrementeler is en hebben planning goeddeels uitgebannen,³³ maar de focus blijft nog sterk gericht – naar de bevindingen van Van Gunsteren en Habbema exclusief gericht – op doelen stellen en problemen oplossen.³⁴ Politici en politieke partijen laten

28 Van der Valk, in: Goddijn (1980), p. 217.

29 In veel West-Europese landen is voor politiek en beleid eenzelfde term beschikbaar. Hirsch Ballin (1979), p. merkt op dat het verschil tussen politiek en beleid niet eenvoudig te definiëren valt, maar dat wel duidelijk een verschil wordt ervaren tussen woningbouwbeleid en woningbouwpolitiek. Beleid heeft een meer rationele connotatie.

30 Zoals Hoogerwerf en Herweijer (2008), Van Houten 1974 en de toepassing ervan gerichte boeken zoals die van Van Doorn en Van Vught (1978a en 1978b).

31 Zie Th.H. Roes, De voorbereiding van overheidsbeleid, in: Hoogerwerf 1978.

32 WRR 1981.

33 Zelfs de planbureaus plannen niet meer. Zij houden hun naam omdat het begrip planbureau een sterk en onderscheidend label oplevert, maar voeren in hun Engelstalige benamingen het begrip planning niet meer.

34 Zie Van Gunsteren en Habbema 2009.

weliswaar zoveel mogelijk hun menselijke of ideële gezicht zien,³⁵ maar produceren nog steeds programma's en bevragen de regering op overall regievoering en beleidsvisies. En zeker wanneer moet worden bezuinigd staan systematische verkenningen door deskundigen voorop.³⁶ De wetenschappelijke inbreng van beleidskundigen richt zich niet meer op de traditionele methode van het synoptische model waaraan voor velen de naam van Hoogerwerf verbonden is, maar is meer gericht op de effecten, op de werking van de beleidsuitvoering. In hun oraties dringen Leeuw³⁷ en Van Gestel³⁸ aan op rationele verbetering van overheidsinterventies door meer kennis te verwerven en te benutten van gedragsmechanismen (Leeuw). De overheid moet de burger beter leren kennen, zo formuleert Van Gestel. Hij realiseert zich dat van de wetenschappelijke kennis lang niet altijd het (enig) juiste overheidshandelen kan worden afgeleid. Maar naarmate de overheid de beoogde resultaten van het handelen meer expliciteert, biedt deze zinvolle informatie voor deliberatie en evaluatie.

Ook hier is mijn vraag hoe de verhouding is tussen beleid en recht. Is enige rechtvaardiging te vinden voor de onrechtmatigheid van het overheidshandelen door rationeel beleid. We treffen hiervoor, ook onder juristen, wel de nodige acceptatie. De overweging hierbij is dat men het klassieke concept van de rechtsstaat te formeel achtte. In algemene termen gaat het hier om de overgang van de klassieke naar de sociale rechtsstaat. Voor de eerste is overheidsbeperking het punt van culminatie; voor de tweede is het van belang dat de overheid presteert. Aan de definitie van de rechtsstaat werd een resultaatverplichting voor de overheid toegevoegd³⁹ en aan de Grondwet sociale grondrechten. Niet iedereen heeft zich hierin kunnen vinden. Sommigen zien er zelfs een bijl aan de wortel van de rechtsstaat in.⁴⁰

Uit deze opvatting van de rechtsstaat kwam ook een relativering van de grens tussen recht en beleid naar voren. Deze grensovergang, die door Kan zo moeilijk plaatsbaar en verklaarbaar was, werd door Van Kreveld⁴¹ zonder

35 Het menselijke gezicht wordt getoond door het onder politici bekende adagium 'first validate their feelings'. Een voorbeeld van een meer ideële beeldvorming is de komst van Hirsch Ballin als minister van Justitie in het derde Kabinet Lubbers in 1989. Lubbers had in de eerste twee Kabinetten een no-nonsense imago opgebouwd en vroeg Hirsch Ballin in zijn Kabinet om daar enige verandering in te brengen. 'Ik moest zorgen voor een ideologische onderbouwing van het christen-democratische denken', aldus Hirsch Ballin (zie Rijlaarsdam en Van Os, 2010).

36 Vgl. de door het Kabinet ingestelde ambtelijke werkgroepen onder leiding van externe deskundigen om de algehele heroverweging (bezuiniging) voor de komende jaren inhoudelijk te schragen.

37 Leeuw 2008.

38 Van Gestel 2008.

39 Zie bijvoorbeeld bij Burkens 1997 en bij het rapport van de WRR (2002) over de rechtsstaat.

40 Zie bijvoorbeeld Kortmann (2008, p. 65-66) en Zoethout in: Van Ommeren en Zijlstra (2003), p. 55-77.

41 Van Kreveld 1990.

aarzelen geopend. Niet alleen eisen van rechtmatigheid, maar ook die van doeltreffendheid en doelmatigheid behoren, volgens Van Kreveld, in 'onze democratische en sociale rechtsstaat' tot de rechtsstatelijke eisen'.⁴² Hij meende dat geen verschil (meer) bestond tussen rechtsstatelijke en bestuurlijke kwaliteit. Eerder had Hirsch Ballin,⁴³ in zijn proefschrift over de oprichting van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, op fundamentele gronden de absolute grens tussen recht en beleid geslecht. Beleid en recht dragen beide via overheidsoptreden bij aan de verwezenlijking van de individuele vrijheid. Het recht zorgt voor de normatieve binding aan wat het beleid in de samenleving teweeg brengt. Het beleid biedt de feitelijke constellatie waarbinnen het recht tot gelding kan worden gebracht.⁴⁴

Het behoeft geen verbazing dat de beweemde diffusie tussen recht en beleid vooral afkomstig is van juristen die zich veel met wetgeving bezighouden. Wetgeving is bij uitstek een proces dat kan worden gezien als beleidsproces en als juridisch proces,⁴⁵ waarbij ook onzekerheid bestaat over de competentieverdeling tussen beleidsambtenaren en wetgevingsjuristen. Is daarmee de mogelijkheid dat beleidsrealisatie voorrang krijgt boven rechtsrealisatie? Ja, en niet alleen op theoretisch of visionair niveau of in de nog nader te onderzoeken praktijk. We treffen in de nota *Zicht op wetgeving* ook een formele vastlegging ervan.⁴⁶ Het is opvallend dat de overheid (formeel) de mogelijkheid open laat om in de gevallen waarin zij dit nodig acht in strijd met het recht te handelen. Een complicatie daarbij is dat geen norm beschikbaar is om aan te geven in welke gevallen dit wel en in welke dat niet toelaatbaar zou zijn.

Op het eerste gezicht lijkt de benadering die Snellen, waarin hij uitging van een scheiding tussen beleidsrationaliteit (sectorspecifieke wetenschappelijke

42 Van Kreveld 1990, p. 201. Een daaraan verwante bevinding zien we bij Zouridis (2009) waar hij concludeert dat naarmate op een bepaald beleidsterrein sprake is van alomvattende ordening recht en beleid meer samenvallen.

43 Hirsch Ballin 1979.

44 Hirsch Ballin 1979, p. 44: 'Beleid is erop gericht recht tot gelding te brengen'.

45 Zie bij Stoop 2005 die het wetgevingsproces verdeelt in een beleidsvormings- en een wetgevingskwaliteitsproces (p. 15 e.v.).

46 '(...) waarbij politieke en beleidsmatige overwegingen soms prevaleren boven juridische.' Onlangs onthulde minister Hirsch Ballin de naam van de ambtelijke ghostwriter van *Zicht op wetgeving*: 'Degene die destijds verantwoordelijk was voor die nota neemt graag de vrijheid nu te bevestigen dat Philip Eijlander de feitelijke auteur van dit stuk was – voor zover iemand daaraan nog twijfelde sinds het verschijnen van Eijlanders dissertatie *De wet stellen* in 1993.' Zie Van Gestel en Van Schooten 2010. Met de uit *Zicht op wetgeving* geciteerde zin is vanzelfsprekend niet bedoeld in te stemmen met of zelfs ruimte te bieden aan (politiek) beleid dat strijdt met rechtsnormen. Wel staat er verschil kan bestaan tussen beleid dat de politiek doelmatig acht en beleid dat aan juridische eisen voldoet. In zijn proefschrift achtte Eijlander dat verschil onmogelijk. Zijn Stelling 4 luidde (gedeeltelijk): 'Het is onjuist om te veronderstellen dat in de praktijk een tegenstelling bestaat tussen het voeren van een doelmatig beleid en een beleid dat binnen de grenzen van de regels blijft.' (Eijlander 1993, p. 224-226).

rationaliteit) en juridische rationaliteit,⁴⁷ in strijd met de visie van Hirsch Ballin en Van Kreveld. In zekere mate is dat het geval, aangezien Snellen stelde dat deze rationaliteiten zelfreferentieel zijn. Dit betekent echter dat onrechtmatigheid van het overheidshandelen dan alleen binnen de juridische rationaliteit kan worden geproblematiseerd. Als bestuurskundige beoogt Snellen vermoedelijk geen normatieve conclusies te trekken uit zijn rationaliteitenmodel.⁴⁸ Uit zijn afscheidsrede blijkt in elk geval dat hij oog had voor de kwalijke gevolgen van een (toenemend) met het recht strijdig overheidshandelen.⁴⁹

2.3.3 Strategische overwegingen

Ook al treffen we in de beleidsvoering van de overheid nog de nodige (wetenschappelijke) rationaliteit – zij het minder dan in de hoogtijperiode van de verzorgingsstaat – er is ook een anders te typeren werkelijkheid in beeld gekomen. Een werkelijkheid waarbij het niet gaat om een op doelrationaliteit gericht handelen maar op een strategisch handelen, waarbij de overheid de samenleving niet stuurt maar coördineert. Hing de rationele beleidsvoering aanvankelijk nog samen met de maakbaarheid van de samenleving, in elk geval met bewuste interventies gericht op bepaalde resultaten, meer en meer zien we een overheid die niet verder gaat dan proberen ‘de boel bij elkaar te houden’. Van ministers wordt gevraagd regie te voeren, wat iets anders is dan het succesvol uitvoeren van een politiek programma.

De media leveren de kwesties c.q. geven ze door, niet zelden in de crisisterminologie, die Kamerleden nog dezelfde dag omzetten in mondelinge en schriftelijke vragen aan de desbetreffende minister(s). De ministers willen op de kortst mogelijke termijn reageren uit angst dat het uitblijven van een prompte reactie aanleiding geeft tot draconische speculaties. De ambtelijke dienst heeft zich hierbij aangepast. Op tijd produceren is niet zelden het belangrijkste kwaliteitscriterium. De minister van Justitie werd in 2009 maar liefst 147 keer naar de kamer geroepen.

Het strategisch handelen bij de overheid wordt niet alleen veroorzaakt door de hypes als element van de ‘medialogica’⁵⁰ en de daardoor veroorzaakte

47 Daarnaast ook de politieke en de economische rationaliteit. Zie Snellen (1987 en 1989). Onlangs heeft Snellen zijn gedachten over de rationaliteiten opgenomen in een bestuurskundige inleiding. Zie Snellen (2007). Voor alle duidelijkheid: de door Snellen benoemde rationaliteiten zijn te beschouwen als wijzen van denken en handelen, die we functionele rationaliteiten kunnen noemen. Waar ik hier spreek over het rationele beleid dan betreft het dat wat we gewoonlijk met substantiële rationaliteit aanduiden, met als kenmerk het doelzoekende element. Zie in die termen: Zouridis (2009), p. 250 e.v.

48 Snellen was ook jurist

49 Snellen (1998)

50 Hiermee wordt bedoeld dat het publieke debat in hoofdzaak wordt bepaald door de mogelijkheden die de media, vooral de televisie, bieden. Zie: Medialogica (2003) en het eerdergenoemde verslag van Van Gunsteren en Habbema (2009).

tijdsdruk. Een andere relevante ontwikkeling is de afnemende oriëntatie op het algemeen belang. Al langere tijd bestaat wetenschappelijk aandacht voor het feit dat wat wij onze samenleving noemen bestaat uit een veelheid van sociale entiteiten, in termen van configuraties, semi autonomous fields of netwerken. Voor de overheid was daarbij veelal de boodschap dat rekening moest worden gehouden met een verschillende uitwerking van haar interventies. In latere concepties ging het om een afbrokkeling van de publieke ruimte (als gevolg van de aandacht van overheid naar markt zoals bij privatisering en verzelfstandiging vanaf de jaren tachtig van de vorige eeuw) en om de notie dat al die sociale entiteiten en de individuen daarbinnen niet op het algemeen belang maar op het eigen belang zijn gericht. Op bestuurskundig terrein is een van de invloedrijke concepten die een dergelijk eigenbelangssamenleving postuleert de Public Choice Theory. Volgens deze theorie wordt de Kamervraag gesteld in het belang van het Kamerlid (verwerving van stemmen bij de verkiezingen), wordt de vraag door de minister beantwoord om politiek overeind te blijven en wordt de minister door ambtenaren op tijd geadviseerd ten faveure van de verzekering of verbetering van hun ambtelijke loopbaan. Waar Tamanaha zich kritisch en zorgelijk uit over het instrumentalisme, dan is dat vooral gericht tegen het instrumentele gebruik van het recht voor deel (of eigen) belangen.⁵¹

Voor de strategisch handelende beleidsambtenaar is procesgerichtheid belangrijker geworden dan deskundigheid. Hij leert meer van Ten Heuvelhof⁵² dan van Hoogerwerf. Veel aandacht voor wetenschappelijke verkenning is er niet. Voorzover beschikbaar worden daar de krenten uitgehaald waarmee de crisis van de dag weer kan worden bezworen. Dudley en Hahn tonen aan dat de overheid zich meer en vooral richt op public feelings zonder aandacht te besteden aan beschikbare expertise.⁵³ In zijn oratie laat Helsloot zien dat vrijwel alle overheidsinterventies op het terrein van het fysieke veiligheidsbeleid niet meer zijn dan honorering van publieke veronderstellingen en emoties.⁵⁴

Ook bij het hier beschreven strategische handelen, samenhangend met een incidentgevoelig, wellicht zelfs incidentgericht politiek publicitair complex, met een steeds instrumenteler bestuur, een procesgericht beleid en een veelheid van belangen en normcomplexen worden rechtsoordelen een mening of een instrument naast anderen. Dan is het een keuze om de juridische norm toe te passen en dus verleidelijk om dat niet te doen als het in de weg staat.

51 Tamanaha (2008). Zo is zijn hoofdstuk over 'Instrumentalism in legislation and administration' vooral gericht op de confrontatie van politici, lobbyisten, ambtenaren als interest groups in de strijd om hun eigen belang of hun groepsbelang.

52 De Bruijn, Ten Heuvelhof en In 't Veld 2007.

53 Zo worden handtelefoons in auto's in vele landen verboden terwijl beschikbare expertise aantoonde dat de beoogde verkeersveiligheid hiermee niet is gediend. Zie: Hahn en Dudley 2002.

54 Helsloot (2007). Zie voor een uitwerking van deze opvatting: Helsloot e.a. (2009).

Zouridis ziet hier ‘het gevaar van wegwerprecht’.⁵⁵ Maar niet alleen kan worden geconstateerd dat de drempel tot overtreding van rechtsnormen laag wordt. In normatief opzicht is die zulk handelen in dit geval ook moeilijker te rechtvaardigen. Tegenover de onrechtmatigheid van het handelen staat hier niet het sparen van mensenlevens of van de gezondheid van mensen in het kader van veiligheids- of milieubeleid, maar wordt strijd met het recht gerelativeerd omdat iets snel moest worden besloten waarbij we nu even geen lastige overwegingen kunnen gebruiken. Tegenover recht staat hier geen substantiële maar functionele rationaliteit.

Wanneer is sprake van rechtsrelativering?

<i>Mate van relativering</i>	<i>Juridische zekerheid</i>	<i>Rechtvaardiging / Motivering</i>
++	Juridisch onhoudbaar	Geen motivering
+	Juridisch verdedigbaar	Strategische motivering
-	Juridisch houdbaar	Beleidsmotivering
--	Juridisch beste oplossing	Politieke motivering

2.4 INTERACTIE

In het eerste hoofdstuk heb ik het overheidshandelen gedefinieerd als de uitkomst van de interactie tussen bewindspersonen, beleidsambtenaren en overheidsjuristen. Daarbij heb ik aangenomen dat bewindspersonen en beleidsambtenaren in voorkomende gevallen het recht relateren en dat de overheidsjuristen hieraan tegenwicht trachten te bieden. Uitgaande van deze veronderstelling is de kans op rechtsrelativering dan groter naarmate bewindspersonen en beleidsambtenaren domineren en het tegenwicht van de overheidsjurist aldus onvoldoende tegenkracht kan zijn. Ook hier stel ik de vraag naar de criteria aan de hand waarvan die dominantie kan worden waargenomen in een gegeven casus.

Dominantie is vanzelfsprekend wederkerig. In casu speelt de dominantie zich af in de relatie tussen bewindspersoon (en beleidsambtenaar) ten opzichte van de overheidsjurist. Het aandeel van de jurist is dat deze door zijn optreden de dominantie mogelijk maakt (door daar object van te zijn; af te zien van tegendominantie). Op die rol en opstelling van de overheidsjurist kom ik terug in de volgende paragraaf over de beroepsopvatting van de overheidsjurist.

Ik gebruik hier het woord dominantie om twee redenen. De eerste is dat met deze term wordt open gelaten of het hier om macht dan wel om gezag gaat. Het gaat hier in elk geval om macht, maar de vraag is nu juist of deze

⁵⁵ Zouridis (2009), p. 335.

op legitieme gronden wordt uitgeoefend zo dat we van gezag kunnen spreken. Tweede argument om het begrip dominantie te gebruiken is dat hiermee is uitgedrukt dat het vooral door de formeel hiërarchische respectievelijk functionele positie komt dat bewindspersonen en beleidsambtenaren hun bepalende invloed laten gelden. Macht wordt gewoonlijk niet gedefinieerd als positie, maar als vermogen. De positie is dus een gegevenheid, temeer omdat kan worden aangenomen dat de andere actoren, in casu de overheidsjuristen, deze positie niet betwisten. Zo gezien staat dominantie tussen macht en gezag: het heeft (door de ingenomen positie) de duurzaamheid van gezag, maar door het handelen waarop hier de aandacht wordt gericht ontvalt de legitimiteit die aan gezag verbonden is, althans voor zover we uitgaan van rechtsconformiteit als legitimatiegrond.

Op grond van diens positie bepaalt de dominant of en in welke mate hij in voorkomende gevallen van zijn dominantie gebruik maakt. Door zijn positie zal het domineren – het feitelijk uitoefenen van invloed – impliciet blijven, met als gevolg dat dreiging met sanctie of zelfs met ontslag gewoonlijk achterwege zal blijven.

Het onderzoek in het volgende hoofdstuk is er niet op gericht om aan de hand van tal van uitingen en handelingen vast te stellen of genoemde functionarissen beschikken over macht en zo ja, in welke mate. Daarop zijn de gebruikelijke methoden van machtsinvloedanalyse gericht.⁵⁶ Hier is de vraag met welke mogelijke wijzen van optreden van bewindspersoon en beleidsambtenaar tonen zij (een bepaalde mate van) dominantie. In het kader van het politieke en beleidsoptreden zal de jurist in het algemeen de adviseur zijn. De meest absolute vorm van dominantie is het dwingen tot het geven van een ander advies dan de jurist wil geven. Het gaat hier om macht in de zin van de ander dwingen iets te doen tegen zijn zin. Geen dominantie wordt getoond wanneer het advies wordt gevolgd. Tussen deze varianten van mogelijk optreden van bewindspersoon of beleidsambtenaar onderscheiden wij nog samenwerking en overleg, waarbij de mogelijkheid open blijft om uiteindelijk in te stemmen of de rapportage terzijde te leggen. Deze laatste handelwijze is zeker een uiting van dominantie, maar gaat minder ver dan de eerder genoemde dwang tegen de wil van de overheidsjurist in. Samenvattend hebben wij nu de volgende gradatie van criteria aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of sprake is van dominantie van bewindspersoon of beleidsambtenaar ten opzichte van de overheidsjurist.

- instemmen met en volgen van juridisch advies
- samenwerking en overleg met overheidsjuristen
- naast zich neerleggen van juridisch advies
- opdracht aan overheidsjurist i.s.m. aanvankelijk advies

56 Zie voor deze methoden: Huberts en Kleinnijenhuis 1994.

Interactie

<i>Actor</i>	<i>Primaire opstelling</i>	<i>Positie</i>
Bewindspersoon	Relativerend	Dominant
Beleidsambtenaar	Relativerend	Dominant
Overheidsjurist	Tegenstrevend	Niet dominant

Dominantie

<i>Mate van relativering</i>	<i>Mate van dominantie t.o.v. overheidsjurist</i>
--	Instemmen/volgen advies
-	Samenwerking/overleg
+	Naast zich neerleggen advies
++	Opdracht i.s.m. aanvankelijk advies

2.5 BEROEPSOPVATTING

In de veronderstellingen ligt besloten dat de overheidsjurist niet voldoende tegenmacht produceert om voorkomende gevallen van handelen in strijd met rechtsnormen tegen te gaan en dat dit in hoofdzaak voortkomt uit zijn beroepsopvatting. Binnen die beroepsopvatting onderscheidde ik twee componenten: de rechtsvisie en de opstelling. Met de rechtsvisie doel ik hier op de eerder gegeven onderscheiding van een autonome en een embedded visie. Dat betekent hier dat de overheidsjurist geen aandeel in de relativering zal nemen indien hij het recht ziet als een autonoom systeem van regels; autonoom ten opzichte van de politiek. Dit betekent dat de overheidsjurist met deze visie zich negatief zal (willen) opstellen tegen een beleidsvoornemen dat in strijd is met van toepassing zijnde rechtsregels, maar dat de bewindspersoon of beleidsambtenaar wil doorzetten om reden van politiek of beleid. Of en in welke mate hij zich vervolgens ook feitelijk verzet tegen die beleidsvoornemen is afhankelijk van zijn mate van loyaliteit.

Nu is het lastig om loyaliteit onbevangen en objectief tegemoet te treden omdat dit begrip al gauw een negatieve lading krijgt. Schuyt wees in zijn uitvoerige beschouwing over loyaliteit op de snel opkomende associatie met totalitaire regimes, waar volledige overgave de norm is. Hij citeert Mussolini: 'Facism takes a man from his family at six and gives him back to it at sixty.'⁵⁷ Dat is heel anders wanneer het om het gezin, de familie of de vrijwillige organisatie gaat. Daar kan zich natuurlijk wel het probleem van loyaliteitsconflict een rol spelen. Wint de binding aan het gezin van de binding aan de

⁵⁷ Schuyt 1973, p. 52. Het tweede hoofdstuk van dit boek is geheel gericht aan de loyaliteitsproblematiek.

vereniging of andersom? Verder inzoomend laat zich nog de vraag stellen waar de loyaliteit zich dan precies op richt. Richt de loyaliteit zich op het bestuur van de vereniging, de spelers of de supporters. Indien de overheidsjurist loyaal is, richt die loyaliteit zich dan op de overheidsorganisatie als geheel, op de minister, op de burger of de politieke vertegenwoordiging ervan? De neiging bij overheidsjuristen is hun loyaliteit te richten op hun ambtelijke en politieke leiding.⁵⁸

Maar wat als de overheidsjurist het, vanuit zijn visie op het recht, niet eens is met het beleidsvoornemen en dit voornemen wordt doorgezet? We zijn hier aan de mogelijke stappen zoals Hirschman die onderscheidde in termen van *exit*, *voice* en *loyalty*.⁵⁹ De ondertitel van het boek wijst er al op dat hij zijn concept toepasbaar acht op uiteenlopende organisaties. Daarbij kan het zowel om economisch als om politiek handelen gaan. Dat wil zeggen: *exit*, *voice* en *loyalty* kunnen worden beschouwd als handelingsalternatieven van de consument in reactie op het handelen van de producent, maar evenzo van de kiezer in reactie op politieke besluiten.

Loyaliteit impliceert dat gehandeld wordt in overeenstemming met de wens van degene op wie de loyaliteit zich richt. Dat is overigens niet hetzelfde als blinde gehoorzaamheid. Exit impliceert vertrek; voor de overheidsjurist zou dit dan het nemen van ontslag zijn. Schuyt geeft al aan dat deze reactie voor ambtenaren hoogst onwaarschijnlijk is. Zij die op hoge posten zitten willen de bereikte positie niet graag opgeven. Dit geldt sterker 'naarmate de entreekosten hoger zijn' geweest.⁶⁰ Wanneer de ambtenaar de voice-optie kiest betekent dit dat hij niet (zonder meer) het gewenste handelen uitvoert, ook niet dat hij opstapt, maar dat hij zich inzet voor verandering van de situatie c.q. verandering van het door zijn meerdere(n) ingenomen standpunt waar hij zich niet mee kan verenigen. 'Voice is here defined as any attempt at all to change, rather than to escape (...)'⁶¹

Bovens, die de drie begrippen van Hirschman toepast op ambtenaren (in plaats van kiezers), nuanceert deze begrippen vervolgens door de drie typen onderling te combineren. Zo kan een ambtenaar die met bepaalde besluiten of algemener de situatie waarin hij zich bevindt niet meer kan leven (exit) besluiten direct ontslag te nemen (de exit-exit optie), ontslag te nemen onder

58 Aardig in dit verband is de gedachtewisseling in de Amerikaanse senaat toen William Rehnquist werd gehoord in verband met het voorstel tot benoeming in de functie van assistant attorney general. Rehnquist meende er te zijn voor de ambtelijke leiding en voor de president. Senator Kennedy: 'I thought that your client was the public as well.' Rehnquist: 'My client, in my position as the assistant attorney general for the Office of Legal Counsel, is the attorney general and the president.' Kennedy: 'Where does that put the rest of the Constitution?' Rehnquist: 'Well, that puts the rest of the Constitution in the position of having someone advising them as to what his interpretation of the Constitution is.' (Bruff 2009, p. 75).

59 Hirschman 1972.

60 Schuyt 1973, p. 68.

61 Hirschman 1972, p. 30.

protest (de exit-voice optie) of over te gaan tot stiptheidsacties of tot stille werkweigering (exit-loyalty). De verdere opties kunnen worden afgelezen in het onderstaande, door Bovens ontworpen overzicht.⁶²

	EXIT	VOICE	LOYALITEIT
EXIT	Ontslag	Ontslag onder protest	Stiptheidsacties Stille
VOICE		Klokkeluiden	Interne kritiek
LOYALITEIT			Gehoorzaamheid

Om voor de analyse van de casus over een waarderingsschaal te kunnen beschikken maak ik gebruik van de rechter kolom van het bovenstaande overzicht. Daarbij ga ik er dus van uit dat de exit- en voice-opties voor overheidsjuristen geen aannemelijke opties zijn. De exit-loyalty optie zal dan de vorm krijgen van het blijven tegendenken, van verzet, ook in tweede instantie en dus niet bereid zijn effectief mee te werken. De tweede vorm is ook in tweede instantie interne kritiek blijven uiten, maar uiteindelijk wel de opdracht uitvoeren. In deze beide opties levert de overheidsjurist geen actieve bijdrage aan rechtsrelativering. Dat doet hij wel door elk beleidsvoornemen te zien als een opdracht die simpelweg moet worden uitgevoerd. De jurist die overal 'ja' tegen zegt. Ik voeg nog een lichtere gradatie toe aan het bevorderen van rechtsrelativering toe: het meedenken, waarbij de overheidsjurist zich ervoor inzet het beleidsvoornemen dat strijd met rechtsnormen mogelijk te maken.

De opstelling van de overheidsjurist kan nu aan de hand van de volgende vier criteria worden beoordeeld op de mate waarin hij bijdraagt aan de relative-ring van het recht. In volgorde van min naar plus zijn dat:

- verzet / tegendenken (loyalty-exit)
- interne kritiek (loyalty-voice)
- meedenken
- gehoorzaamheid (loyalty-loyalty)

Naarmate de overheidsjurist stelliger is in zijn visie dat het recht autonoom is ten opzichte van de politiek, is het waarschijnlijk dat hij kiest voor loyalty-exit optie in gevallen waarin het beleidsvoornemen strijd met de daarop van toepassing zijnde rechtsnormen. Tegenover deze wat ik noem autonome visie staat de visie dat het recht deel is van 'het politieke', wat ik de embedded visie noem. Tussen deze beide uitersten plaats ik twee visies. Allereerst een instrumentele visie volgens welke het recht wordt gebruikt als beleidsmiddel maar daarmee nog niet in strijd is met het juridisch normenkader. Dat is wel het

⁶² Bovens 1990, p. 221.

geval met de derde variant, die ik aanduid met risicoanalyse. Het is de visie dat de jurist, als adviseur, wel bereid moet zijn een inschatting te geven of het voorgenomen handelen op korte of langere termijn kan worden verhinderd door rechterlijk optreden of anderszins. Risicoanalyse komt erop neer dat er een vermoeden (of grotere zekerheid) bestaat over de strijd met het juridisch normenkader, maar het beleidsvoornemen toch kan worden uitgevoerd als daar geen ellende van komt. Ook hier geef ik weer vier criteria die oplopend zijn in de mate waarin de visie meer ruimte biedt aan relativering van het recht.

- Autonome visie
- Instrumentele visie
- Risicoanalyse
- Embedded visie

Beroepsopvatting overheidsjurist

<i>Mate van relativering</i>	<i>Als jurist</i>	<i>Als professional</i>
--	Autonoom	Verzet (loyalty-exit)
-	Instrumenteel	Interne kritiek (loyalty-voice)
+	Risicoanalyse	Meedenken
++	Embedded	Gehoorzaam (loyalty-loyalty)

2.6 KORTE SAMENVATTING HOOFDSTUK 2

In het eerste hoofdstuk heb ik rechtsrelativering gedefinieerd en op basis van deze definitie enkele criteria genoemd aan de hand waarvan (de mate van) rechtsrelativering in de overheidspraktijk zou kunnen worden waargenomen. In dit hoofdstuk heb ik die criteria verder ingevuld, steeds als gradueel criterium. Aan de hand van deze verdere invulling kan van meer en mindere juridische zekerheid (over de rechtmatigheid van het overheidshandelen) en van meer en minder serieuze rechtvaardiging, van meer en minder dominantie (van bewindspersoon of beleidsambtenaar ten opzichte van de overheidsjurist) worden gesproken. Over de beroepsopvatting is dan sprake van een meer of minder autonome en een meer of minder loyale opstelling van de overheidsjurist.

Met gebruikmaking van deze criteria kan worden gesteld dat rechtsrelativering door de overheid maximaal is wanneer we te maken hebben met een juridisch onhoudbaar overheidshandelen waarbij motivering achterwege blijft, waarbij de overheidsjurist wordt opgedragen om te handelen in strijd met diens aanvankelijk advies, waarbij de overheidsjurist uitgaat van een volstrekt politiek primaat boven het recht en zich volstrekt gehoorzaam opstelt. Rechtsrelativering is dan af te lezen aan het overheidshandelen zelf, aan de daaraan

ten grondslag liggende interactie en aan de beroepsopvatting van de overheidsjurist zoals deze in zijn woorden en daden tot uiting komt. In het volgende hoofdstuk zal ik deze criteria gebruiken om na te gaan of in de gekozen casus sprake is van rechtsrelativering.

3 | Komt rechtsrelativering voor?

3.1 INLEIDING

In het voorafgaande hoofdstuk is antwoord gegeven op de vraag wat rechtsrelativering door de overheid is. Daarmee is de eerste vraag die ik in het eerste hoofdstuk formuleerde beantwoord. In dit hoofdstuk zijn aan de orde de tweede, derde en een deel van de vierde vraag. Dat betekent dat ik in dit hoofdstuk een antwoord zoek op de vraag of rechtsrelativering door de overheid voorkomt (vraag 4, gedeeltelijk), hoe die relativering tot stand komt (vraag 2) en welke rol de overheidsjurist in het bijzonder daarbij speelt (vraag 3).

De belangrijkste methodologische keuzen heb ik in hoofdstuk 1 al uiteen gezet. Daarbij heb ik aangegeven dat ik – symbolisch interactionistisch geïnspireerd en ook het meest adequaat in de gegeven omstandigheden – heb gekozen voor uitzonderlijke casus, waar het de relativeringveronderstellingen betreft. De drie gekozen casus zijn het Boerkaverbod, de Buitenhoekspiegel en de Oorlog tegen Irak. Zij hebben niet alleen juridische maar ook maatschappelijke aandacht gekregen. In het eerste hoofdstuk is de keuze van deze casus nader toegelicht. De vraag die men bij deze keuze nog zou kunnen stellen is of het zich voordoen van rechtsrelativering niet al op voorhand aannemelijk is op grond van de vooraf beschikbare informatie over deze casus. Wordt daarmee geen weg gekozen die wel moet leiden naar de bestemming? Het eerste antwoord daarop is dat dit niet het geval is omdat de voorafgaande informatie wel wijst op mogelijke strijd met het recht, maar dat rechtsrelativering nog niet vaststaat. Het tweede antwoord is dat het zoeken in de richting waar vermoedelijk rechtsrelativering kan worden aangetroffen voor de hand ligt waar het gaat om de vraag naar het bestaan ervan. Voor het antwoord op de vraag of er in de wereld plaatsen zijn met een onleefbaar hoge temperatuur zoekt men rondom de evenaar en reist men niet af naar de Poolgebieden.

Uit de analyse van de casus in dit hoofdstuk zal moeten blijken of de criteria voldoende houvast én onderscheidend vermogen bieden om een bepaalde mate van rechtsrelativering vast te stellen. Hier zal blijken of uit de informatie die ik over de casus heb verzameld op voldoende geobjectiveerde wijze de mate van juridische zekerheid en rechtvaardiging van de (on)rechtmatigheid van het overheidshandelen kan worden vastgesteld en of dat ook kan waar het gaat om de dominantie van bewindspersonen en beleidsambtenaren en van de mate van autonomie en loyaliteit van de overheidsjurist. Hier-

onder geef ik de criteria in een totaal overzicht, dat ik ook per casus zal gebruiken om de gemaakte kwalificaties zo concreet mogelijk weer te geven.

<i>Mate van relativering</i>	<i>Relativering?</i>		<i>Dominantie bewinds-persoon? (tov advies)</i>	<i>Beroepsopvatting overheidsjurist?</i>	
	<i>Jur.zekerheid</i>	<i>Motivering</i>		<i>Als jurist</i>	<i>Als professional</i>
++					
+	Onhoudbaar	Geen	Opdracht-advies	Embedded	Gehoorzaam
-	Verdedigbaar	Strategische	Terzijde leggen	Risicoanalyse	Meedenken
--	Houdbaar	Beleid	Overleg	Instrumenteel	Interne kritiek
	Beste oplossing	Politieke	Volgen	Autonoom	Verzet

3.2 HET BOERKAVERBOD¹

Het verbieden van de boerka is een van de lastige thema's in wat gewoonlijk het integratiedebat wordt genoemd. Een netelige kwestie, niet alleen maatschappelijk en meer specifiek ook politiek, maar evenzo een juridisch lastig onderwerp omdat de boerka kan worden beschouwd als een uiting van religie, als een onderdrukking van de vrouw en als een recht dat bestaat op basis van het in Grondwet en verdrag beschermd recht van godsdienstvrijheid. De politieke discussie is over het boerkaverbod loopt nog steeds (mei 2012), maar de onderstaande casus is beperkt tot het eerste politieke bedrijf: de Kabinetsreactie op de motie Wilders.

3.2.1 Aanleiding

In oktober 2005 diende Kamerlid Wilders een motie² in waarin hij het Kabinet verzoekt het openbare gebruik van de boerka te verbieden. In december 2005 bleek deze motie door een meerderheid te worden ondersteund.³ De motie werd ingediend in het kader van de bespreking van een nota over terrorisme-

1 Naast kennisneming van de stukken sprak ik over deze casus met de eerstverantwoordelijke jurist, de directeur Wetgeving, de minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie Verdonk en de ministers van Justitie Donner en Hirsch Ballin. Het gesprek met de twee laatstgenoemde ging niet in hoofdzaak over deze kwestie.

2 *Kamerstukken II* 2005-2006, 29 754, nr. 41.

3 *Handelingen II*, 2005-2006 nr. 36, p. 2546.

bestrijding en bevat geen argumentatie. Deze treffen we in het latere initiatiefvoorstel van Wilders en Fritsma 'in verband met een verbod op het dragen van boerka's of nikaabs op een openbare plaats'. Hierin geven beide initiatiefnemers hun drie kernargumenten: (1) de boerkadracht impliceert een afwijzing van de Westerse kernwaarden en kernnormen, (2) belemmert de emancipatie en integratie van vrouwen en (3) levert ongewenste veiligheidsrisico's op.⁴

3.2.2 Formeel verloop

Op 10 oktober 2005 dient het PVV-kamerlid Wilders een motie in waarin het Kabinet wordt gevraagd het dragen van de boerka te verbieden. Minister van Vreemdelingenzaken en Integratie, mevrouw Verdonk, schrijft de Kamer op 24 april 2006 dat het Kabinet advies zal aanvragen aan externe deskundigen. Deze deskundigen worden 22 augustus van dat jaar schriftelijke gevraagd waarbij de minister hun drie mogelijke opties voorlegde: (1) een algemeen verbod, op te nemen in bestaande of in nieuwe, specifieke wetgeving, (2) een algemeen verbod op grond van functionaliteit, bijvoorbeeld op grond van veiligheid of openbare orde, op basis van nieuwe regelgeving en (3) een verbod op basis van bestaande wet- en regelgeving. Bij de laatste gaat het om de vraag of de mogelijkheid van een verbod al mogelijk is door toepassing van bijvoorbeeld gemeentelijke APV's of de Wet op de identificatieplicht.

Na enige maanden wordt motie-indiener Wilders ongeduldig en dient, nu samen met Weekers (VVD) weer een motie in waarin het Kabinet wordt gevraagd om een boerkaverbod. Ter toelichting dringt Wilders – op 27 oktober 2006 – aan op spoedige uitvoering van de motie. Hij had begrepen dat de deskundigen een week geleden pas voor het eerst bijeen waren gekomen. De ministers Verdonk en Hirsch Ballin (Justitie; in deze als verantwoordelijke voor het algemeen wetgevingsbeleid) antwoorden dat de deskundigen hun beraadslagingen nog in oktober zullen afronden en op 3 november hun rapportage zullen opleveren. Verdonk geeft daarbij aan tegen het dragen van een boerka te zijn. Wilders kan zich er niet in vinden dat het probleem zo complex is en dat (ook) de gevolgen voor de islamgemeenschap moet worden onderzocht. Wel kan hij zich vinden in een onderzoek naar de 'juridisch beste instrumenten'.

Op 3 november 2006 bieden de deskundigen, onder voorzitterschap van hoogleraar (nu Staatsraad) Vermeulen, hun 'zienswijze' aan.⁵ Die zienswijze houdt in (1) dat een uitsluitend tegen islamitische gezichtsbedekkende sluiers gericht verbod juridisch ongeoorloofd is, (2) dat een algemeen neutraal geformuleerd verbod op het dragen van gezichtsbedekkende kleding juridisch en maatschappelijk zeer problematisch is en (3) dat specifieke neutraal geformuleerd

⁴ *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 108, nr. 3, p. 2.

⁵ Vermeulen 2006.

leerde vermommingverboden binnen 'eigen sferen' veelal mogelijk en/of al van toepassing zijn. Nog in diezelfde maand november laat de minister bij brief aan de Kamer weten dat zij namens het Kabinet een algeheel boerka-verbod zal voorbereiden. Twee weken later verloor de (demissionaire) minister haar portefeuille Vreemdelingenzaken en Integratie en drie maanden later startte het nieuwe Kabinet (Balkenende IV: CDA, PvdA en CU), dat het voor-nemen de boerka te verbieden niet uitvoerde.

Het onderwerp Boerkaverbod is vervolgens op de politieke agenda gebleven. Het Kabinet Balkenende IV meldde in zijn Coalitieakkoord dat 'ter bescherming van de openbare orde en veiligheid gelaatsbedekkende kleding kan worden verboden'.⁶ Op 26 februari 2007 vragen Sterk en Van de Camp (beiden CDA) aan de nieuwe minister van Wonen, Wijken en Integratie, mevrouw Vogelaar, naar de onwenselijkheid van de boerkadracht in het onderwijs, de zorg en de ambtelijke organisatie. Minister Vogelaar antwoordt dat zij dat het dragen van een boerka 'een belemmering kan vormen om te integreren in onze maatschappij. Het dragen ervan kan immers de mogelijkheden op participatie in de samenleving op ongewenste wijze beperken'.⁷ In februari 2008 bericht het Kabinet aan de Kamer dat er voldoende mogelijkheden bestaan om gelaatsbedekkende kleding te verbieden wanneer deze kleding in strijd zou zijn met de openbare veiligheid.⁸ Dat geldt voor de openbare ruimte omdat gemeenten de mogelijkheid tot beperking of verbod hebben en voor het openbaar vervoer omdat vervoersbedrijven een dergelijk verbod of beperking kunnen opnemen in hun voorwaarden. De brief, waarvan de eerste ondertekening van de minister van BZK is en waarover Kortmann zeer meewarig doet,⁹ kondigt wel een boerkaverbod in het onderwijs aan 'vooral vanwege het belang van goed onderwijs'. In het Algemeen overleg van de vaste commissie voor OCW met de minister van OCW eind 2008 licht de minister toe dat het boerkaverbod niet zal gelden voor het hoger onderwijs en wel omdat in die onderwijssituatie 'het opvoeden van kinderen en het feit dat dit moet gebeuren, omdat wij de leerplicht aan die kinderen opleggen'.¹⁰

Dat het vierde Kabinet-Balkenende afziet van een algemeen boerkaverbod heeft ertoe geleid dat zowel de PVV als de VVD ieder een eigen initiatiefontwerp hebben ingediend. In het PVV-ontwerp, ingediend door de leden Wilders en Fritsma, wordt het boerkaverbod als strafbaarstelling opgenomen in het Wetboek van Strafrecht.¹¹ De VVD sluit in haar initiatiefontwerp aan bij de bestaande regeling van de identificatieplicht, waardoor het beoogde boerkaverbod

6 *Kamerstukken II* 2006-2007, 30 891, nr. 4, p. 27.

7 *Kamerstukken II* 2006-2007, Aanhangsel van de Handelingen, nr. 1188, p. 2519.

8 *Kamerstukken II* 2007-2008, 31 200, nr. 48.

9 Zie Kortman 2008.

10 *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 700 VIII, nr. 127, p. 9.

11 *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 108, nr. 2.

een meer functionele formulering krijgt en meer lijkt aan te sluiten bij wat al wettelijk geregeld is.¹² Anders dan zij die menen dat een Boerkaverbod, vanwege het zeer geringe (doch onbekende) aantal boerkadragers, als een symbolische regelgeving moet worden beschouwd, menen de initiatiefnemers dat het hier gaat om maatschappelijke onrust, om een groot maatschappelijk probleem en om een serieuze bedreiging van onze veiligheid.

Het Kabinet Rutte, dat in oktober 2010 aantrad, heeft een algeheel boerkaverbod in zijn Regeerprogramma opgenomen. Het Kabinet heeft een wetsontwerp bij de Tweede Kamer ingediend, na een negatief advies hierover van de Raad van State.¹³ De eerstverantwoordelijke minister (van Binnenlandse Zaken) Spies zei dat het kabinet aan het verbieden van de boerka wilde vasthouden omdat het 'van onvoorstelbaar groot belang' is. Daags na de val van het kabinet bleek zij 'niet meer te zien' in dit verbod.¹⁴

3.2.3 Overheidsintern

De overwegingen die aan de motie van Wilders ten grondslag lagen raakten de verantwoordelijkheid van twee bewindslieden, de minister van Vreemdelingenbeleid en Integratie en de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. Als reden voor het gewenste boerkaverbod zijn immers – zo blijkt uit het latere initiatiefontwerp van de indiener van de motie – de belemmering van de integratie en het veiligheidsrisico die naar de mening van Wilders aan de boerkadracht zijn verbonden. De minister van BZK 'staat niet te springen'¹⁵ om zich aan dit heikele onderwerp te branden, terwijl de minister van Vreemdelingenbeleid en Integratie juist gemotiveerd was voor dit (publiciteitsgevoelige maar dus ook publiciteit genererende) onderwerp. De minister vindt het dragen van hoofddoekjes al 'een stap terug' in de emancipatie van vrouwen en houdt haar ambtenaren, die in eerste instantie negatief adviseren, voor dat 'er wel iets uit moet komen'.

Aan ambtelijke zijde zien we een grote terughoudendheid. Ambtenaren van het ministerie van BZK hebben zich niet ingespannen de uitvoering van de motie tot verantwoordelijkheid van hun minister te maken. Ook bij het ministerie van Justitie zien we de nodige terughoudendheid. Het onderwerp boerkaverbod betreft het beleidsterrein van het directoraat-generaal Rechtsple-

¹² *Kamerstukken II* 2007-2008, 31 331, nr. 2.

¹³ In april 2012 heeft de vaste commissie voor Binnenlandse Zaken van de Tweede Kamer verslag uitgebracht over het wetsontwerp Instelling van een algemeen verbod op het dragen van gelaatsbedekkende kleding. *Kamerstukken II* 2011-2012, 33 165, nr. 5. Hieruit blijkt dat de regering op een ruime meerderheid in de Tweede Kamer kan rekenen. Alleen D66 en de ChristenUnie stellen zich kritisch op, met verwijzing naar het negatieve advies van de Raad van State.

¹⁴ Zij sprak toen als kandidaat lijsttrekker voor het CDA.

¹⁵ Informatie van een van de betrokken ambtenaren.

ging en Rechtshandhaving en dat van Wetgeving, Internationale Aangelegenheden en Vreemdelingenzaken. Alleen de directies Vreemdelingenzaken – als beleidsdirectie – en de directie Wetgeving treden aan ter ondersteuning van de minister. Anders dan gebruikelijk is de opvatting van beide directies over het onderwerp boerkaverbod dezelfde. Men vindt het ‘gedoe om niets; typisch Nederlands’. Regelmatig komt in ambtelijke kring de vraag op of men wel eens een vrouw met boerka heeft gezien en het antwoord is steeds ontkenkend.¹⁶ Gelet op de feiten concluderen ambtenaren dat geen sprake is van een probleem. De vragen naar nut en noodzaak van een wettelijke verbod verdienen volgens hen een negatief antwoord. Dit neemt niet weg dat zij het er wel over eens zijn dat het onderwerp maatschappelijk gevoelig is – zoals vrijwel alles wat met integratie heeft te maken – en ook juridisch zwaarwegend, vooral gelet op de in het geding zijnde grondrechten.

De directie Wetgeving meent de minister te ervan te hebben overtuigd dat het hier om een juridisch lastige problematiek gaat en dat het vragen van advies aan (externe) experts aangewezen is. Weliswaar beschikt de directie met een bezetting van ongeveer 100 wetgevingsjuristen over een ruime expertise, maar de kwetsbaarheid van een boerkaverbod – dat nog buitenlandse voorbeelden en rechterlijke uitspraken ontbeert – en overwegingen van ambtelijke capaciteit, te winnen tijd en gezaghebbendheid van het advies vormen voldoende aanleiding tot het vragen van advies aan externe gezaghebbende juristen. De minister stemt in met de instelling van een adviescommissie, maar zegt in het interview dat zij had willen doorpakken maar stuitte op weerstand binnen het Kabinet en dat de instelling van de commissie uitkomst was van een compromis binnen het Kabinet.

Onder leiding van de hoogleraar Vermeulen, intussen lid van de Raad van State, geven de deskundigen¹⁷ in november 2006 hun zienswijze; elf maanden na de motie maar slechts twee maanden na het verzoek aan hen om zich hierover te buigen. De deskundigen onderscheiden vier mogelijkheden om in het openbaar dragen van gezichtsbedekkende kleding te verbieden. De eerste twee varianten zijn een algemeen en een specifiek verbod van het dragen van islamitische gezichtsbedekkende kleding. Dergelijke verboden van Islamitische kleding dienen naar het oordeel van de commissie te worden afgewezen omdat

16 Over hoeveel vrouwen met boerka we in Nederland spreken blijft onduidelijk. In de brief van de minister van BZK van 8 februari 2008 is sprake van ‘niet meer dan 100 vrouwen’ (*Kamerstukken II* 2007-2008, 31 200 VII, nr. 48, p. 2). Later in het jaar spreekt de minister van OCW van ‘enkele honderden’ en sluit daarbij niet uit dat ‘dit er meer kunnen worden’ (*Kamerstukken II* 2008-2009, 31 700 VIII, nr. 127, p. 17). Het kan nauwkeuriger, zoals in Frankrijk, waar in het parlementaire debat een concreet aantal kan worden genoemd: 367 (zie: A.Scaringi, Fransen in paniek over 367 boerka’s, *MTNL*, 31 juli 2009). Inmiddels heeft de Franse wetgever het dragen van de boerka volledig verboden, na een negatief advies van de Franse Raad van State. In oktober 2010 oordeelde het Franse constitutionele hof dat dit volledige boerka-verbod niet op constitutionele bezwaren stuit.

17 Vier van de zeven deskundigen hebben hun expertise op het terrein van de Islam. Drie, waaronder voorzitter Vermeulen, zijn jurist.

zij in strijd zijn met de vrijheid van godsdienst (artikel 6 Grondwet en artikel 9 EVRM) en in strijd zijn met gelijkheidsnormen (w.o. artikel 1 Grondwet en artikel 14 EVRM). Overigens acht de commissie deze beide verbodsvarianten stigmatiserend met een verscherping van de maatschappelijke verhoudingen als waarschijnlijk gevolg.

De derde en vierde verbodsvarianten van de deskundigen zijn een algemeen respectievelijk specifiek (plaats- en functiegebonden) verbod van alle vormen van gezichtsbedekkende kleding. Een algemeen verbod achten de deskundigen 'zowel juridisch als maatschappelijk zeer problematisch' omdat zij niet kunnen beoordelen of dit op grond van veiligheidsoverwegingen geboden is – de vrijheid van godsdienst biedt wel ruimte voor een dergelijke uitzondering – en omdat specifieke verboden, waarover in variant vier sprake is, op dit moment al volop mogelijk zijn, met een beroep op bestaande wetgeving.

Ten slotte wijst de commissie nog op twee beperkingen: verboden in het openbaar vervoer – waarvoor veel te zeggen zou zijn gelet op de kwetsbaarheid ervan – vergen voorafgaande duidelijkheid of het hier om de openbare ruimte gaat en verboden op grond van gemeentelijke verordening is niet toelaatbaar omdat een dergelijke inbreuk op artikel 6 van de Grondwet een wettelijke basis vereist.

Binnen het departement overlegt de minister met (juristen van de) directie Wetgeving en (ambtenaren van de) directie Vreemdelingenzaken. Ten slotte bespreekt zij met de nieuw aangetreden minister van Justitie haar conclusie op basis van het advies van de commissie Vermeulen en de tekst van een aan de Kamer te richten brief als uiteindelijke Kabinetsreactie op de motie Wilders. Het eindconcept werd op 28 november 2006, in de vorm van een brief van de minister van Vreemdelingenzaken en Integratie, gezonden aan de voorzitter van de Tweede Kamer.¹⁸ In deze brief werd een uitwerking gegeven aan zowel de derde als de vierde verbodsvariant zoals geformuleerd door de deskundigen. In het verlengde van de vierde verbodsvariant kondigt de minister een analyse aan van bestaande mogelijkheden om gezichtsbedekkende kleding te verbieden en een inventarisatie en oplossing van knelpunten in deze. Daarnaast meldt de minister – in het verlengde van de derde verbodsvariant – dat een algeheel verbod wordt voorbereid. Dit verbod van gezichtsbedekkende kleding in (semi-)openbare ruimte is dan om reden van openbare orde, veiligheid en bescherming van (mede)burgers.

Standpunt minister

De minister van Vreemdelingenzaken en Integratie verzet zich tegen het eerste juridische advies dat een algemeen verbod als gevraagd in de motie niet mogelijk is. Zij draagt niet op het wetsontwerp toch te maken, maar gaat in gesprek met de betrokken juristen (en beleidsambtenaren) en stelt daarbij dat

18 *Kamerstukken II 2006-2007*, 29 754, nr. 91.

‘er wel iets moet gebeuren.’ Zij ervaart bij haar juridische adviseurs grote terughoudendheid, die zij verklaart uit hun inhoudelijke depreciatie voor een boerkaverbod. Bovendien meent zij dat de overheidsjuristen zich primair richten op de minister van Justitie, die volgens haar niet positief stond ten opzichte van een algeheel verbod van de boerka. Toen vanuit de Kamer op voortgang werd aangedrongen liet de minister bewust merken dat zij voorstander was van een boerkaverbod, maar het Kabinet koos voor meer terughoudendheid, wat leidde tot het genoemde compromis over de instelling van een commissie.

De minister nam uitgebreid kennis van het rapport van de commissie-Vermeulen. In discussie met haar juridisch adviseurs verzette zij zich tegen het negatieve advies van de commissie. Dat de eindconclusie een wettelijk verbod van het dragen van de boerka moest zijn, stond voor de minister op voorhand vast. Achteraf is haar conclusie dat zij niet voldoende heeft opgelet bij de samenstelling van de commissie. Toen de bezetting tot haar doordrong realiseerde zij zich dat een negatief advies voor de hand zou liggen. Zij was vastbesloten een tweede commissie in te stellen wanneer in het advies van deze commissie geen grond kon worden gevonden voor een algemeen boerkaverbod. Zij had dus geen enkele terughoudendheid bij het gebruikmaken van de kleine ruimte die de commissie bood voor een dergelijk verbod door het gebruik van de woorden ‘zeer problematisch’ in plaats van ‘onmogelijk’. Volgens haar juridisch adviseurs overwoog zij dat eventuele juridische bezwaren pas tot uiting zouden komen na haar zittingsperiode.¹⁹

Ofschoon de minister van Vreemdelingenzaken en Integratie een eigen verantwoordelijkheid heeft, zou de minister van Justitie kunnen interveniëren in de Ministerraad vanuit zijn verantwoordelijkheid voor het algemeen wetgevingsbeleid en als lid van de raad. Dit vergde uiteindelijk afstemming tussen beide ministers. Aanvankelijk was de minister van Justitie kritisch en liet zich zelfs afzonderlijk adviseren door (andere ambtenaren van) de directie Wetgeving. De intussen nieuw aangetreden minister (Hirsch Ballin in de plaats van Donner) toonde minder terughoudendheid en leverde een bijdrage aan het laatste concept waarover de ambtenaren geen advies meer werd gevraagd. Zij hebben er ook van af gezien om hierover spontaan te adviseren.

Standpunt overheidsjuristen

In hun advisering wijzen wetgevingsjuristen van de directie Wetgeving op de juridische bezwaren tegen een algemeen boerkaverbod en oordelen overi-

19 Zelf zegt zij in het interview dat zij aarzelt om hier te spreken van relativering van het recht, omdat immers ruimte zat in het juridisch advies om te concluderen tot een algeheel boerkaverbod. Wel was sprake van rechtsrelativering, zegt ze, toen zij de Wet inburgering ook van toepassing verklaarde op Turkse immigranten. Maar het zou nu eenmaal ‘volledig onredelijk’ zijn om deze immigranten hiervan uit te sluiten. Deze casus komt in het vierde hoofdstuk nog nader aan de orde.

gens negatief over dat wat zij nut en noodzaak van een wettelijk verbod noemen omdat in Nederland vrijwel geen boerkadragers zijn. Zij wijzen op de risico's van het onverbindend verklaren van het verbod door de rechter en ook op een eventueel onderuit gaan bij het Europese hof tot bescherming van de rechten van de mens in Straatsburg. Zij ervaren de wens om een wettelijk verbod als een politiek gegeven, maar menen juridisch 'langs de rand' te gaan. Zij doen er alles aan om de risico's af te dekken en kunnen zich vinden in de uiteindelijke formulering van wat het voorlaatste concept zal blijken te zijn. Zij ervaren het als onmogelijk om negatief te adviseren nu de externe commissie een verbod juridisch weliswaar bezwaarlijk maar niet onmogelijk achtte.

3.2.4 Analyse

Is in de hier beschreven overwegingen als reactie op het bij motie gevraagde boerkaverbod sprake geweest van rechtsrelativering en welke rol hebben de meest betrokken partijen – bewindspersoon, beleidsambtenaren en overheidsjuristen – daarbij gespeeld? De vraag naar relativering van recht is allereerst die naar de relatie tussen de voorgenomen overheidshandeling – een wettelijk boerkaverbod – en de daarop betrekking hebbende juridische normen. Op basis van het externe en interne juridische advies kunnen we concluderen dat er een grote mate van zekerheid was over de strijd met de van toepassing zijnde rechtsregels. De commissie gaf als kwalificatie 'juridisch zeer problematisch', wat overeenkomt met een kwalificatie die ligt tussen wat ik eerder omschreef als onhoudbaar en verdedigbaar. Deze kwalificatie wordt door geen van de overige betrokkenen tegengesproken.

Uit de gegeven beschrijving van de overwegingen in casu blijkt dat bij de juridische adviseurs van de minister grote twijfel bestond of de beslissing tot een algeheel verbod voor gezichtsbedekkende kleding bij de rechter – uiteindelijk het Europese Hof voor de Rechten van de Mens – in stand zou blijven. Het leek niet goed verdedigbaar, hoogstens een in juridisch opzicht 'niet volstrekt onhoudbaar' besluit.

Het juridisch niet volstrekt onhoudbare slaat op de vraag of in dit geval de verhouding tussen overheidshandelen en de grondrechten met betrekking tot godsdienst en gelijkheid. Daarnaast worden de overheidsjuristen geacht ook te letten op normen uit de Aanwijzingen voor de regelgeving zoals terughoudendheid, voorafgaand onderzoek en handhaafbaarheid. Geen van deze normen is expliciet aan de orde geweest en hebben naar het oordeel van betrokkenen geen enkele rol gespeeld. Zo blijft aan het zicht onttrokken waarom de noodzaak van het voorgestelde verbod is komen vast te staan (Aanwijzing 6) en is op essentiële punten geen kennis vergaard van de relevante feiten (Aanwijzing 7), wat alleen al blijkt uit het feit dat het aantal vrouwen met een boerka onbekend was en dat ook bleef bij de latere voorbereiding van wet-

geving op dit punt. Aan ambtelijke zijde bestonden wel kritische opvattingen over nut en noodzaak van deze regeling, maar van meet af aan is duidelijk dat zodra er een uitdrukkelijke politieke wens is – bij minister en kamer – om een boerkaverbod wettelijk te regelen, alleen aanwijzing 18 – over vereiste overeenstemming met hogere regels (in casu de genoemde constitutionele rechten) – aandacht, ofschoon niet zozeer toepassing, krijgt. De afweging richt zich dus op de ‘zwaarste’ juridische norm, die dan vervolgens maar zeer marginaal (niet volstrekt onhoudbaar) tot gelding komt.

Het initiatief tot een boerkaverbod is in politieke context – een parlementaire motie – genomen. Hierbij is dan mogelijk dat dit door een of meer van de partijen gelegitimeerd wordt geacht op basis van een van de benaderingen waarop het politieke primaat boven het recht wordt beredeneerd. Doen de hoofdrolspelers dit?

De minister negeert de rechtsnorm niet, zoals blijkt uit haar ingaan op de door juristen geformuleerde bezwaren tegen het gevraagde boerkaverbod en de daaropvolgende opdracht aan externe deskundigen. De minister deliberiert met haar juridisch adviseurs over de spanning tussen politieke wens en rechtsnorm en leest de juridische adviezen nauwgezet. Maar duidelijk is het standpunt dat zij in het interview naar voren brengt, namelijk dat voor haar vast stond dat er een boerkaverbod moest komen en dat zij een nieuwe commissie zou hebben benoemd wanneer het advies van de commissie-Vermeulen geen mogelijkheid zou hebben geboden om dit algehele verbod op te baseren. Hier ligt een essentie van de relativering van het recht in deze casus, namelijk dat de minister het vaste voornemen had om tot een algeheel boerkaverbod te besluiten en dat van de juristen geen andere bijdrage werd verwacht dan dat zij een passende interpretatie zouden leveren op grond waarvan een dergelijk verbod juridisch kon worden gelegitimeerd. Een negatief juridisch advies in termen van juridisch onhoudbaar zou geleid hebben tot het aanzoeken van andere juridische adviseurs.

Een politieke herkomst (de motie) of een politieke keuze (van de minister) is nog niet hetzelfde als een politiek belang dat zo substantieel is dat een inbreuk op juridische normen of het riskeren daarvan gerechtvaardigd is. Nog afgezien van de vraag of in casu op een dergelijke rechtvaardiging beroep is gedaan, kan men zich afvragen wanneer van een substantieel politiek belang kan worden gesproken. Het is niet eenvoudig een maat aan te geven waaraan de zwaarte van een politiek belang kan worden afgemeten. Een dergelijke vaststelling wordt bovendien bemoeilijkt omdat naar de aard van het politieke discours belangen gewoonlijk in krachtige termen worden geduid. Aanduidingen als een groot maatschappelijk probleem, een ernstige bedreiging voor onze veiligheid en hevige maatschappelijke onrust hebben lang niet altijd een empirisch meetbare en vergelijkbare grondslag. In deze casus redeneert de minister overigens niet vanuit de zwaarte van het maatschappelijke probleem

als politiek belang, onderkennend dat het aantal boerkadragers daarvoor al te gering is.

Wanneer het politieke belang niet zozeer de oplossing van een maatschappelijk probleem betreft dan kunnen niettemin andere politieke belangen aan de orde zijn. We zouden hier van politieke belangen in engere zin kunnen spreken. Het gaat hier om het politieke overleven van de minister. Hieronder kunnen we rekenen het politieke belang van de bewindspersoon om te voldoen aan een parlementaire meerderheid, aan afspraken in het regeerakkoord, het eigen partijprogramma en door de bewindspersoon zelf gedane toezeggingen. Hiervan was bij de boerkacasus geen sprake. Wel stemde een meerderheid van de Tweede Kamer voor de motie Wilders, maar dat betekent nog niet dat de meerderheid ook over de juridische bezwaren heen zou stappen. Van een vertrouwensverlies op grond van het boerkastandpunt was geen sprake. Wel was intussen duidelijk dat het standpunt van de minister positief was over een verbod en dat de minister overigens positief stond ten opzichte van de publicitaire effecten die aan dit onderwerp waren verbonden. Ofschoon zij dus de symboliek van het onderwerp wel kon gebruiken motiveerde zij het heenstappen over de relatief grote juridische bezwaren niet op basis van politiek belang c.q. politiek primaat. Wel beriep zij zich herhaaldelijk op strategische overwegingen in termen van 'er moet wel wat gebeuren; we moeten wel met iets komen' naar aanleiding van de motie.

Overigens kunnen we uit het onderhandelen met de juridisch adviseurs aflezen dat de minister zich dus aanvankelijk wel krachtig, maar niet dominant opstelt. Zij zet haar conclusie tot een volledig boerkaverbod pas door nadat de commissie Vermeulen de juridische deur op een kier zet. Juristen mogen menen dat kwalificaties als 'juridisch zeer problematisch' en 'niet volstrekt onhoudbaar' ontradende termen zijn, maar voor een minister die een besluit wil nemen dat aan deze kwalificatie voldoet concludeert dan dat het kennelijk geen 'clear case' is en dat het juridisch dus niet onmogelijk is. Op dit punt lopen de verwachtingen van bewindspersoon en jurist uiteen, zoals ook blijkt uit de kritische uitlatingen van (de jurist) Verhey over de conclusie van de minister tot een volledig boerkaverbod. Externe academici zullen, zo voorspelt Verhey, steeds minder bereid zijn het politieke bestuur te adviseren wanneer deze zo respectloos omgaat met hun advies, namelijk in korte tijd een beslissing nemen in strijd met het advies. De verwachting van de jurist is hier kennelijk dat de door de externe adviseurs opgeworpen drempel – door te spreken van zeer problematisch – de minister ertoe zou brengen niet tot een wettelijk verbod over te gaan, ten minste uitvoerig te wikken en te wegen alvorens dit te doen. Dat is overigens geen dwaze verwachting, aangezien we de kwalificatie 'juridisch zeer problematisch' eigenlijk kunnen beschouwen als een vermoeden van onrechtmatigheid. De bewindspersoon, voor wie het recht (slechts) een hindernis is, concludeert uit het advies slechts dat die hindernis kennelijk kan worden overwonnen.

De juridische adviseurs aan het departement richten zich bij de advisering niet primair op de vraag of een verbod van gezichtsbedekkende kleding wel of niet voldoet aan de daarop betrekking hebbende rechtsnormen, maar op de vraag welke juridische risico's worden gelopen met een dergelijk verbod. In eerste instantie komen zij betrekkelijk snel tot een negatief oordeel, aangezien het antwoord op de vraag naar het nut en de noodzaak van een wettelijk verbod (juridische vaknormen, geformuleerd in de Aanwijzingen voor de regelgeving en in het Integraal afwegingskader) door hen negatief wordt beantwoord en in hun ogen een wettelijk boerkaverbod in strijd is met de van toepassing zijnde rechtsnormen (godsdiensvrijheid, geregeld in Grondwet en EVRM). Maar hun eerste inschatting van de rechtmatigheid in deze gaat al snel over naar een inschatting van de risico's, meer in het bijzonder de vraag of een oordeel over de (on)rechtmatigheid van het verbod aan de rechter zal worden voorgelegd, of de rechter het verbod dan onverbindend zal verklaren en wat daarvan dan de schade zou zijn in termen van geld, imago en dergelijke. Voor de politieke bestuurder is daarbij soms ook de vraag interessant binnen hoeveel tijd een dergelijk risico wordt gelopen mede in relatie tot de eigen zittingstermijn.

Zoals de politieke bestuurder in zekere zin door de bril van de jurist naar het probleem kijkt, zo kijkt de overheidsjurist in feite door de bril van de politieke bestuurder. Deze jurist baseert zijn advies niet op de eigen rechtsvinding en het daaruit voortkomende oordeel over het verbod in relatie tot de van toepassing zijnde regels, maar (gegeven de rechtsvinding) op de risico's van een eventuele rechterlijke inschakeling.

Ofschoon we de beroepsopvatting van de overheidsjuristen in deze kwestie – gelet op hun primaire aandacht voor de risicoanalyse – kunnen typeren als overwegend embedded, kan men zich afvragen of Verhey gelijk heeft waar hij stelt dat deze overheidsjuristen 'te gemakkelijk heen gestapt (zijn) over juridische en rechtsstatelijke beschouwingen die vanuit de rechtswetenschap worden aangedragen.'²⁰ In werkelijkheid hebben de betrokken overheidsjuristen in eerste instantie de nodige tegendruk gegeven, maar toen zij zagen dat de externe rapporteurs juridische ruimte boden – hoe beperkt ook – hadden zij geen argumenten meer om ronduit negatief te adviseren. Zij moesten hun tegenstand staken, waar zij aanvankelijk een allerm minst volgende positie innamen. Verhey suggereert in zijn artikel dat de commissie Vermeulen de juridische onhoudbaarheid van het boerkaverbod – als een clear case – had gepresenteerd,²¹ maar dat lijkt me een onjuiste weergave van dit externe advies. De hier gegeven analyse vat ik samen in onderstaand schema.

20 Verhey (2007), 332.

21 Verhey over het in zijn ogen negatieve advies van de commissie Vermeulen: 'Deze conclusie wordt met tal van argumenten onderbouwd. Alles wijst er in het advies op dat een algemeen boerkaverbod ten eerste moet worden afgeraden.'

<i>Mate van relativering</i>	<i>Relativering?</i>		<i>Dominantie bewinds- -persoon? (tov advies)</i>	<i>Beroepsopvatting overheidsjurist?</i>	
	<i>Juridische zekerheid</i>	<i>Motivering</i>		<i>Als jurist</i>	<i>Als professional</i>
++	Onhoudbaar	Geen	Opdracht- advies	Embedded	Gehoorzaam
+	Verdedigbaar	Strategische	Terzijde leggen	Risicoanalyse	Meedenken
-	Houdbaar	Beleid	Overleg	Instrumenteel	Interne kritiek
--	Beste oplossing	Politieke	Volgen	Autonoom	Verzet

3.3 DE DODEHOEKSPIEGEL²²

3.3.1 Aanleiding

Jaarlijks verongelukken ongeveer 30 fietsers als gevolg van dodehoekongevallen.²³ Dat zijn ongevallen waarbij een fietser wordt overreden door een rechtsafslaande vrachtwagen omdat de fietser zich buiten het gezichtsveld van de chauffeur bevond. Ofschoon het aantal slachtoffers een relatief klein deel vormt van het aantal slachtoffers door ongevallen met vrachtauto's, veroorzaken dodehoekongevallen veel onrust. Begrijpelijk, want het is een gruwelijk ongeval, vaak met kinderen als slachtoffer.

Daarbij ontstond het vermoeden dat deze ongevallen te voorkomen zijn door het aanbrengen van een gezichtsveldverbeterende spiegel. Deze dodehoekspiegel was in 1997 ontwikkeld door iemand die zich een ongeval met een meisje uit zijn woonplaats Hilversum had aangetrokken. Ondanks reclame voor de spiegel, waaraan ook de minister van Verkeer en Waterstaat meewerkte, werd slechts een beperkt aantal vrachtwagens voorzien van een dodehoekspiegel en blijft het aantal jaarlijkse dodehoekongevallen onveranderd.

De uitvinding van de dodehoekspiegel blijft niet geheel zonder gevolg. Nu men weet dat de spiegel bestaat groeit de aandrang om het aanbrengen ervan verplicht te stellen, onder meer in brieven aan de minister. Die aandrang wordt heftiger en de brieven grimmiger als in 2001 de bekende schrijfster Anna Enquist in actie komt nadat haar dochter Margit bij een dodehoekongeval om

²² Naast kennisneming van de stukken sprak ik over deze casus met meerdere overheidsjuristen, met de toenmalige directeur Juridische Zaken, met de eerstverantwoordelijke overheidsjurist en met de toenmalige minister, Netelenbos.

²³ De ongevallen veroorzaken daarnaast ongeveer 90 zwaargewonden per jaar.

het leven komt.²⁴ De actie richt zich vooral op de minister van Verkeer en Waterstaat. Van de minister wordt een wettelijke verplichting tot het aanbrengen van de dodehoekspiegel Spiegel geëist. Toen de minister erop wees dat zij daartoe niet bevoegd was – op grond van Europees recht – ontmoette zij daarvoor geen begrip. Integendeel. Sommigen achtten de minister nu verantwoordelijk voor de noodlottige ongevallen. ‘U bent de moordenaar van mijn kind’, zo schreef een ouder die een kind verloor bij een dodehoekongeval. De verwijten kwamen hard aan bij de minister.

3.3.2 Formeel verloop

In 2002 leek voor vele betrokkenen de maat vol. De inmiddels vijfjarige Actie Dode Hoek van 3VO, de actie van het FNV om de verplichting tot het voeren van een dodehoekspiegel in de CAO te krijgen, de ministeriële subsidie en een veelheid aan oproepen hadden niet geleid tot een dodehoekspiegel op de 180.000 Nederlandse vrachtwagens. ‘Pure hufterigheid’, vond minister Netelenbos. Ook zij was inmiddels overtuigd van de noodzaak tot een wettelijke verplichting. De regelgevende bevoegdheid daartoe is echter in handen van de EU. De desbetreffende Europese richtlijn 71/127/EEG bevat geen basis waarop een verplichting tot het voeren van de dodehoekspiegel kan worden aangenomen. De minister laat de Kamer weten dat zij zal ijveren voor een wijziging van de Europese richtlijn, dat het aanbrengen van de gezichtsveldverbeterende voorziening rechtens verplicht wordt. Zij vertrouwt aanvankelijk op snel resultaat, gelet op haar mededeling in het Algemeen Overleg (AO) met de commissie voor Verkeer en Waterstaat en Justitie van 31 januari 2002 dat de Europese maatregelen ten aanzien van de dodehoekspiegel (...) eind 2003 inwerkingtreden’.²⁵ In een volgend AO op 3 april 2002 toont de minister zich al daadkrachtiger, nu de Europese weg langer lijkt te gaan duren. Als een laatste poging (in samenwerking met België en Luxemburg) niet slaagt, wil de minister ‘eenzijdig’ de verplichting opleggen ook al heeft dat waarschijnlijk een conflict met de Europese Commissie tot gevolg’.²⁶ De leden van de Kamercommissie tonen zich enthousiast over het voornemen van de minister. Een week voorafgaand aan het AO had de minister al in de EG-transportraad aangekondigd in Nederland en voor in Nederland geregistreerde voertuigen de dodehoekspiegel verplicht te stellen en niet de Europese besluitvorming te willen afwachten.

Op 4 juli 2002 stuurt de minister een ontwerpbesluit tot wijziging van het Voertuigenreglement voor advies aan de Raad van State. Aan de verplichte

24 Later oordeelde de rechter overigens dat dit ongeval ook zou hebben plaatsgevonden als de chauffeur over een dodehoekspiegel zou hebben beschikt.

25 *Kamerstukken II* 2001-2002, 26 115, nr. 28, p. 7-8.

26 *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 000 XII, nr. 63, p. 1.

voorzieningen in dit reglement wordt de verplichting 'van bepaalde gezichtsverbeterende voorzieningen voor bedrijfsauto's' toegevoegd. In de Nota van toelichting wordt de strijd met de Europese regelgeving – in casu richtlijn 71/127/EEG – expliciet aangegeven. Deze overtreding van hoger recht wordt gemotiveerd op grond van (a) de maatschappelijke onrust na recente ongevallen, (b) onvoldoende (effect van) initiatieven die de wegtransportbranche zelf heeft genomen en (c) het onvoldoende resultaat van de desbetreffende subsidie-regeling op grond waarvan een subsidie van 50 procent van de kosten beschikbaar is. Ook naar de EU wordt volledige openheid betracht. Naast de aankondiging in de Transportraad is het ontwerpbesluit ook gemeld bij de Europese commissie.

In zijn advies gaat de Raad van State geheel mee met de politieke overwegingen. De raad acht de strijd met de Europese regelgeving – gewoonlijk goed voor het zwaarste dictum (bezwaar en niet zenden aan de Tweede Kamer) – overkomelijk.

'De Raad van State moet wijzen op strijdigheid van het ontwerpbesluit met de Europese regelgeving (...). Nu duidelijk is geworden dat zowel de andere lidstaten van de Europese Unie als de Europese Commissie inzien dat een snelle wijziging van de desbetreffende richtlijn zeer gewenst is en dat er begrip bestaat voor het vooruitlopen op de bedoelde wijziging, kan de Raad zich echter zeer wel voorstellen dat de regering de verantwoordelijkheid neemt voor het voorliggende ontwerpbesluit'.²⁷

De AmvB werd op 9 oktober 2002 gepubliceerd²⁸ en trad op 1 januari 2003 in werking. Hiernaast nam de minister nog een tweede besluit, waartoe zij wel bevoegd was. Dit besluit²⁹ bood aan gemeentebesturen de mogelijkheid om door plaatsing van een verkeersbord bedrijfsauto's zonder dodehoekspiegel te weren. Van die mogelijkheid heeft een aantal gemeenten gebruik gemaakt.

De dodehoekspiegel blijft op de politieke agenda. Diverse Kamerleden vragen na de inwerkingtreding van de verplichting aandacht voor de handhaving en voor aanvullende maatregelen. Zo wordt aan de minister gevraagd om meer en strengere handhaving, om scholing van de chauffeurs om de spiegel beter te benutten en om deze te kunnen afstellen, om afstelcentra, om uitbreiding van de rijopleiding van vrachtwagenchauffeurs, om cursussen verplicht te stellen, om de APK-eis te verzwaren, om naast een boete ook een rijverbod op te kunnen leggen, om de verplichting tot het aanbrengen van

27 Advies Raad van State van 30 augustus 2002, nr. W 09.02.0279/V.

28 *Stb.* 2002, nr. 547.

29 *Stb.* 2002, nr. 609.

een dodehoekspiegel ook te laten gelden voor bestelauto's en busjes en om het verplicht aanbrengen van aanvullende waarschuwingssystemen.³⁰

Op 2 juni 2003 schrijft de minister van Verkeer en Waterstaat (Peijs) dat alleen al door de subsidieregeling, de grootschalige publiciteit en de aangekondigde verplichting van de dodehoekspiegel een 'aanzienlijke verbetering' is bereikt. De effecten in 2003 zullen naar de inschatting van de minister nog groter zijn. Dat blijkt later niet het geval. Het aantal slachtoffers als gevolg van een dodehoekongeval stabiliseert in 2003 en groeit in 2004. Op 17 januari 2006 schrijft de minister van Verkeer en Waterstaat dat de verplichtstelling van de dodehoekspiegel voor ruim 140.000 extra spiegels heeft gezorgd.³¹ 'Dit heeft geleid tot een aanzienlijke daling van het aantal verkeersdoden als gevolg van aanrijdingen met rechtsafslaande vrachtauto's',³² concludeert de minister over de periode 2001-2003. Maar ze heeft geconstateerd dat in het daaropvolgende jaar 2004 het aantal ongevallen weer was gestegen.³³ Een verklaring kan de minister, ook na analyse van de cijfers, niet geven. Er hoeft ook geen sprake te zijn van een trend, voegde de minister er nog hoopvol aan toe. Van die trend bleek echter wel sprake, zo wees het onderzoek van de SWOV uit.³⁴ In 2005 was het aantal dodehoekongevallen met dodelijke slachtoffers gelijk aan 2004 en in 2006 was het aantal gestegen tot het oude niveau van vóór de (aanloop naar) de wettelijke verplichting. Niet deze verplichting tot, maar de aandacht voor de dodehoekspiegel had de daling tijdelijk veroorzaakt. Overigens blijkt dat een deel van de noodlottige aanrijdingen niet aan de zijkant maar aan de voorkant van de vrachtauto plaatsvinden, buiten het bereik van de dodehoekspiegel.

Eind november 2008 kondigt de minister van Verkeer en Waterstaat nieuwe maatregelen aan om het aantal dodehoekongevallen te laten dalen: een postbus 51-campagne, een aanbeveling aan regionale wegbeheerders, een proef met verschillende spiegelsystemen en een (voorlopige) toestemming om meeknipperende zijlichten aan te brengen.

Intussen hebben ook Denemarken en België de verplichting tot het voeren van een dodehoekspiegel ingevoerd en zal deze verplichting op Europese schaal met ingang van 1 januari 2011 van kracht worden. Omdat de Nederlandse cijfers aantonen dat het zo succesvol is gebleken!

30 Zie de vragen van Gerkens (*Kamerstukken II* 2002-2003, nr. 995), Van Bommel (*Kamerstukken II* 2002-2003, nr. 1485), Dijkzema (*Kamerstukken II* 2003-2004, nr. 24) en Gerkens (2004-2005, nr. 1707).

31 Het gaat in Nederland om ongeveer 180.000 vrachtoertuigen. Ongeveer een kwart van de vrachtauto's waren voorafgaand aan de verplichting voorzien van een dodehoekspiegel.

32 *Kamerstukken II* 2005-2006, 29 398, nr 36, p. 1.

33 Van 16 (waaronder 7 fietsers) dodelijke slachtoffers in 2003 naar 24 (waaronder 16 fietsers) in 2004. Opvallend is dat het in deze brief genoemde aantal dodelijke slachtoffers in 2001 (namelijk 21) substantieel verschilt met de opgave in de brief van 20 juni 2003 (namelijk 14).

34 Schoon, Doumen De Bruin 2008.

3.3.3 Overheidsintern

Toen de maatschappelijke onrust in de eerste jaren van deze eeuw toenam, in het bijzonder na het dodelijke ongeval van de dochter van Anna Enquist in augustus 2001 en de reacties daarop, wil de minister in actie komen en voldoen aan de gevraagde wettelijke verplichting. Het interne juridische advies luidde dat (a) een wettelijke verplichting in strijd zou zijn met Europees recht en daarom zou zijn af te wijzen, (b) de oplossing van het probleem zou kunnen worden aangepakt met (intensivering van) andere dan formele instrumenten, zoals (meer) voorlichting, subsidiëring en dergelijke, (c) dat in de desbetreffende Raad van Ministers, de Transportraad, kan worden aangedrongen op een verplichting tot het voeren van een dodehoekspiegel door aanpassing van de Europese richtlijn 71/127/EEG en (d) toch een formele weg openstond, namelijk om in het desbetreffende besluit een nieuw verkeersbord op te nemen en daarmee de gemeente een formele grond te bieden om op bepaalde plaatsen en wegen vrachtauto's zonder dodehoekspiegel te verbieden. Dit laatste punt is te beschouwen als een poging om de minister minder kwetsbaar te maken voor kritiek door te verwijzen naar andere instanties die wel over juridische mogelijkheden beschikken.

De minister stemde in met het juridische advies. Zij geloofde aanvankelijk ook in de vrijwillige optie gericht op het overtuigen van de vrachtvervoerders. Ook de betrokken beleidsambtenaren konden zich hierin vinden. Zij constateerden dat de subsidieregeling steeds meer effect had, gelet op het aantal subsidieaanvragen.³⁵

Dat de minister voorlopig moest afzien van een formeel verbod vanwege de strijd met Europees recht leidde vooral buiten het parlement tot verzet. Er was weinig begrip voor deze – bureaucratische genoemde – overweging nu het om dodelijke slachtoffers ging. Het omslagpunt in het standpunt van de minister was de gedachteswisseling in het Kabinet hierover. Volgens ingewijden was het minister Pronk (van VROM) die voldoende collega ministers kon overtuigen van zijn standpunt dat je met dergelijke formele bezwaren niet kan aankomen en dat deze bovendien een negatieve beeldvorming naar Europa zou opleveren. De minister wilde nu tot de wettelijke verplichting overgaan, maar besprak met de betrokken juristen de wijze waarop dit 'zo netjes als mogelijk kon worden gespeeld'.

De in de Europese Transportraad zitting hebbende ministers zegden toe geen bezwaar te zullen maken tegen een Nederlands verbod, met als voorwaarde dat het zou worden beperkt tot in Nederlands geregistreerde voertuigen. Daarnaast werd een zogeheten spoednotificatie aan de Europese Commissie gericht.

35 Later bleek dat een deel van de aangeschafte spiegels niet werd geplaatst, onder meer omdat ze niet mooi werden gevonden.

Besloten werd de strijd met het Europese recht openlijk aan te geven, ook aan de Kamer. De betrokken juristen verwachtten dat openheid zou leiden tot expliciete advisering, wat de kans dat door transporteurs op een gunstig oordeel van de rechter zou worden gerekend respectievelijk de kans op een negatief oordeel van de rechter sterk zullen afnemen. Dat is een juiste risico-inschatting gebleken.

Standpunt minister

In eerste instantie volgt de minister het juridische advies, waarbij het volgen van de rechtsnorm – in casu het Europees recht, in het bijzonder Richtlijn 71/127 – voorrang krijgt boven het voldoen aan drang vanuit de samenleving om met een wettelijke plicht te komen. De minister overlegt herhaaldelijk met beleidsambtenaren en juristen. Na verhoging van de maatschappelijke druk en met steun in de Ministerraad besluit de minister tot een wettelijke verplichting. Zij volgt de adviezen van de juristen om het ‘netjes te spelen’, door openheid over de strijd met het Europees recht te betrachten, door het onderwerp te agenderen in de Transportraad en door het starten met een spoednotificatieprocedure.

Standpunt overheidsjuristen

De juridische directie overtuigt in eerste instantie betrekkelijk eenvoudig met haar advies dat een wettelijke verplichting in strijd is met het Europees recht. De juristen geven – in samenspraak met de beleidsambtenaren – alternatieven aan en geven daarbij nog de optie om via een Ministeriële regeling gemeenten te committeren. Wanneer de minister besluit tot een wettelijke verplichting van de dodehoekspiegel in strijd met het Europees recht is dit voor de overheidsjuristen eerder een finest hour dan een ethisch moeilijke opdracht. Zij maken daarbij een risico-inschatting en doen aan damage control door ‘geen bezwaar’ van de Transportraad te bevorderen (via contacten met functionarissen van het bureau van de Raad), door het inzetten en begeleiden van de spoednotificatie en in eigen land door de mogelijkheid tot onverbindendverklaring door de rechter te minimaliseren.

3.3.4 Analyse

Was in de casus Buitenhoekspiegel sprake van rechtsrelativering? Dat het wettelijk verplichten van deze spiegel in strijd met Europees recht is, daar was iedereen het wel over eens. De betrokken overheidsjuristen concludeerden daarom tot een juridisch onhoudbare zaak. Aan dit juridische advies voegde zij toe dat andere middelen beschikbaar waren om dit politieke beleidsdoel te realiseren, zoals voorlichting, subsidie en het scheppen van een verbodsbevoegdheid – het niet toelaten van vrachtauto’s zonder buitenhoekspiegel –

van gemeentelijke overheden. Door dit te doen handelden de juridisch adviseurs van de minister geheel in lijn met hun vaknormen.³⁶

Nadat de aangegeven middelen niet werkzaam waren gebleken en in de Ministerraad werd geconcludeerd dat toch tot een wettelijke verplichting moest worden overgegaan zijn de overheidsjuristen het slagen in een wettelijke regeling steeds meer als een haalbare zaak gaan zien, zeker toen de Europese raad van ministers (in casu de Transportraad) geen bezwaar maakte en de Raad van State niet negatief adviseerde. Daarmee bleef een wettelijke verplichting niettemin een onhoudbare zaak, in die zin dat een rechter nagenoeg zeker tot een onverbindendverklaring zou hebben geoordeeld zodra hem een dergelijke zaak zou zijn voorgelegd door een vrachtkvervoerder die zich zou verzetten tegen een opgelegd sanctie voor het niet voeren van een dodehoekspiegel.

De strategie van de openheid verplichtte elke adviserende en besluitvormende instantie expliciet met de strijd met het Europees recht in te stemmen c.q. expliciet te beredeneren waarom deze in dit geval niet aan de orde zou zijn. Die redeneringen kwamen er in deze casus op neer dat het niet verplichtstellen van de dodehoekspiegel omdat dit strijd zou opleveren met het Europees recht (a) publiekelijk en in het bijzonder aan nabestaanden niet is uit te leggen en (b) dat dit argument nadelig zou werken. Daarnaast geven betrokkenen meer overwegingen die naar hun oordeel de beslissing tot het overtreden van de rechtsnorm zouden kunnen schragen. Zoals de maatschappelijke onrust en de overweging dat met alternatieve maatregelen, zoals voorlichting en subsidiëring, het beoogde doel niet werd bereikt. Voor de Raad van State was het belangrijke argument om positief te adviseren ondanks de strijd met het Europees recht dat in EU-verband (waar de bevoegdheid berust) geen bezwaar werd gemaakt tegen een wettelijke regeling in Nederland en overigens het voornemen bestond om een verplichting op Europees niveau te gaan regelen.

Hiermee lijkt de motivering van de politieke beleidsoverweging zo overtuigend dat van een gemotiveerd handelen op grond van primaat van beleid of van politiek kan worden gesproken en daarmee in dit opzicht geen sprake zou zijn van rechtsrelativering. Maar de werkelijkheid is dat de motivering niet is gericht op de (dringende noodzaak van) oplossing van een maatschappelijk probleem – in casu verkeersveiligheid ter voorkoming van slachtoffers – maar op strategische en procesgerichte overwegingen. Daarbij gaat het om de publieke opvatting, lastig om uit te leggen en daarmee riskant voor het politieke bestaan van de bewindspersoon. Dat het niet gaat om de oplossing van een beleids- of politiek probleem blijkt ook uit het feit dat geen onderzoek is verricht, geen beredeneerd antwoord op de vraag naar nut en noodzaak is gegeven en geen beleidstheorie is geformuleerd. Uit het latere SWOV-onderzoek blijkt hoezeer inhoudelijk de plank is misgeslagen met dit overheidshan-

36 In aanwijzing 7d van de Aanwijzingen voor de regelgeving staat de richtlijn dat de ambtenaar naar het beste alternatief moet zoeken indien de overheidsinterventie noodzakelijk wordt geacht.

delen. We hebben hier te maken met een treffend voorbeeld van middelen-gericht denken. Men vraagt om een middel – de buitenhoekspiegel – en zonder na te gaan of dit middel bijdraagt aan de realisering van een doel volgen strategische, procesgerichte overwegingen als grondslag voor het besluit en dus als ‘argument’ voor de onrechtmatigheid. Het komt erop neer dat de rechtsnorm niet is overschreden omdat slachtoffers worden voorkomen maar omdat er iets gedaan moest worden nu op de minister steeds meer druk werd uitgeoefend. In die zin is hier sprake van rechtsrelativering.

In de interactie zien we dat zowel de minister als haar beleidsambtenaren zich aanvankelijk niet dominant opstellen. Het juridisch negatieve advies wordt overgenomen en de door de overheidsjuristen – in samenspraak met de beleidscollega’s – aangegeven alternatieven werden beproefd. Toen deze niet slaagden en de kritiek uit de samenleving toenam besloot de bewindspersoon (in Ministerraad) dat alsnog tot een wettelijk verbod zou moeten worden overgegaan. Haar overheidsjuristen voerden deze opdracht loyaal uit. In dat opzicht hadden zij geen dominante positie. Wel bleven de juristen in deze een actieve rol spelen door initiatieven te nemen voor *damage control* (bijvoorbeeld door inzetten spoednotificatie) en door te pleiten voor openheid over strijd met Europees recht.

De beleidsambtenaren spelen een minder pregnante en zeker niet dominante rol. Hun aandeel is overigens veel meer procesgericht dan beleidsrationeel gericht. Dat wil zeggen dat zij gericht waren op de voortgang van de besluitvorming en uitvoering daarvan en minder of niet op de inhoudelijke beleidsoverwegingen, waarbij onder meer vragen als die naar de relatie tussen middel en doel en die naar nut en noodzaak aan de orde zouden zijn.

De opstelling van de overheidsjuristen kan het beste worden getypeerd als meedenkend. Aanvankelijk expliciteren zij de juridische bezwaren en tonen zich kritisch over een wettelijke verplichting. Zij hebben geen aanleiding deze kritiek een andere vorm te geven dan interne kritiek (*voice-loyalty*) omdat de minister aanvankelijk hun standpunt volgt en alternatieven – voorlichting, subsidiëring – beproeft. Maar ook toen deze alternatieven niet het beoogde effect sorteerden bleef de minister in gesprek met haar overheidsjuristen. Na het politieke besluit om tot een wettelijke verplichting over te gaan, werken de overheidsjuristen daaraan loyaal mee, in actieve en meedenkende vorm. De openheid over de strijd met het Europees recht biedt hen de mogelijkheid dicht bij hun professionele opvatting te blijven. De interpretatie van de rechtsregels worden niet opgerekt, de flexibiliteit van het recht niet uitgebuit en van een omgekeerde rechtsvinding is ook volstrekt geen sprake. Dat maakte dat de betrokken overheidsjuristen geen weerstand ervoeren met een actieve, meedenkende opstelling. Deze laatste bevat vermoedelijk de verklaring voor de waardering en zelfs de trots waarmee overheidsjuristen spreken over deze casus, die zich wel afspeelt richting, maar zeker niet over de juridische pijn-

grens. De relativering van juridische kwaliteit waartoe werd besloten door in strijd met het Europees recht een wettelijke verplichting heeft in termen van de juridische beroepsopvatting ook geen weerstand opgeroepen bij de betrokken overheidsjuristen. Hun juridisch handelen geeft geen uiting van een volstrekt autonome plaats van het recht, maar een meer instrumentele – juridische mogelijkheden worden benut om het doel te bereiken – en een waarbij de aanvaardbaarheid van de beslissing mede afhankelijk is van de in te schatten risico's.

<i>Mate van relativering</i>	<i>Relativering?</i>		<i>Dominantie bewinds-persoon? (tov advies)</i>	<i>Beroepsopvatting overheidsjurist?</i>	
	<i>Juridische zekerheid</i>	<i>Motivering</i>		<i>Als jurist</i>	<i>Als professional</i>
++	Onhoudbaar	Geen	Opdracht-advies	Embedded	Gehoorzaam
+	Verdedigbaar	Strategische	Terzijde leggen	Risicoanalyse	Meedenken
-	Houdbaar	Beleid	Overleg	Instrumenteel	Interne kritiek
--	Beste oplossing	Politieke	Volgen	Autonoom	Verzet

3.4 IRAK (NEDERLAND)³⁷

Bij de beschrijving maak ik ook gebruik van het rapport van de commissie Davids. Mij is gebleken dat velen binnen de ministeries over menige bevinding of beoordeling van de commissie een andere zienswijze hebben. Zo menen zij, anders dan de commissie, dat het in zaken als deze niet vreemd is dat de regie meer bij de minister van Buitenlandse Zaken ligt dan bij de minister-president,³⁸ dat de minister van Buitenlandse Zaken niet, zoals de commissie beweert, in drie kwartier zijn beslissing had genomen en dat Davids cum suis een onderscheid had moeten maken tussen landen die participeerden in de

³⁷ Naast kennisneming van de stukken, in het bijzonder het rapport van de commissie-Davids, sprak ik over deze casus met overheidsjuristen van verschillende ministeries, met een van de meest betrokken overheidsjuristen, de directeur Juridische Zaken en de minister van Buitenlandse Zaken, De Hoop Scheffer.

³⁸ Davids maakte daar bij de presentatie van het rapport een nogal stevig punt van, kennelijk ervan uitgaande dat de minister-president meer is dan primus inter pares, tevens voorzitter.

geweldsuitoefening en landen die slechts politieke steun gaven.³⁹ Naast deze kritiek op onderdelen kwam ik bij gesprekspartners nog twee kritische kanttekeningen bij het rapport van de commissie tegen, die van algemenere strekking waren. De eerste betreft de mogelijke vooringenomenheid van de commissie omdat enkele leden voorafgaand aan het optreden van de commissie al hun opvattingen kenbaar hadden gemaakt. Het tweede kritiekpunt raakt nog het meest de inhoud van mijn verkenning. Het gaat dan om de – herhaaldelijk geuite – veronderstelling dat de commissie, in het bijzonder haar voorzitter, de politieke gezagsdragers en de ambtelijke leiding eens flink de juridische les wilde lezen en daarom te weinig kritisch zou zijn geweest in haar steun aan het standpunt van de centrale juridische directie van het ministerie van Buitenlandse Zaken en aan de (kleine) kring van volkenrecht deskundigen.

3.4.1 Aanleiding

Op 15 november 2002 verzoekt de Amerikaanse president Bush de Nederlandse regering om steun bij de voorbereiding van een militaire actie tegen Irak. Met deze voorbereiding wil hij de druk opvoeren tegen het regime van Saddam Hoessein opdat deze voldoet aan de wens van de internationale gemeenschap en wil Bush gereed zijn om militair op te treden wanneer Hoessein blijft weigeren dit te doen. 'Your support and participation will both increase the chances of our success by diplomatic means, and also ensure that there will be a successful military outcome should application of force become necessary.' Op 17 maart 2003 besloot de regering de militaire actie politiek te steunen, maar 'geen actieve militaire bijdrage (te) leveren aan operaties ten aanzien van Irak'.⁴⁰ De Tweede Kamer stemde de volgende dag – na een uitvoerig debat – in met dit regeringsstandpunt. Op 20 maart start de Amerikaans-Britse militaire actie tegen Irak. Ook Australië, Polen en Denemarken nemen deel aan dit militaire optreden. Een groot deel van de 49 landen die de 'coalition of the willing' vormden leverde wel enige militaire bijstand; zes landen beperkten zich tot het verlenen van politieke steun. Op 1 mei was het Iraakse regime verdreven en werd een 'Voorlopige autoriteit van de coalitie' onder leiding van Paul Bremer ingesteld.⁴¹ Daarmee werd een begin gemaakt met de ernstig onderschatte 'nation building' in Irak.

39 De stelling is dan dat een deelnemen aan een militaire invasie in Irak strijd met het volkenrecht omdat in casu een geweldlegitimerende resolutie van de VR ontbrak, maar dat deze volkenrechtelijke norm zich niet richt op het geven van politieke steun aan een militaire invasie. Daarvan zou de conclusie zijn dat Nederland geen volkenrechtelijke norm heeft geschonden.

40 *Kamerstukken II*, 2002/2003, 23 432, nr. 94, p. 4.

41 Nog in 2003, op 13 december, werd de ondergedoken Saddam Hoessein gevonden. 'Ladies and gentlemen, we got him', was de vaak herhaalde boodschap van Bremer aan de buitenwereld.

Intussen was in Nederland een naoorlogs debat ontstaan, dat – in de woorden van de commissie Davids – met grote bitterheid werd gevoerd. Volgens de commissie werd die bitterheid vooral veroorzaakt door

‘de wisselende argumenten waarmee de regering haar houding had verdedigd: van de vrees voor mvw⁴² naar de noodzaak van naleving van de VN-resoluties; van niet-militaire steun naar niet-offensieve steun; van alleen politieke steun naar een plaatsje in de Amerikaans-Britse *coalition of the willing*. Die wisselvalligheid – die, uiteraard, in de media werd uitvergroot – kon al gauw tot de verdenking leiden dat het Kabinet geen zuiver spel had gespeeld.’⁴³

3.4.2 Formeel verloop

Door parlementariërs uit beide Kamers werd een reeks van vragen gesteld aan de regering. Veertien debatten met de regering vonden plaats in de Tweede Kamer en ook enkele in de Eerste Kamer. Vragen om een onderzoek naar de besluitvorming werden van regeringszijde afgewezen, overigens steeds met instemming van een Kamermeerderheid. Bij de vorming van het Kabinet Balkenende IV werd afgesproken dat geen onderzoek zou plaatsvinden, ondanks het feit dat regeringspartij PvdA hiervoor juist had gepleit. Zo sterk hechtte het CDA van premier Balkenende kennelijk aan het achterwege blijven van onderzoek. Toen echter het memo van de Directie Juridische Zaken van het ministerie van Buitenlandse Zaken – waarin de directie nog eens haar negatieve advies over steun aan de Iraakse inval onderbouwde – uitlekte en de discussie en argwaan met de dag toenamen, bleek het afwijzen van een onderzoek niet langer vol te houden. Op 6 maart 2009 werd de commissie Davids geïnstalleerd door de minister-president, de minister van Buitenlandse Zaken, die van Defensie en die van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. Taak van de commissie is het doen van onderzoek naar

‘de voorbereiding en besluitvorming (...) over de politieke steun van Nederland aan de inval van Irak in het algemeen en over aspecten van volkenrechtelijke aard, aspecten van de inlichten- en informatievoorziening en aspecten van vermeende militaire betrokkenheid in het bijzonder (...).’

De commissie betreurde dat het onderzoek zo langdurig en zo hardnekkig is tegengehouden en meende dat het onderzoek – bijna zeven jaar na dato – daardoor is bemoeilijkt. Niettemin brengt de Commissie van onderzoek besluitvorming Irak binnen een jaar – op 12 januari 2010 – een lijvig rapport uit.

42 Massavernietigingswapens.

43 Davids (2010), p. 113.

Voor een goed begrip van deze Irak-casus geef ik een kort overzicht van de van toepassing zijnde rechtsnormen. Het volkenrecht verbiedt landen op eigen gezag een ander land met militair geweld binnen te vallen. Dat is ook geregeld in het Handvest van de Verenigde Naties (artikel 2 lid 4), waarin tevens twee uitzonderingen op deze regel vermeld staan: geweld door of namens de Veiligheidsraad (artikel 39 e.v.) en geweld uit zelfverdediging (artikel 51). Als derde uitzondering wordt wel genoemd het militair optreden dat gericht is om een einde te maken aan grove schending van mensenrechten, de humanitaire interventie. Deze uitzondering is echter niet in het Handvest VN opgenomen en is overigens omstreden in de volkenrechtelijk leer. In de discussie over Irak komen alle drie uitzonderingen ter sprake. Zo wordt de terreurdaad van 9 september 2011 (vernietiging Twin Towers van New York) wel beschouwd als een oorlogsdaad waartegen de VS zich vervolgens zouden mogen verdedigen in een *war on terror*. Ook werd wel gewezen op de schending van mensenrechten in het Irak van Saddam Hoessein, wat een humanitaire interventie zou rechtvaardigen. In Nederland zagen we een beroep op humanitaire redenen bij het militair ingrijpen in Kosovo. Overheidsjuristen hadden 'hun' minister (van Defensie en van Buitenlandse Zaken) negatief geadviseerd, maar nadat de regering hun advies niet volgde en toch tot oorlogvoering overging, volgde alsnog de conclusie dat deze oorlogvoering legitiem was geworden omdat intussen sprake was van grove schending van mensenrechten in Kosovo⁴⁴ en het optreden daarom moest worden gezien als een humanitaire interventie.

Naast de drie genoemde uitzonderingen op het verbod van eigenmachtig militair optreden komen in het kader van de kwestie Irak nog twee andere uitzonderingen ter sprake. Beide zijn nog meer omstreden dan de humanitaire interventie. Ik doel hier op de preventieve zelfverdediging, gebaseerd op de veronderstelling dat het vijandige land op het punt staat militair aan te vallen, en *regime change*, waarbij de rechtvaardiging voor militair optreden wordt gezocht in het veiligheidsbedreigende of inhumane karakter van het regime in het desbetreffende land.

De meeste juridische discussie over de militaire interventie in Irak van 2003 richtte zich op de derde uitzondering: oorlogvoering door of namens de VN-veiligheidsraad. Voor legaal gebruik van geweld is een besluit van de raad nodig (Handvest VN, artikel 42). Volgens de regels van het Handvest regisseert de Veiligheidsraad de militaire actie. Leden van de VN hebben de verplichting op zich genomen om militaire eenheden te leveren wanneer de Veiligheidsraad (VR) daartoe een beroep op hen doet (artikel 43). Deze eenheden treden dan

44 Zie Ybema (in: Kraan 2005, p. 211-214), die aangeeft dat 'een grote druk op de juridische advisering (rustte) aangezien de politieke wenselijkheid tot ingrijpen zeer nadrukkelijk bestond. (...) De kneedbaarheid van het Internationale recht brengt een jurist snel in de verleiding om de rechtsopvatting naar deze politieke wenselijkheid te schikken.'

op onder de leiding van de stafchefs van de permanente leden⁴⁵ van de VR, het Generale Stafcomité (artikelen 45-47). De VR kan het militaire optreden ook delegeren, hoewel dit niet (expliciet) in het Handvest is geregeld.

Bij de Amerikaans-Britse inval in Irak stelden de regeringen van beide landen zich op het standpunt dat de VR een besluit (of samenstel van besluiten) had genomen op basis waarvan geweldgebruik tegen Irak juridisch gelegitimeerd was; in elk geval dat het juridisch verdedigbaar was dat een dergelijk besluit voorhanden was. De Nederlandse regering volgde in dat standpunt ofschoon het advies van de overheidsjuristen – in casu die van het ministerie van Defensie en van het ministerie van Buitenlandse Zaken – tegengesteld was. Ook onder externe deskundigen op volkenrechtelijk terrein was nagenoeg overeenstemming over de opvatting dat een juridisch legitimerend besluit van de VR ontbrak. Het regeringsstandpunt baseerde zich op het geheel van VR-resoluties betreffende Irak vanaf het begin van de Golf-oorlog in 1990. Bij resolutie 660 veroordeelde de VR de militaire invasie van Irak in Koeweit en eiste terugtrekking. Na weigering van Irak volgde resolutie 678 waarin de VR militair optreden in Irak ‘with all necessary means’ legitimeerde. Op basis van deze resolutie voerde een coalitie van landen, onder leiding van de VS, de militaire operatie Desert Storm uit, met als resultaat dat Irak werd gedwongen zich achter eigen grenzen terug te trekken.

Na de militaire bevrijding van Koeweit volgde een reeks van VR-resoluties om Irak te inspecteren op het bezit van massavernietigingswapens, waarvan resolutie 687 van 1991 – die aan de wapenstilstand de voorwaarde verbond dat Irak zou meewerken aan deze inspecties – de eerste was.⁴⁶ Toen Irak in 1998 die wapeninspecties onmogelijk maakte reageerde de Verenigde Staten en Engeland met de operatie Desert Fox, ervan uitgaande dat resolutie 687 voldoende basis was voor een door de VR gelegitimeerd militair optreden. Na Desert Fox herhaalde zich de situatie waarin de VR in resoluties Irak onder druk zette om de wapeninspecties ongestoord te laten doorgaan. Toen na *nine-eleven* – de terroristische vernietiging van de Twin Towers in New York op 9 september 2001 – de regering Bush haar *war on terrorism* begon en een direct verband legde tussen het Irakese regime en Al Qaida groeide de wens om dit regime met militair geweld uit het zadel te krijgen. Bij de Amerikaanse en Engelse regering bestond de opvatting dat voor dit geweld een (nieuwe) resolutie van de VR strikt juridisch niet nodig was maar politiek wel wenselijk. Ook de Nederlandse regering betrok – bij monde van minister De Hoop Scheffer – dit standpunt. Amerika en Engeland drongen in de VR aan op het nemen van een resolutie, maar de andere permanente leden waren tegen

⁴⁵ China, Frankrijk, Rusland, Verenigde Staten en Verenigd Koninkrijk.

⁴⁶ De United Nations Special Commission (UNSCOM), een VN-commissie die moest toezien op de naleving van resolutie 687, in het bijzonder dat Irak zich zou ontdoen van massavernietigingswapens, vermeldt in haar overzicht van december 1999 maar liefst dertien resoluties.

militair ingrijpen. Dit dispuut leidde tot resolutie 1441, een compromistekst die prompt tot twee interpretaties leidde. De eerste was dat deze resolutie niet meer dan een laatste waarschuwing was en dat voor optreden met militair geweld een nieuwe resolutie nodig zou zijn. De tweede uitleg van resolutie 1441 was dat zodra Irak zich niet aan de afspraken zou houden militair optreden gelegitimeerd was op basis van deze resolutie, in elk geval op basis van het geheel van resoluties (corpustheorie).

Kijkend naar resolutie 1441 lijkt alles te zeggen voor de uitleg dat deze resolutie geen zelfstandige juridische legitimatie kan zijn voor een gewapend optreden in Irak. In de eerste plaats omdat de resolutie geen tekst bevat die wijst op een dergelijke legitimatie. Op diverse plaatsen in de resolutie wordt aangegeven dat bij niet navolging van de aan Irak gestelde voorwaarden de VR moet worden geïnformeerd. Dat wijst erop dat ook daar de volgende stap moet worden gezet. Bovendien hebben China, Frankrijk en Rusland bij de besluitvorming aangegeven dat hun instemming geen (voorwaardelijk) geweldsgebruik legitimeert. Sterker nog, ook de Amerikaanse vertegenwoordiger, ambassadeur Negroponte, zei in zijn stemverklaring dat ‘this resolution contains no “hidden triggers” and “no automaticity” with respect to the use of force.’⁴⁷ In de kring van deskundigen op het terrein van internationaal recht bestaat dan ook weinig twijfel over het standpunt dat voor een militaire invasie in Irak op resolutie 1441 nog een resolutie diende te volgen. Zonder een dergelijke VR-resolutie was een dergelijk militair optreden illegaal.

3.4.3 Overheidsintern

Bij de beschrijving van het verloop van de besluitvorming binnen de overheid beperk ik mij tot de besluitvorming van het ministerie, waarbij de bewindspersoon, de beleidsambtenaren en de overheidsjuristen een rol spelen. Het accent van de besluitvorming lag bij Buitenlandse Zaken. Daarom richt ik mijn beschrijving vooral op de gang van zaken op dat ministerie. De interne gang van zaken op Buitenlandse Zaken hebben ook een grotere rol gespeeld dan die bij het ministerie van Defensie of dat van Algemene Zaken, aangezien het juridisch advies van de juristen van Buitenlandse Zaken is geëkt. Niettemin zal ik ook enige aandacht geven aan de besluitvorming en advisering op het ministerie van Defensie.

47 Ik neem dit citaat over uit het rapport van de commissie Davids (p. 241), waarin overigens gewezen wordt op een wat minder duidelijke zin in het betoog van Negroponte, namelijk: ‘If the Security Council fails to act decisively in the event of further Iraqi violations, this resolution does not constrain any Member State from acting to defend itself against the threat posed by Iraq or to enforce relevant United Nations resolutions and protect world peace and security.’

Voor een goed begrip vermeld ik nog dat een aanzienlijk deel van de besluitvorming over Irak zich niet intern – binnen een of meer ministeries – plaatsvond. In het directe contact dat de premier, vooral de minister van Buitenlandse Zaken en in mindere mate die van Defensie onderhielden met (vertegenwoordigers van) buitenlandse regeringen, in hoofdzaak die van de VS en van het VK, werden regelmatig direct standpunten ingenomen zonder voorafgaand ambtelijk advies, zonder overleg met de Kamer en zelfs zonder standpuntbepaling binnen het Kabinet. Soms werden zelfs standpunten voor de Nederlandse regering ingenomen, wanneer deze niet direct op signalen reageerden. Zo zette de VS Nederland op de lijst van landen die de *Coalition of the willing* vormden, terwijl de Nederlandse premier en zijn minister van Buitenlandse zaken daarover in ministerraad en parlement een ander standpunt innamen. Overigens is saillant in dit kader dat de Nederlandse regering zich bij de vorming van een juridisch oordeel steeds meer richtte op de hoogste jurist in Britse dienst, de Attorney General Lord Goldsmith.

Toen de directie Juridische Zaken van het ministerie van Buitenlandse Zaken in het voorjaar van 2002 werd gevraagd of een militaire aanval op Irak volkenrechtelijk toelaatbaar zou zijn, had de directie al enkele malen geadviseerd over mogelijk geweld tegen Irak in de periode vanaf de Golfoorlog van 1990. De directie bleef consequent kritisch over een dergelijke militair ingrijpen zonder dat sprake is van zelfverdediging en zonder een machtiging van de VR. Aan de Afdeling Golfstaten van de Directie Afrika en Midden-Oosten (DAM/GO) berichtte de directie Juridische Zaken op 27 mei 2002 dat de volkenrechtelijke basis voor een militaire actie tegen Irak ‘flinterdun’ is.⁴⁸ In zijn nota aan de zojuist aangetreden minister De Hoop Scheffer vertaalde DAM/GO ‘flinterdun’ in ‘mager’ en stelde daarbij dat het besluit over militair optreden in Irak ‘in beginsel een politiek besluit’ is ofschoon een juridische grondslag wel van belang werd gevonden. Op basis van deze notitie vond een gesprek met de minister plaats waarbij de beleidsafdeling door het hoogste niveau (directeur-generaal of directeur) werd vertegenwoordigd terwijl namens de Directie Juridische Zaken (DJZ) een plaatsvervangend afdelingshoofd deelnam.⁴⁹ In het memorandum dat na dit gesprek op verzoek van de minister door DAM/GO werd geschreven treffen we de stelling dat sprake is van een voldoende juridische basis en dat (daarom) een VR-resolutie weliswaar politiek wenselijk, maar juridisch ‘niet absoluut noodzakelijk’ is. In een latere notitie aan de minister vervormde deze directie het advies van de juridische directie

48 Dit flinterdun sloeg op militair optreden om reden van het bezit van massavernietigingswapens. Voor het door de Amerikaanse regering genoemde doel, regime change, is van een volkenrechtelijke basis helemaal geen sprake, zo concludeerde de directie Juridische Zaken.

49 De commissie Davids heeft niet kunnen vaststellen of in dit gesprek het juridische, volkenrechtelijke aspect überhaupt aan de orde is geweest. Zie Davids (2010), p. 245. Wel rapporteert de commissie dat een beleidsmedewerker van DAM/GO opmerkte dat ‘(...) flinterdun (...) hier misschien dik genoeg (is) voor ons om ermee door te gaan.’

door te stellen dat de kwalificatie 'flinterdun' niet sloeg op de redenering dat de VR-resolutie(s) al voldoende grondslag vormde(n) voor militair geweld.⁵⁰ Opvallend is dat DJZ niet werd betrokken bij de brief aan de Kamer en het aansluitende debat, begin september 2002. Wel had de minister DJZ eerder al gevraagd te adviseren naar aanleiding van het artikel van oud directeur-generaal Politieke Zaken (DGPZ) Van Walsum, waarin deze stelde dat voldoende juridische grondslag bestond voor een militaire inval in Irak zoals deze destijds ook bestond voor een militair ingrijpen in Kosovo. DJZ wees er op dat het militair optreden in Kosovo een humanitaire interventie was en daarom geen geschikte vergelijkingsmaatstaf vormde.

DJZ adviseerde ook over een door het Kamerlid Koenders gevraagd spoedadvies van de Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken. Anders dan haar eigen conceptadvies stelde DJZ dat een dergelijk spoedadvies niet noodzakelijk was nu de minister al een standpunt ten aanzien van Irak had ingenomen.

Met oog op de aankomende Kabinetsvergadering op 17 maart 2003 vraagt DGPZ Sieblesz aan DJZ om een positief advies over het voorgenomen geweldgebruik in Irak, dus zonder een nieuwe VR-resolutie. DJZ voldoet daaraan door een beroep op de corpustheorie, in het bijzonder door te wijzen op de samenhang tussen resolutie 678 en 1441. De directie voegt hieraan een tweede advies (deel B) waarin zij voor de volledigheid nog eens wijst op de strijd met het volkenrecht die het zelfs 'niet ondenkbaar' maakt dat Nederland een procedure voor het Internationaal Gerechtshof zou verliezen. Een maand later – Nederland heeft zijn steun op 18 maart gegeven – komt Sieblesz terug op dit tweede advies. Sieblesz leeft in de veronderstelling dat DJZ tot maart 2003 nog hetzelfde standpunt innam als zij deed in de jaren negentig. Toen onderschreef DJZ militair ingrijpen tegen Irak ook al vond zij de volkenrechtelijke basis dun. Latere negatieve adviezen van DJZ waren Sieblesz ontgaan.⁵¹ Hij vond het negatieve advies van DJZ daarom 'te sterk en te laat' en miste een toelichting op de vermeende verandering van mening van de directie. Sieblesz gaf zijn opvatting over de juridische grondslag voor een militair optreden weer in een nota via de SG aan de minister 'gelet op mogelijke aandacht van het nageslacht voor deze kwestie, maar ook uit een oogpunt van professionele integriteit'. De DGPZ verzette zich tegen de in zijn ogen formalistische benadering van DJZ waarbij naar zijn mening onvoldoende werd onderkend dat het hier om een politieke en niet om juridische overwegingen gaat. Die politieke overwegingen zijn dat Nederland zich meer thuis voelt bij de VS en het VK dan bij de

50 DAM/GO deed het voorkomen als zou 'flinterdun' slechts betrekking hebben op *regime change* als grondslag voor militair optreden tegen Irak.

51 Sieblesz hield tot dan toe kennelijk nog rekening met het standpunt dat DJZ in de jaren negentig had ingenomen. Dat standpunt luidde dat een militair optreden tegen Irak weliswaar juridisch dun maar niet onaanvaardbaar was.

andere permanente leden van de VR, dat Saddam Hoessein gevaarlijk was en de wapeninspecties en sancties ontoereikend waren.

DJZ reageerde op de notitie van de DGPZ met haar – ook via de SG aan de minister gerichte – memo van 29 april 2003. De SG retourneerde het memorandum met de aantekening ‘met veel dank; graag goed opbergen in de archieven voor het nageslacht; de discussie is hiermee voor dit moment gesloten!’ Door de aanduiding M (minister) als geadresseerde stond een kruis. De directeur Juridische Zaken zond het memo weer door naar het hoofd van zijn afdeling Internationaal Recht (IR) met vermelding ‘zie aantekening; het audite et alteram partem geldt hier kennelijk niet’. Geheel veilig opgeborgen bleek het memo niet. Op 19 januari 2009 maakte het *NRC Handelsblad* het openbaar. De daarop volgende politieke storm kon niet meer worden geluwd zonder instemming met een onderzoek naar de besluitvorming betreffende Irak.

Het memo van DJZ bevatte een puntsgewijze argumentatie van het ontbreken van een volkenrechtelijk mandaat voor de oorlog tegen Irak. De oude resoluties 678 en 687 waren gericht op geweldgebruik om een einde te maken aan de militaire inval van Irak in Koeweit. Deze resoluties impliceren naar het oordeel van DJZ ‘echter niet een *carte blanche* machtiging (...) tot voortdurend unilateraal geweldgebruik tegen Irak om allerlei doelen na te streven.’⁵² Na dit en andere argumenten besluiten de juristen van DJZ, afdeling IR met de suggestie om een internationaal debat te entameren ‘op het moment dat het stof is neergedaald over het militair ingrijpen van VS/VK in Irak’. In verband met de beroepsopvatting binnen DJZ is nog het derde punt van het memo, dat ik hieronder volledig weergeef.

‘DJZ ziet het als haar taak U waar nodig intern zo deskundig en objectief mogelijk te informeren. DJZ denkt daarbij uiteraard mee met het beleid en houdt daarbij rekening met de marges die het volkenrecht al dan niet kent. Zoals ieder rechtstelsel, stelt het volkenrecht echter grenzen aan het beleid die niet mogen worden overschreden. Indien deze overschreden dreigen te worden heeft DJZ o.i. ook op dit punt een voorlichtende en waarschuwendende functie; zij meent daarbij in Uw belang en in dat van het Ministerie te handelen. Uiteraard kunt U vanuit Uw politieke verantwoordelijkheid afwijken van het door DJZ gegeven advies. In dat geval zal DJZ in alle loyaliteit een advocatenrol vervullen en U juridisch bijstaan bij de verdediging van het door U ingenomen standpunt. Daarover kan geen enkel misverstand bestaan.’

Ofschoon op het ministerie van Defensie de opvatting leefde dat dit ministerie een eigen verantwoordelijkheid had bij de besluitvorming over de kwestie Irak, heeft het in dit kader een beperkte rol gespeeld. De Directie Juridische Zaken (DJZ) kwam betrekkelijk laat in beeld. Aanvankelijk trad de beleidsafdeling, de Directie Algemene Beleidszaken (DAB), op als adviseur ook waar het

52 Memo, punt 14.

de juridische overwegingen betrof. Begin september 2002, daags voordat de minister van Buitenlandse Zaken over het Irakstandpunt een brief naar de Kamer zond, adviseerde DAB de minister van Defensie. De volkenrechtelijke belemmeringen achtte DAB, met een beroep op de corpustheorie, niet groot. Over deze stellingname is hoogstwaarschijnlijk geen voorafgaand contact geweest met DJZ. Deze directie adviseert de minister eerst in januari 2003, op eigen initiatief. In vergelijking tot de gang van zaken aan het ministerie van Buitenlandse Zaken valt op dat DJZ van het ministerie van Defensie zich zonder bezwaar (via de SG) rechtstreeks tot de minister kan wenden en niet een of meer beleidsonderdelen van het departement tot adressaat moet nemen of zelfs als opdrachtgever heeft.

Hoewel DJZ van Defensie in de jaren negentig anders adviseerde meent zij begin 2003 dat de VR-resoluties tot dat moment geen voldoende legitimatie bevatten voor een militair optreden tegen Irak. In de woorden van de directie luidt de conclusie dat 'bezien vanuit een zuiver juridische invalshoek thans alleen een nieuw aan te nemen besluit van de Veiligheidsraad als grondslag zou kunnen dienen voor een rechtmatige aanval op Irak.' Het woordje 'zuiver' kan moeilijk anders dan in beperkende zin worden opgevat.⁵³ Van enigerlei discussie over de volkenrechtelijke aspecten aan het ministerie van Defensie is de commissie Davids niets gebleken. De minister heeft zeker kennisgenomen van het juridisch advies en simpelweg geconcludeerd dat hij er op politieke gronden anders over dacht en het advies daarom niet zou volgen.

De commissie Davids concludeerde onder meer dat de 'kwestie van de volkenrechtelijke legitimatie (...) ondergeschikt werd gemaakt aan de in augustus 2002 door Buitenlandse Zaken uitgezette beleidslijnen' en dat 'de militaire actie een adequaat volkenrechtelijk mandaat ontbeerde'. Voor het commissielid Van Walsum impliceerde deze conclusie niet dat de Nederlandse regering dus verkeerd handelde door steun te verlenen aan de Amerikaans-Britse inval. Hij meent dat

'een verantwoordelijke regering zich niet alleen door de regels van het volkenrecht, maar ook door de eisen van de internationale politiek (dient) te laten leiden. Als de twee met elkaar in botsing komen ontstaat een dilemma, maar geen regering zal accepteren dat haar vitale politieke doelstellingen onder alle omstandigheden voor het volkenrecht zullen moeten wijken.'

In een bijeenkomst van de Vereniging voor Internationaal Recht (op 25 mei 2010) zette Van Walsum zijn standpunt dat politieke doelstellingen niet altijd moeten wijken voor het volkenrecht nog eens uiteen, met verwijzing naar het dreigende nucleaire gevaar van het Hoessein-regime en naar het ondemocratische gehalte van de besluitvorming in de Veiligheidsraad. Sands opponeerde stellig en wees erop dat indien een land, zoals Nederland, al meent dat het

53 Zie in het eerste hoofdstuk over de term 'strikt juridisch'.

volkenrecht in een specifiek geval mag worden overtreden hierbij hoort dat dit land zich vrijwillig onderwerpt aan een rechterlijk oordeel daarover.

Nadat voorzitter Davids het – niet eerder uitgelekte – rapport op 12 januari 2010 aan minister-president Balkenende overhandigde reageerde deze aanvankelijk terughoudend en relativerend. Over het standpunt dat volkenrechtelijk mandaat ontbrak zei Balkenende dat dit ‘ook een standpunt’ was. Mede onder druk van coalitiegenoot PvdA werd vervolgens een diplomatiek positieve reactie gegeven namens het Kabinet. Het rapport van de commissie was ‘leidend’ en ‘met de kennis van nu zou een adequater volkenrechtelijk mandaat nodig zijn geweest’.⁵⁴ ‘Met de kennis van nu’ is vanaf dat moment niet meer uit het spraakgebruik verdwenen. De term ‘adequater volkenrechtelijk mandaat’ is hevig bekritiseerd en zelfs bespot,⁵⁵ maar was op dat moment wellicht ‘de meest adequate reactie’.⁵⁶

3.4.4 Analyse

Over de vraag of hier sprake is van strijd met de van toepassing zijnde rechtsregels bestaat onder volkenrechtdeskundigen nagenoeg geen twijfel.⁵⁷ De overheidsjuristen in kwestie, die van Buitenlandse Zaken en van Defensie, deelden in deze opvatting. Zelfs juristen die aanvankelijk de corpustheorie aanhingen in het kader van eerdere besluitvorming over Irak, waren het erover eens dat VR-resolutie 1441 niet anders gelezen kan worden dan een laatste waarschuwing – weliswaar een van de vele waarschuwingen – aan Irak en niet als een mandaat voor militair optreden in dat land. Van Walsum, voormalig DGPZ bij Buitenlandse Zaken, was een van hen. Wat in de besluitvorming

54 Deze formulering impliceert dat destijds de kennis ontbrak dat het volkenrechtelijk mandaat niet adequaat was. De juridische adviezen, zowel die van de DJZ van Buitenlandse Zaken als die van Defensie, behoorden kennelijk niet tot de kennis waarover men destijds beschikte!

55 J. Kuitenbrouwer besteedde op zijn website een gemakkelijke column – getiteld ‘De Davids brief: Ik heb ‘t niet gedaan, maar ik zal het nooit meer doen.’ – aan wat hij noemt de semantische innovatie ‘adequater’. Ook Jit Peters dreef de spot met de reactie van het kabinet op de rapportage van de commissie-Davids in zijn *Opinie* in het *NJB* van 2010 (nr. 8) onder de titel ‘Een staatsrechtelijke toverbrieff’.

56 Zoals ook Van Genugten en Schrijver concluderen in hun *Kroniek van het internationaal publiekrecht* (in *NJB* van 16 april 2010).

57 Ik ga hier, evenals de commissie Davids, niet in op de vraag of voor Nederland een andere volkenrechtelijke norm zou gelden dan voor de VS en het UK, nu Nederland niet deelnam aan het militaire optreden maar alleen politieke steun verleende. Hieraan zijn de nodige vragen te verbinden. Wat is die politieke steun eigenlijk en in welke mate brengt dit toch (onrechtmatige) deelname met zich? Duidelijk is dat het verbod tot eigenmachtig militair optreden als bedoeld in artikel 2 lid 4 van het VN-verdrag niet zonder meer op Nederland van toepassing is. Nollkaemper wist erop dat dit niet betekent dat Nederland door het verlenen van politieke steun het volkenrecht niet zou hebben overtreden. Zie ‘Open forum; openheid over Irak’, 5 juni 2010 (<http://openheidoverirak.nu/forum/index.php?topic=374.0>).

over een militair optreden in Irak opvalt, is dat zowel bewindslieden als beleidsambtenaren zelf een juridisch oordeel vormen en dat dit oordeel contrair is aan wat de heersende leer op juridisch terrein kan worden genoemd. Zij ontkennen daarbij dat hun oordeel in strijd is met de dominante opvatting onder juristen binnen en buiten de overheid.⁵⁸ Beleidsambtenaren geven zelfstandige juridische oordelen, soms ook zonder raadpleging van hun juridische directie. Zo zij al kennisnemen van de opvatting van 'hun' overheidsjuristen menen zij niettemin dat hun eigen interpretatie van de desbetreffende volkenrechtelijke normen een betere is. De interpretatie die zij geven past overigens bij de door hen gewenste besluitvorming. Ook de minister van Buitenlandse Zaken volgt een eigen interpretatie van de norm in strijd met die van 'zijn' juridische directie. Door dit te doen vervalt voor hem de aanleiding om een buitenjuridische rechtvaardiging te geven voor zijn handelen dat naar algemeen juridische opvattingen in strijd met het recht is. Overigens valt op dat in casu niet wordt gesproken van onrechtmatigheid, maar van het ontbreken van een (adequaat, volkenrechtelijk) mandaat. De commissie Davids volgt in dit eufemisme.

De minister van Defensie geeft (aanvankelijk) geen eigen interpretatie. Na kennisneming van het negatieve advies van zijn juridische directie betwist hij niet de juistheid van de juridische interpretatie, maar zegt dat hij het advies om politieke overwegingen niet zal volgen, zonder overigens nadere rechtvaardiging van dit politieke-primaat-standpunt aan te geven. In zijn minderheidsopvatting als lid van de commissie Davids geeft Van Walsum steun aan de opvatting dat politieke overwegingen voor kunnen gaan op rechtsoverwegingen. In een latere discussie wees Van Walsum ter rechtvaardiging van dit standpunt op de zwakte van het volkenrecht, in het bijzonder het feit dat een of twee landen in de VR in de weg kunnen staan aan een noodzakelijke militair optreden.⁵⁹ De stelling van Van Walsum is dat de regering een rechtvaardiging (voor het handelen in strijd met het volkenrecht) op politieke gronden had kunnen aanvoeren, maar dit niet heeft gedaan. Dit laatste is bij deze analyse van belang. Indien de regering een beroep op de door Van Walsum aangeduide politieke gronden had gedaan, was geen sprake geweest van rechtsrelativering.

De gestelde zwakte van het volkenrecht komt herhaaldelijk ter sprake bij de discussie over de kwestie Irak, gewoonlijk met de bedoeling om het overtreden van dat recht te relativeren. Een andere manier, dan die van Van Walsum, om in dit kader voorrang te bepleiten voor politiek boven recht is te beweren

58 Nog na de presentatie van het rapport van de commissie Davids sprak de minister-president van 'ook een opvatting', wat voorzitter Davids de uitspraak ontlokte dat hij nog geen volkenrechtelijke jurist was tegengekomen die er anders over dacht en vermoedde dat er ook weinig of geen zouden zijn.

59 Discussie met André Nollkaemper en Philippe Sands, georganiseerd door de Nederlandse Vereniging van Internationaal Recht, Den Haag 25 mei 2010.

dat het hier niet om een juridisch maar om een politiek probleem gaat, een standpunt dat herhaaldelijk door de directeur-generaal Politieke Zaken en zijn plaatsvervanger wordt ingenomen. Zo'n stellingname lijkt een manier om de betekenis van het recht in deze besluitvorming te ontkennen; een mijns inziens maximale vorm van rechtsrelativering die je rechtsontkenning zou kunnen noemen.

Kijkend naar de interactie tussen bewindslieden en overheidsjuristen zien we dat de bewindslieden een dominante positie innemen, maar dat de dominantie van beleidsambtenaren ten opzichte van de overheidsjuristen in deze nog groter lijkt. De bewindslieden nemen – ook ten aanzien van het juridische – een eigen standpunt in, maar deze is enerzijds gestuurd door de contacten met buitenlandse collega's, vooral van de Amerikaanse collega's. Daarbij is hun handelen conform de adviezen van hun beleidsonderdelen. In sommige gevallen hebben ook beleidsambtenaren de buitenlandse druk ervaren. De commissie constateert dat de DGPZ van Buitenlandse Zaken meermalen in Washington 'onderricht' is. Opvallend is hoever de macht van de beleidsambtenaren gaat: door juridisch advies te geven zonder betrokkenheid van de juridische directie, door opdracht te geven aan juristen en in die opdracht zelfs aan te geven dat het een positief advies moet zijn. Daarbij geeft de door de beleidsambtenaren gekozen bewoording blijk van een zekere minachting van de juridische collega's – DJZ van Buitenlandse Zaken zou toch maar volkenrechtelijk Nederland napraten – en ook zien de beleidscollega's er niet tegenop om de door hun juridische collega's gegeven adviezen anders weer te geven. Het beperkte gezag van de overheidsjuristen in kwestie kan vermoedelijk ook worden afgelezen uit de belangstelling voor externe adviseurs, zoals naar voren kwam uit de vraag van de Kamer om advies van de CAVV⁶⁰ en de belangstelling van de regering voor de Engelse Attorney General.⁶¹ Ook het slotakkoord

60 De vraag laat zich natuurlijk stellen waarom de Kamer niet zelf juridisch advies inwint. Het is haast fascinerend om te zien hoe weinig eigen verantwoordelijkheid de Kamer neemt. Twee voorbeelden in deze context: (a) De wens van de PvdA-fractie (Koenders) om een advies te krijgen van de Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken (CAVV). Koenders vraagt het Kabinet dat advies in te winnen en als vervolgens – enigszins voorspelbaar – het Kabinet hem bericht dat niet te willen doen, laat Koenders het daarbij. Waarom wordt de vraag of dit advies er komt afhankelijk gesteld van de regering? (b) De wens van de D66-fractie (Pechtold) om meer stukken te ontvangen die zicht geven op de door het Kabinet ontvangen aanvraag tot steun aan de militaire operatie tegen Irak. Pechtold vraagt een beslissing van de Kamer om dit aan het Kabinet te vragen. Ook hier is voorspelbaar dat de meerderheid van de Kamer deze vraag niet ondersteunt. Waarom wordt de vraag naar informatie afhankelijk gesteld van de meerderheid van de Kamer, terwijl artikel 68 van de Grondwet dit recht aan elk individueel kamerlid geeft?

61 Vanzelfsprekend moeten we niet uitsluiten dat de belangstelling zich richt op de adviseur waarvan men het advies verwacht dat bij de eigen stellingname aansluit. Toch zien we zelden de wens van regering of Kamer om advies te krijgen van een externe econoom nadat het Centraal Planbureau heeft geadviseerd, ook als dit advies anders uitvalt dan men graag had gewild. Op juridisch terrein zien we dit veel vaker, zeker waar het om een beroep op de Landsadvocaat gaat. Ik kom nog terug op de mogelijke implicatie hiervan voor de

met het uitgelekte memo van DJZ van Buitenlandse Zaken laat de bescheiden positie zien van de overheidsjuristen in deze. Menigeen kan begrijpen dat het memo niet naar de minister werd gezonden omdat de beslissing betreffende Irak al was genomen, maar dat was dus ook al het geval met het memo van de DGPZ waarop werd gereageerd.

Rechtsrelativering komt ook in beeld bij de opdracht een positief juridisch advies te leveren. Het is in feite een opdracht tot omgekeerde rechtsvinding waarbij het feit uitgangspunt is en gezocht wordt naar een bij dit feit bruikbare – in plaats van de meest aannemelijke – norm. De bewindspersoon van Defensie kiest een vergelijkbaar standpunt door te stellen dat hij – zonder nadere motivering – afwijkt van het juridisch advies. De minister-president, de minister van Buitenlandse Zaken en de beleidsambtenaren van Defensie beschouwen het Irak-besluit wel als (ook) een juridisch probleem. Wel kiezen zij daarbij een eigen interpretatie die het door hen beoogde besluit juridisch legitimeert, maar contrair is aan de interpretatie van de overheidsjuristen van Buitenlandse Zaken en die van Defensie. Daarbij houden zij opvallend afstand van het advies van ‘hun’ overheidsjuristen, dat overigens geheel overeenkomt met de heersende leer op volkenrechtelijk terrein.

Opvatting minister

De minister van Buitenlandse Zaken geeft later meermalen te kennen dat het standpunt van de directie Juridische Zaken hem vanaf het begin bekend is geweest. Hij was van mening dat de eerdergenoemde corpustheorie een degelijke juridische redenering bevat. Bovendien was hier sprake van een verschil tussen wat hij noemt ‘academie en praktijk’ en meent hij dat een ‘wrijvingswarmte’ tussen beide altijd wel zal blijven bestaan.⁶² Nu het kabinet zich dus (ook) heeft gebaseerd op het volkenrecht kan volgens hem niet van relativering van recht wordt gesproken. Bovendien is, naar zijn oordeel, volkenrecht geen dwingend recht en is ook om die reden geen sprake van het ongerechtvaardigd opzij zetten van rechtsnormen. Overigens voegt hij hieraan toe dat wat hem betreft geen andere weg zou openstaan dan het bieden van steun aan de oorlog tegen Irak, ook in het geval dat de corpustheorie niet toereikend zou zijn. De minister vond het een onbegaanbaar pad om met landen als Rusland en China tegenover Amerika en Engeland te gaan staan. Als het kabinet het negatieve juridische advies had gevolgd en had besloten

beroepsopvatting van de overheidsjurist.

62 Een van zijn grootste bezwaren tegen het rapport van de commissie-Davids is dat deze niet heeft aangegeven dat discussieruimte bestond over de volkenrechtelijk vraag. Daarnaast bleek de commissie, aldus de minister, ‘geen enkel benul te hebben van politieke besluitvorming’. In de Volksrant van 13 februari 2010 brengt de minister zijn ‘scherpe kritiek op het rapport van de commissie-Davids’ onder woorden. De titel van dit interview is veelzeggend: ‘De Hoop Scheffer kraakt ‘Davids’. In de NRC van diezelfde datum (‘De Hoop Scheffer laakt onderzoek Davids’) concludeert de oud minister dat de commissie ‘een karikaturaal beeld’ heeft geschetst.

dat pad op te gaan had de minister dat niet meegemaakt. Hij noemt het latere standpunt van het kabinet dat met de kennis van nu een adequater mandaat aangewezen zou zijn 'onzinnig en absurdistisch'.

Opvatting overheidsjuristen

Hoewel de kwestie Irak voor overheidsjuristen een uitzonderlijke casus vormt⁶³ – door het specifieke van het volkenrecht, door de buitenlandse krachten die op de Nederlandse regering werden uitgeoefend en door het lekken van een intern memo – is deze bijzonder geschikt om de beroepsopvatting van de overheidsjurist in beeld te krijgen. De spanning tussen een hevige, politiek geladen beleidsdwang enerzijds en een sterk moreel of idealistisch geladen juridische dwang anderzijds. Beleidsambtenaren zetten hun standpunt kracht bij door te wijzen op de grote politieke belangen (van wereldvrede en van de band met de VS) en door te stellen dat hier uitsluitend politieke criteria gelden omdat het een politiek en geen juridisch probleem zou zijn.⁶⁴ De overheidsjuristen geven hun standpunt gewicht mee door aan te geven dat de rechtsstaat in het geding is en dat een veroordeling van Nederland door het Internationaal Gerechtshof moet worden gevreesd.

Welke beroepsopvatting komt in casu naar voren in het handelen van de overheidsjuristen? De opstelling van beide juridische directies, die van Buitenlandse Zaken en die van Defensie, lijken een rechtsrelativering tegen te gaan. Hun advies geeft zowel blijk van tegendenken – negatief adviseren over een door politiek en beleid uitdrukkelijk gewenste beslissing – als van een autonome rechtsopvatting waarin het recht het politieke handelen normeert. De overheidsjuristen van Buitenlandse Zaken lijken deze opvatting te onderstrepen door hun later uitgelekte advies waarin zij de minister, zelfs na het nemen van het besluit, nog eens willen aangeven dat en waarom dit besluit in strijd met het volkenrecht is. Dit advies vond menigeen – ook overheidsjuristen – al te formalistisch en daarom niet passend in het metier van de moderne overheidsjurist.⁶⁵ Bij nader inzien ligt een andere conclusie hier voor de hand. In de eerste plaats geven beide juridische directies ruimte om van hun advies af te wijken door niet te spreken in termen van strijd met de desbetreffende rechtsnormen,⁶⁶ maar door aan te geven dat dit hoogstwaarschijnlijk zo is

63 Uitzonderlijk, maar niet uniek. De juridische directies van Buitenlandse Zaken en van Defensie hebben vanzelfsprekend meerdere keren advies uitgebracht over de juridische rechtvaardiging van militair ingrijpen. Ook het uitbrengen van een negatief advies tegen de wens (en het daaropvolgende handelen) van de bewindslieden in is niet uniek. Meest recent voorbeeld daarvan is de advisering over militair optreden in Kosovo.

64 Zover gaat de bewindspersoon van Buitenlandse Zaken niet. Hij geeft een andere interpretatie van de juridische normen in kwestie.

65 Zo bleek uit mijn interviews met juridisch directeuren.

66 Door de bescheiden positie van de overheidsjuristen in deze kwestie komt de hantering van vaknormen volstrekt niet ter sprake. Ruimte voor nut- en noodzaakvragen, voor alternatieven, voor voorafgaand onderzoek en dergelijke wordt in casu de overheidsjuristen niet of nauwelijks geboden.

en dat een andere opvatting niet onhoudbaar is. DJZ van Buitenlandse Zaken stelt dat de andere opvatting – die de bewindspersonen willen volgen – ‘flinterdun’ is, wat wijst op een – weliswaar kleine – mogelijkheid. DJZ van Defensie kwalificeert het eigen advies als strikt juridisch, wat impliceert dat je juridisch tot een andere interpretatie kan komen. Het woordje strikt heeft niet alleen een beperkende betekenis maar ook een minder aantrekkelijke. Nog verdergaand in relativering van juridische kwaliteit is het positieve advies dat DJZ van Buitenlandse Zaken op aandrang van de DGPZ geeft, weliswaar met toevoeging van een B-advies dat anders luidt. Het leveren van een advies in strijd met eigen opvattingen is een treffende vorm van Weberiaanse zelfverloochening en staat daarom ver af van Wildavsky’s *speaking truth to power*. Een lichtere vorm daarvan is de zinsnede in het advies van de juristen van Buitenlandse Zaken waarin zij onderkennen dat de minister om politieke redenen van hun advies kan afwijken en dat zij in dat geval zonder aarzeling als zijn advocaten zullen verdedigen waar nodig. Minder van belang, maar in dit kader toch op te merken is dat de overheidsjuristen in deze casus de argumentatie van hun adviezen gewoonlijk niet baseerden op rechtsstaatgerichte maar op belangengerichte overwegingen. Dat we deskundig en objectief adviseren is in het belang van de minister; als het advies niet wordt gevolgd zal dit mogelijk tot een veroordeling van het Internationaal Gerechtshof leiden en dergelijke argumenten in plaats van: wij adviseren u in het belang van de rechtsstaat en als u het niet volgt gaat dat ten koste van die rechtsstaat.

Mate van relativering	Relativering?		Dominantie bewindspersoon? (tov advies)	Beroepsopvatting overheidsjurist?	
	Juridische zekerheid	Motivering		Als jurist	Als professional
++	Onhoudbaar	Geen	Opdracht-advies	Embedded	Gehoorzaam
+	Verdedigbaar	Strategische	Terzijde leggen	Risicoanalyse	Meedenken
-	Houdbaar	Beleid	Overleg	Instrumenteel	Interne kritiek
--	Beste Oplossing	Politieke	Volgen	Autonoom	Verzet

3.5 IRAK (ENGELAND)⁶⁷

3.5.1 Aanleiding

Door een later uitgelekt memo weten we dat het Verenigd Koninkrijk zich al in maart 2002 committeerde aan een militaire inval in Irak, ja zelfs aan een *regime change*. Het betrof hier een persoonlijke toezegging van premier Blair aan president Bush. Anders dan Bush was Blair, als voormalig advocaat, gevoelig voor de juridische implicaties van deze beslissing. Ook zijn minister van Buitenlandse Zaken, Straw, wees erop in de speciaal voor het Irak-onderwerp belegde Kabinetsvergadering dat de juridische legitimatie voor een oorlog tegen Irak dun was. In een eerdere notitie van april 2002 was Straw nog stellig over de juridische gebrekkigheid. Hij schreef in termen van ‘dubious legality’ en dat ‘regime change per se is no justification for military action’.⁶⁸ De hoogste juridische adviseur van Blair, Attorney General Goldsmith en de juridisch adviseurs van Straw hadden al in maart 2002 laten weten dat volkenrechtelijke bezwaren bestonden tegen deze oorlog, laat staan tegen een met geweld af te dwingen *regime change*. De Britse premier zette zich in voor het alsnog verkrijgen van de juridische legitimatie – in de vorm van een daartoe strekkende resolutie van de Veiligheidsraad – maar toen dit niet mogelijk bleek liet hij zijn commitment aan de Amerikaanse president toch voorgaan, ook al had hij intussen veel steun verloren, ook in zijn eigen partij. ‘Why Blair joined in remains a great mystery’, schrijft Sands. Het zou immers niet voor de eerste keer zijn geweest dat Engeland een Amerikaans verzoek tot gezamenlijke militaire actie afwijst. Toen Reagan in 1983 bij Thatcher aandrong om de VS militair te steunen bij het optreden tegen het Caribische Grenada⁶⁹ wees de toenmalige Britse premier dit verzoek af met de woorden

‘This action will be seen as intervention by a Western country in the internal affairs of a small independent nation, however unattractive its regime. (...) I cannot conceal that I am deeply disturbed by your latest communication.’⁷⁰

⁶⁷ Bij de voorbereiding op deze casus heb ik gebruik gemaakt van de speciale site voor The Iraq Inquiry van de commissie Chilcot (<http://www.iraqinquiry.org.uk/>). Daarnaast heb ik de vele verslagen geraadpleegd op site van de Guardian en op die van de Sunday Times, de publicatie van Sands (2006), de Memoires van Tony Blair en heb ik gesproken en gemaïld met prof. Geoffrey Hunt (Filosofie en Ethiek) van de School of Philosophy, Theology and History van St. Mary’s University College, London.

⁶⁸ De Sunday Times openbaarde op 17 januari 2010 deze notitie van Straw aan Blair.

⁶⁹ Weliswaar een kleine eiland en daarmee onvergelijkbaar met Irak, maar van strategische betekenis omdat de VS uitging van Cubaanse invloeden op de staatsgreep van 1983 in Grenada.

⁷⁰ Ontleend aan Sands 2005, p. 183.

3.5.2 Formeel verloop

Een belangrijk argument voor deelname aan de militaire inval in Irak was het vermoeden dat Saddam Hoessein beschikte over massavernietigingswapens (mvw). In september 2002 schreef premier Blair⁷¹ een van de meest commentariseerde stellingen in de aanloop naar de oorlog tegen Irak: 'Intelligence indicates that the Iraqi military are able to deploy chemical or biological weapons within 45 minutes of an order to do so.' De *intelligence* die aan deze 45-minuten-stelling ten grondslag lag bleek later *sexed up* te zijn geweest. BBC-journalist Gilligan berichtte daar als eerste over op basis van informatie die hij vanuit het ministerie van Defensie had ontvangen. Het lukte Gilligan niet de naam van zijn informant – Kelly, ambtenaar bij Defensie en voormalig wapeninspecteur – geheim te houden. Kort daarop werd Kelly dood aangetroffen. Een commissie onder leiding van Lord Hutton concludeerde dat niet de regering Blair blaam trof, maar de BBC. Niettemin bleek de informatie over het Irakese wapenbezit achteraf onjuist. Meer dan de juridische kwestie heeft de veronderstelde aanwezigheid van massavernietigingswapens in Irak een rol gespeeld in de rechtvaardiging vooraf en de kritiek achteraf. Niettemin heeft zeker in Engeland de kwestie van de legaliteit van de militaire inval van meet af aan een belangrijke rol gespeeld.

In zijn vriendschappelijke gesprekken met de Amerikaanse president Bush toonde Blair niet alleen bereidheid om aan de zijde de VS te gaan staan, maar drong hij ook aan om in te zetten op een legitimerende resolutie van de Veiligheidsraad. Ofschoon Bush een dergelijke juridische legitimatie niet nodig achtte slaagde de Engelse premier in zijn overredingsactie. Daarbij had ook geholpen dat de Amerikaanse minister van Buitenlandse Zaken, Colin Powell, de opvatting van Blair deelde, niet omdat het volkenrechtelijk aangewezen was maar *to get any support from the rest of the World*. Op 12 september 2002 maakte Bush in de Algemene Vergadering van de VN bekend dat hij zich zou inzetten voor een resolutie van de VR. Die inzet leidde tot de VR-resolutie 1441. In mijn weergave van de besluitvorming in Nederland gaf ik al aan dat deze resolutie een laatste waarschuwing aan Saddam Hoessein bevatte, maar geen mandaat voor militair ingrijpen. Daarop wees Blair's juridisch adviseur, Attorney General Goldsmith. De Britse premier drong andermaal aan bij de Amerikaanse president om andermaal de weg naar de Veiligheidsraad te gaan voor het verkrijgen van een resolutie die wel een militair ingrijpen zou legitimeren. En andermaal voldeed Bush aan Blair's wens.⁷² Op 24 februari 2003 dient de VS de tweede resolutie in bij de VR. Blair zet zich in voor de nodige

71 In zijn voorwoord bij het rapport *Iraq's weapons of mass destruction: an assessment of the British Government*.

72 Vermoedelijk ligt hier de verklaring voor Blair's deelname aan de oorlog tegen Irak. Door twee maal aan zijn voorwaarde te voldoen committeerde Bush de Britse premier. Vermoedelijk is dit niet zo'n groot mysterie als Sands meent.

Europese steun en de VS voor die van Mexico en Chili. Als de steun niet voldoende blijkt trekt de Amerikaanse ambassadeur Negroponte de voorgestelde resolutie in. Bush laat de wereld weten: 'The United Nations Security Council has not lived up to its responsibilities, so we will rise to ours.'

Op diezelfde 17 maart 2003 ontvangt Blair het advies van zijn Attorney General, waarin deze – op grond van de eerder genoemde corpustheorie – een militair optreden tegen Irak alsnog beschouwt als een 'reasonable case'. Dat in resolutie 1441 staat dat de zaak weer in de VR aan de orde moet worden gesteld wanneer Saddam Hoessein niet voldoet aan de in de resolutie gestelde eisen betekent slechts, aldus Goldsmith, dat de VR een dergelijke houding van Hoessein gerapporteerd wil hebben en daarover van gedachten wil wisselen, maar niet dat de VR dan nog een besluit zou moeten nemen om militair geweldgebruik te legitimeren.

Na het positieve advies van Goldsmith voelde de Engelse premier zich vrij zijn Amerikaanse vriend te bellen om hem ervan te verzekeren dat hij, Blair, zich zal houden aan zijn eerder uitgesproken commitment. 'I said I'm with you', zegt hij tegen Bush. Hiermee had hij zich in de ogen van Bush een groot staatsman getoond. In zijn memoires schrijft hij over Blair's telefonisch toezegging: 'I heard an echo of Winston Churchill in my friend's voice. It was a moment of courage that will stay with me forever.'⁷³ Enkele dagen later is de militaire invasie in Irak een feit.

Na de oorlog tegen Irak vonden verschillende onderzoeken plaats in het Verenigd Koninkrijk. Naast het genoemde onderzoek onder leiding van Hutton in de zaak-Kelly, was dat het onderzoek naar de aan de oorlog voorafgaande besluitvorming door de commissie Buitenlandse Zaken van de House of Commons en het onderzoek naar de veiligheidsinformatie door een commissie onder leiding van Taylor. Beide onderzoeken vonden in 2003 plaats. Uit het eerste onderzoek kwam weinig relevante informatie omdat nogal wat betrokkenen een interview hadden geweigerd. Het Taylor-rapport toonde de feilen in de intelligence, waardoor de informatie over de massavernietigingswapens onvoldoende gefundeerd en zelfs gemanipuleerd bleek te zijn. De publieke aandacht ging vrijwel exclusief uit naar het probleem van de niet aangetroffen massavernietigingswapens, waarmee het centrale argument om militair op te treden onjuist bleek. Voor de vraag naar volkenrechtelijke beperkingen was vaak weinig of geen belangstelling. Het gezaghebbende Sunday Telegraph schreef zelfs: 'The point, however, is that the whole issue of "international legality" is a gigantic irrelevance', ofschoon Sands meent dat dit niet de meerderheidsopinie van de lezers weergeeft.

De opvolger van Blair, premier Brown gaf in juni 2009 het startschot voor een onderzoek door de commissie Chilcot. Een commissie zonder juristen, maar die weldra zou stuiten op de legaliteitsvraag. De commissie hield een

73 Bush 2010, p. 247.

groot aantal hearings en doet dat nog in voorjaar 2011, met een onderbreking in de verkiezingsperiode in 2010.⁷⁴ De nieuw aangetreden regering-Cameron gaf de commissie inzage in tot dan toe geheim verklaarde documenten. Voorzitter Chilcot betreurde in zijn *opening statement* op 18 januari 2011 dat de commissie op één punt de gewenste informatie werd onthouden. Het betrof de notities van Blair aan Bush en de verslagen van de gesprekken tussen hen beide. Het eindverslag van Chilcot cum suis zal volgens de bijgestelde verwachting in 2013 verschijnen.⁷⁵

3.5.3 Overheidsintern

Bij de besluitvorming over deelname in de oorlog tegen Irak waren premier Blair en zijn minister van Buitenlandse Zaken Straw de politieke hoofdrolspelers. Anders dan de Nederlandse minister-president is de premier in Engeland in meerdere mate te beschouwen als de leider van het Kabinet.⁷⁶ Dit neemt overigens niet weg dat het ministerie van Buitenlandse zaken 'leading' is in onderwerpen als deze.⁷⁷ Na een vroege overeenstemming met Bush – al een jaar voorafgaand aan de daadwerkelijke invasie – dat het optreden van Saddam Hoessein niet ongestraft kan blijven doorgaan is Blair in feite voortdurend op zoek naar de *justifying rule*. Zijn Attorney General Goldsmith bericht hem vanaf maart 2002 wat hij, Blair, zelf ook wel weet, namelijk dat het oorlogvoering volkenrechtelijk alleen dan toelaatbaar is wanneer sprake is van verdediging, van humanitaire hulp of van een mandaat van de Veiligheidsraad en dat geen van deze drie voorwaarden werd vervuld. De Attorney

⁷⁴ De verkiezingen vonden op 7 mei 2010 plaats.

⁷⁵ Op 13 juli 2012 schreef voorzitter Chilcot aan Prime Minister Cameron dat hij verwacht medio 2013 te kunnen beginnen met de 'Maxwellisation process'. Dat is de procedure waarbij de personen op wie het onderzoek zich richtte de gelegenheid krijgen te reageren op de bevindingen. In de brief maakt Chilcot duidelijk waarom het eindrapport zo lang op zich laat wachten. Het gaat hier namelijk om een onderzoek waarvan 'its scope is unprecedented covering an eight year period and the full range of the Government's decisions and actions in both the lead up to the use of military force in March 2003 and the UK's subsequent role in Iraq before the withdrawal of UK forces in July 2009'. In zijn antwoordbrief van 16 juli 2012 toont de Prime Minister alle begrip.

⁷⁶ Prakke en Kortmann plaatsen zijn positie tussen die van de Nederlandse premier en die van de president van de Verenigde Staten: '(...) dat de Prime Minister bepaalde zaken buiten het cabinet kan houden, en niet verplicht is zich te voegen naar een meerderheidsopinie binnen het cabinet. Vooral dat laatste gaat zeer ver en lijkt de Prime Minister welhaast in de positie van een Amerikaanse president te brengen. Maar deze soep wordt toch in de praktijk minder heet gegeten dan zij in theorie wel eens wordt opgediend.' Prakke en Kortmann 2004, p. 865.

⁷⁷ Sands 2005, p. 194: 'The Foreign Office was the government department leading on these issues. It therefore fell, initially, to its lawyers to advise on the conditions, if any, under which force could be lawful. The Foreign Office's legal advisers in London are highly respected, in Britain and around the world.'

General is de chief legal adviser van de regering (formeel: van de Kroon) en maakt als minister deel uit van de regering.

Ook minister Straw wijst aanvankelijk op de volkenrechtelijke onbegaanbaarheid van het oorlogspad naar Irak, maar verlaat dit standpunt step by step. Enige tijd heeft hij het standpunt ingenomen dat Engeland de militaire invasie in Irak slechts zou moeten steunen zonder daaraan daadwerkelijk deel te nemen. De juridische rechtvaardiging waarop Straw zijn latere steun aan militair optreden tegen Irak schraagde was niet de corpus theorie maar de zwakte van het volkenrecht. Hij sprak met enige hoon over de overheidsjuristen die daar anders over dachten. 'I have been very forcefully struck by a paradox in the culture of government lawyers, which is that the less certain the law is, the more certain in their views they become ...'.

Straw's directeur Juridische Zaken, Sir Michael Wood, nam de stelling in dat de overheidsjurist (hier) een bijzondere verantwoordelijkheid draagt vanwege de ernst van de casus en vanwege de afwezigheid van een rechter. Wood vertelde de commissie Chilcot dat hij (daarom) de minister meer en op eigen initiatief rechtstreeks benaderde. Een van de aanleidingen daartoe was de informatie die hem bereikte dat Straw de Amerikaanse vice-president Cheney had gezegd dat zonder (tweede) VR-resolutie militair kon worden opgetreden omdat dit destijds in Kosovo ook was gebeurd. Straw vond Wood nogal dogmatisch en was in voorafgaande functies ook niet gewend dat zijn juridisch adviseur een zo strikte positie innam. Hij had bij Home Office menigmaal en met succes het advies van zijn juristen getrotseerd.⁷⁸ Hij wilde van Wood vooral een juridische risicoanalyse voor het geval dat Engeland zonder voldoende volkenrechtelijke legitimatie militair geweld tegen Irak zou gaan gebruiken.

Wood vertelde dat hij op een gegeven moment meer in de 'advocacy' – hier niet bedoeld als advocaat van de minister, maar advocaat tegen de minister – dan in de 'advisory and decision-making mode' was. Wood was ervan overtuigd dat Engeland niet zou hebben deelgenomen aan de oorlog als het juridisch advies uiteindelijk negatief was geweest. 'Ministers would not have gone to war if the advice had been that it was illegal. (...) That is not something that you will find in other capitals.' Volgens Sands hebben zowel Blair als Straw deze stellingname ook regelmatig verwoord, althans publiekelijk. Opmerkelijk is dat Wood voor de commissie Chilcot verklaarde dat hij ontslag heeft overwogen nadat de regering Blair besloot aan de militaire invasie in Irak deel te nemen. Nog meer aandacht trok dat zijn plaatsvervanger, Elisabeth Wilms-hurst, ook daadwerkelijk ontslag nam. In haar ontslagbrief schrijft zij:

'I cannot in conscience go along with advice – within the Office or to the public or Parliament – which asserts the legitimacy of military action without such a resolution, particularly since an unlawful use of force on such a scale amounts to

78 Sands maakt hiervan melding met verwijzing naar de rol van Straw in de Pinochet-zaak.

the crime of aggression; nor can I agree with such action in circumstances which are so detrimental to the international order and the rule of law.'

Haar brief bevat nog een pijnlijke verwijzing naar het standpunt van attorney general Goldsmith:

'My views accord with the advice that has been given consistently in this office before and after the adoption of UN security council resolution 1441 and with what the attorney general gave us to understand was his view prior to his letter of 7 March.'

Die brief van 7 maart 2003 markeerde een wending in het standpunt van Attorney General Goldsmith die ook al naar voren kwam in zijn advies van 12 februari waarin hij een militaire invasie voor het eerst een 'reasonable case' noemde. In de door Wilmshurst genoemde brief van 7 maart aan Blair schrijft hij:

'I remain of the opinion that the safest course would be to secure the adoption of a further resolution to authorise the use of force.'

In The Guardian van 26 januari 2010 geeft Andrew Sparrow de ontwikkeling van de mening van de Attorney general in fasen aan: Goldsmith kwalificeerde een militair optreden tegen Irak achtereenvolgens als illegal (tot november 2002), not sure (november 2002 tot februari 2003), probably legal (februari 2003 tot maart 2003) en legal (maart 2003). De voorlaatste wending, naar 'probably legal' volgde na een bezoek en de VS waar hij contact had met functionarissen rondom de president. De laatste wending volgde op een gesprek met premier Blair. Sands concludeert echter dat de attorney general niet onder pressie van Blair is veranderd van mening, maar dat zijn bezoek aan het Witte Huis en zijn gesprek aldaar met de juridisch adviseur John Bellinger III, het keerpunt heeft gemarkeerd. Een Britse functionaris, die destijds ter plaatse was, vertelde aan Sands hierover: 'I met with Mr. Bellinger and he said: "We had trouble with your Attorney, we got him there eventually"'.⁷⁹

Voor de commissie Chilcot ontkende Goldsmith enige externe invloed op zijn standpunt. Blair had tegen hem gezegd: 'I do understand that your advice is your advice'. Goldsmith: 'He accepted it was for me to reach a judgment and he had to accept that'. Het feit dat resolutie 1441 niet *crystal clear* was zorgde er voor dat hij, Goldsmith, geworsteld had met de vraag wat de beste interpretatie van deze resolutie zou zijn. Vervolgens kwam hij tot zijn conclusie waarin de resoluties 678 (mandaat geweldgebruik om Irak uit Koeweit te dwingen en vrede en veiligheid in de regio te herstellen), 687 (wapenstilstand,

⁷⁹ Sands 2005, p. 196.

met verplichting van Irak om massavernietigingswapens te elimineren teneinde vrede en veiligheid in de regio te herstellen en resolutie 1441 (o.m. vaststelling dat Irak nog steeds in strijd handelde met resolutie 687). Nu in 1441 werd vastgesteld dat niet aan de voorwaarde van resolutie 687 werd voldaan kwam het mandaat tot geweldgebruik van resolutie 678 weer tot leven, zo luidde het *revival argument* in de corpustheorie van de chief legal adviser.

3.5.4 Analyse

Al in de analyse van de Nederlandse besluitvorming constateerde ik dat de militaire invasie in Irak nagenoeg zonder twijfel kan worden beschouwd als een handelen in strijd met het (volken)recht. Anders dan in Nederland echter kwam in Engeland de hoogste juridische adviseur tot een andere opvatting. Deze opvatting sluit echter niet aan bij de heersende leer en laat zich vooral begrijpen door de druk van omstandigheden waaronder het tot stand is gekomen. Volgens Sands zou de argumentatie van Goldsmith wel een prijs kunnen winnen als antwoord op de vraag 'What is the best possible argument to justify the use of force in Iraq in March 2003?' Maar als juridische beoordeling van een militair optreden in Irak kan het er niet mee door, constateert Sands die eraan toevoegt dat 'very few states and virtually no established international lawyers see its merits'.

Ook in de Britse besluitvorming komen we het argument van de zwakte van het volkenrecht tegen. Minister Straw spreekt herhaaldelijk van zwak en vaag recht. Interessant is het contraire argument van zijn eerste adviseur Wood, die stelt dat die zwakte voor juristen extra aanleiding is zich er sterk voor te maken.

Overigens bevat ook het uiteindelijke advies van Attorney General Goldsmith geen rechtvaardiging, maar blijft beperkt tot de eerder genoemde – door de interne en externe juristen met een specifieke deskundigheid op het terrein van het volkenrecht afgewezen – redenering.

In de interacties binnen de overheid spelen beleidsambtenaren geen grote rol waar het de juridische legitimatie betreft. Alastair Campbell, directeur Communicatie en Strategie, speelt wel een prominente rol, maar betreft in hoofdzaak de (manipulatie van de) veiligheidsinformatie. Directeur-generaal van MI5, de national security agency, Elizabeth Manningham-Buller, heeft wel terughoudende opvattingen over een militair optreden in Irak – zij vreest een groter risico op terroristische aanslagen in Engeland – maar speelt een rol op afstand.

Namen de bewindslieden ten opzichte van hun juridische adviseurs een dominante positie in? Afgaand op wat daarover naar buiten is gekomen moeten we aannemen dat geen sprake is geweest van een sterke dominantie. Laten we aannemen dat premier Blair in zijn gesprek met zijn Attorney General erin is geslaagd om hem tot een positief advies te bewegen. Dat is nog iets

anders dan een eigen uitleg volgen en zich op zijn politieke primaat beroepen. Publiekelijk en intern heeft Blair herhaaldelijk gezegd dat hij zich zal conformeren aan het uiteindelijke juridische advies. Ook minister Straw heeft een vergelijkbare opstelling gekozen. Weliswaar heeft hij zich sterk verzet tegen de in zijn ogen dogmatische advisering van zijn juridisch adviseur Michael Wood en aanvankelijk ook tegen die van Goldsmith toen deze nog stelde dat resolutie 1441 ontoereikend was voor een volkenrechtelijk mandaat. Straw had tegen Wood gezegd dat hij zijn advies had begrepen maar dat hij het er niet mee eens was. Niettemin meende hij dat 'the ultimate decision was going to be the Attorney general's', zo verzekerde hij de commissie Chilcot. Met andere woorden: Blair en Straw probeerden hun juridische adviseurs wel te beïnvloeden, maar met erkenning van hun positie en zonder hen te overrulen of anderszins machtswoorden te spreken. Met het volgen van het advies van Goldsmith zijn de adviezen van Wood en Wilmschurst ter zijde gelegd.

Corresponderend met de opstelling van de bewindslieden namen de overheidsjuristen in kwestie ook geen ondergeschikte rol in. Wood en zijn plaatsvervanger Wilmschurst bleven vasthouden aan hun opvatting. Zij vonden dat hun verantwoordelijkheid verder reikte dan het geven van advies. Wood kwam herhaaldelijk ook ongevraagd in actie. Bovendien stonden Wood en Wilmschurst niet neutraal tegenover de door het Kabinet genomen beslissing tot het militaire optreden tegen Irak. Het aanblijven was voor geen van beiden vanzelfsprekend nu hun regering niet had gehandeld in overeenstemming met de rule of law.

Door aan te dringen op deelname aan de oorlog tegen Irak, relativeerden Blair en Straw de juridische kwaliteit. Straw relativeerde daarbij de betekenis van het volkenrecht. Als gezegd verzetten de juridisch adviseurs zich daartegen, maar de hoogste juridische adviseur gaf dit verzet uiteindelijk op en leverde de legitimerende argumentatie.

<i>Mate van relativering</i>	<i>Relativering?</i>		<i>Dominantie bewinds- persoon? (tov advies)</i>	<i>Beroepsopvatting overheidsjurist?</i>	
	<i>Juridische zekerheid</i>	<i>Motivering</i>		<i>Als jurist</i>	<i>Als professional</i>
++	Onhoudbaar	Geen	Opdracht- advies	Embedded	Gehoorzaam
+	Verdedigbaar	Strategische	Terzijde leggen	Risicoanalyse	Meedenken
-	Houdbaar	Beleid	Overleg	Instrumenteel	Interne kritiek
--	Beste oplossing	Politieke	Volgen	Autonoom	Verzet

3.6 IRAK (VERENIGDE STATEN)⁸⁰

3.6.1 Aanleiding

Kort na zijn aantreden in 2000 gaf president Bush al de nodige prioriteit aan het militair aanpakken van Irak. In januari 2001 stond dit boven aan de agenda van zijn eerste vergadering van de nationale Veiligheidsraad. Op deze bespreking volgde een omvangrijke productie van rapporten – afkomstig van het ministerie van Defensie en dat van Buitenlandse Zaken – waarin de mogelijkheden van een militaire inval in Irak werden belicht. De vernietiging van de Twin Towers op 9/11 was dus wel een belangrijke, maar niet de enige oorzaak van Bush' eagerness. In zijn memoires schrijft hij:

'Saddam Hussein wasn't just a sworn enemy of America. He had fired at our aircraft, issued a statement praising 9/11, and made an assassination attempt on a former president, my father.'⁸¹

Bush staat niet alleen in zijn ambitie om orde op zaken te stellen in Irak. Minister van Defensie Rumsfeld drong vanaf het begin aan op een oorlog tegen Irak die hij al wilde voordat de regering Bush aantrad.⁸² Vice president Cheney voegde zich weldra bij de pleitbezorgers voor een militaire interventie. Alleen de minister van Buitenlandse Zaken, voormalig viersterren generaal Powell, nam een gematigder positie in.

Er was dus in het Amerika van 2001 alle aanleiding voor een militair optreden in Irak op korte termijn. Dat het nog tot maart 2003 duurde alvorens het zover kwam vindt zijn oorzaak niet in remmende krachten in de VS zelf. Die remmen werden bediend door de landen die werden benaderd om deel te nemen aan het optreden of in elk geval het optreden te steunen.

3.6.2 Formeel verloop

In de beschrijving van de Britse besluitvorming over de oorlog tegen Irak heb ik een goed deel van de formele stappen die in dit kader relevant zijn vermeld, omdat de VS en het VK – in het bijzonder ook Bush en Blair – in belangrijke

80 Bij de voorbereiding heb ik geraadpleegd de publicaties van Greenberg (2006), Cole (2008), Sands (2005 en 2008), Bruff (2009) en Bush (2010). Daarnaast heb ik gemaild met prof. Mary Ellen O'Connell, Robert & Marion Short Chair in Law aan de University of Notre Dame, South Bend, Indiana (over de aandacht in de VS voor de volkenrechtelijke implicaties van de oorlog tegen Irak) en sprak ik met prof. Edward Rubin (Law and Political Science) aan de Vanderbilt Law School, Nashville, Tennessee (over een mogelijke verklaring voor het optreden van John Yoo).

81 Bush 2010, p. 228.

82 Bruff 2009, p. 265.

mate gezamenlijk optrokken. Daarnaast onderhielden de VS contacten met een groot aantal landen teneinde het draagvlak van de militaire actie zo groot mogelijk te laten zijn. Maar liefst 45 landen steunden de actie, waarvan 30 landen de *Coalition of the willing* – een term die duidt op verdergaande steun – vormden. Naast Amerika en Engeland namen ook Denemarken, Polen en Australië deel aan het militaire optreden.

Niet alleen prime minister Blair, maar ook zijn collega's in de andere landen drongen er bij president Bush op aan om de VN-route te bewandelen. Met Cheney en Rumsfeld was Bush van mening dat dit een onnodige en lange bureaucratische route was en dat het volgen ervan Saddam Hoessein de tijd zou geven om nog gevaarlijker te worden. Colin Powell wees hem er echter op dat het volgen van de VN-route *was the only way to get any support from the rest of the World*. Bush had de parlementaire instemming intussen al verkregen. Zowel de senaat als het huis van afgevaardigden gaven de president een ruim mandaat om de wapens ter hand te nemen zodra hij dat nodig oordeelt.

'The President is authorized to use the Armed Forces of the United States as he determines to be necessary and appropriate in order to defend the national security of the United States against the continuing threat posed by Iraq; and enforce all relevant United Nations Security Council resolutions regarding Iraq.'

De bewoording laat ook ruimte voor interpretatie van de eerder aangenomen VN-resoluties. Nadat de Amerikaanse regering is meegegaan met een gang naar de Veiligheidsraad met als resultaat resolutie 1441 en verschillende regeringsleiders, vooral de Engelse prime minister, aandringen op een tweede resolutie, vindt iedereen op het Witte Huis dit echt overbodig, ook Colin Powell die erop wijst dat een tweede resolutie hoogstwaarschijnlijk niet haalbaar zal blijken. Ondanks dit brede verzet in eigen huis wil Bush – volgens zijn memoires – Blair toch tegemoet komen: "'As I see it, the issue of the second resolution is how best to help our friends.'", I said'.

De tweede resolutie wordt ingediend. Op verzoek van Bush houdt Powell een rede voor de Veiligheidsraad waarin hij het belang van de oorlog tegen Irak met verve bepleit. Op aanschouwelijke wijze maakt hij duidelijk dat Irak beschikt over massavernietigingswapens. Een indrukwekkende en ook overtuigende⁸³ toespraak die door zijn onjuist gebleken inhoud heeft afgedaan aan het grote prestige van de minister. Overigens blijkt zijn eerdere voorspelling juist te zijn geweest: het verwerven van voldoende steun voor deze resolutie blijkt onhaalbaar. Nog geeft Blair het niet op. Met wapeninspecteur Blix formuleert hij enkele voorwaarden waaraan Saddam Hoessein zou moeten

83 Zie Davids 2010, p. 193: 'De Nederlandse permanente vertegenwoordiger Van den Berg was onder de indruk van de presentatie van Powell en typeerde deze in zijn verslag aan Den Haag als "krachtig en geloofwaardig". Powell gaf aldus het verslag aantallen, plaatsen en namen op een wijze die het zelfs voor een kritische waarnemer nauwelijks meer mogelijk maakte de Iraakse intenties te ontkennen.'

voldoen om een oorlog te voorkomen. Het zijn de punten waarop Irak tot dan toe aan de inspecteurs Blix en El Baradei geen of onvoldoende medewerking heeft verleend. Blair benadert de landen die in een zetel hebben in de Veiligheidsraad, maar tot dan toe nog geen duidelijke mening hebben geuit. Maar de poging blijkt kansloos, nu Rusland en Frankrijk nog stellig 'nee' zeggen dan zij al deden. Ook Bush en zijn medewerkers blijken hier nog weinig voor te voelen, beducht als zij zijn voor acties van Saddam.

Uit een later door Sands achterhaalde memo bleek dat Bush en Blair al op 31 januari 2003 ver waren in het zetten van militaire stappen richting Irak. De Amerikaanse president gaf daarin aan dat de start van de militaire invasie was bepaald op 10 maart, met of zonder een tweede resolutie. Naast een blijk van Bush' geringe scrupules op volkenrechtelijk terrein, bleek uit het memo dat ook Blair zich inmiddels verbonden had aan de militaire invasie. De VS gingen door met het verplaatsen van hun militaire troepen nabij Irak. Ook dat was een reden waarom zij de gestelde datum niet ver wilden overschrijden, nog afgezien van de gevreesde acties van Saddam. Op 20 maart gaf Bush de definitieve opdracht aan zijn troepen: 'for the peace of the World and the benefit and freedom of the Iraqi people, I hereby give the order to execute Operation Iraqi Freedom.'

Anders dan in het Verenigd Koninkrijk (commissie Chilcot) en Nederland (commissie Davids) treffen we in Amerika geen onderzoek van overheidswege naar de besluitvorming over de militaire invasie in Irak. De naoorlogse onderzoeken⁸⁴ zijn alle gericht op de intelligence en de vraag waarom de informatie over de vermeende massavernietigingswapens in Irak zo onjuist kon zijn. Die vraag is de president ook blijven kwellen:

'When Saddam didn't use WMD on our troops, I was relieved. When we didn't discover the stockpile soon after the fall of Baghdad, I was surprised. When the whole summer passed without finding any, I was alarmed. The press corps constantly raised the question, "Where are the WMD?" 'No one was more shocked or angry than I was when we didn't find the weapons. I had a sickening feeling every time I thought about it. I still do.'

Het uitblijven van onderzoek naar de besluitvorming zal zijn beïnvloed door de geringe belangstelling en verontwaardiging in de VS over de strijd met het internationale recht. Volgens Sands is de 'gigantic irrelevance of international legality' waarover de Engelse Sunday Telegraph schreef, vooral van toepassing op de Amerikanen, vooral die in de buurt van de Amerikaanse regering en op de president zelf.⁸⁵

⁸⁴ De onderzoeken staan vermeld in bijlage K van het rapport van de commissie Davids.

⁸⁵ Sands toont zich in zijn boek geneigd de volkenrechtelijke zondigheid vooral aan de VS toe te schrijven. De eerste uitgave van zijn boek had ook als ondertitel: *America and the making and breaking of global rules*. Zijn latere uitgaven, na het achterhalen van het genoemde memo, richt zich op de vraag *how Bush and Blair are taking the law into their own hands*.

3.6.3 Overheidsintern

Uit de opstelling en opinies van de Amerikaanse president over een militaire inval in Irak blijken overwegingen van volkenrechtelijke aard geheel te ontbreken. Wanneer vanuit landen die willen deelnemen aan de operatie of in elk geval steun willen bieden dergelijke overwegingen worden ingebracht dan reageert de president louter strategisch. Aan voorstellen om de VN-route te volgen geeft hij herhaaldelijk toe, niet om volkenrechtelijke redenen, maar om reden van verwerving van steun en van behoud van goede relaties met die landen. Zijn minister van Buitenlandse Zaken Powell is de enige bewindspersoon die deze toegeeflijke reactie bevordert. Publiekelijk bleek al dat president Bush zonder schroom opties noemt die ook voor de andere landen twijfelloos in strijd zijn met het volkenrecht, zoals *regime change*, maar het uitgelekte memo van zijn gesprek met Blair in januari 2003 toont nog minder scrupules.⁸⁶

Al gezegd beschikken wij niet over evaluaties van de overheidsinterne besluitvorming over Irak in de VS en is de opeenvolging van interacties en adviezen dus onbekend. Niettemin kunnen we ons een beeld vormen van de besluitvorming en van de rol van de juridische adviseurs door raadpleging van de (omvangrijke) literatuur die is verschenen naar aanleiding van de besluitvorming over de verhoortechnieken zoals die worden toegepast bij gevangen genomen verdachten van terreurdaden.⁸⁷ We weten daardoor niet meer over de besluitvormingsprocedure en de stappen daarbinnen over de kwestie Irak, maar wel over de hoofdrolspelers en hun opvattingen waardoor we een betrouwbare voorstelling kunnen maken van hun rol in de besluitvorming.

Elk van de betrokken bewindslieden – Bush, Cheney, Rumsfeld en Powell – hadden hun eigen juridische adviseurs. Van de eerste juridisch adviseur van Powell, William Taft IV, is bekend dat hij zich bij de kwestie van de *Torture memos* regelmatig kritisch toonde bij de bedenkelijke interpretaties van de toepasselijke rechtsregels, in het bijzonder de redenering op grond waarvan de Conventie van Geneve buiten toepassing werd verklaard.⁸⁸ Duidelijk is echter dat hij het moest afleggen tegen de macht van de juristen van het ministerie van Justitie. In zijn bijdrage aan het boek van Greenberg, waarin Taft beargumenteert dat sprake is van een oorlogssituatie en dat om die reden

86 Zo sprak Bush over het uitlokken van een volkenrechtelijk argument door een surveillance-vlucht over Irak te maken en zodra op dit vliegtuig zou worden geschoten ontstond aanleiding voor een verdedigingsaanval door de VS en consorten. Overigens ging Bush toen al uit van de mogelijkheid dat in Irak geen massavernietigingswapens zouden worden gevonden.

87 Zie Van Lochem 2012b en de daarbij vermelde literatuur. Deze literatuur is overigens een (gerichte) greep uit de vele boeken die over dit thema zijn geschreven.

88 Zie o.m. bij Sands 2005, p. 154 e.v.

de rechten van verdachten beperkt zijn,⁸⁹ schrijft Taft dat hij verbaasd en teleurgesteld is over de – dominante – opvatting van de Justitiejuristen in verband met de Geneefse conventie.

Cheney's eerste juridisch adviseur was David Addington. Cole schrijft dat de beide heren het met elkaar eens waren dat juridische beperkingen van de executieve macht (van de president), die het gevolg waren van misstanden als het optreden in Vietnam en die in het kader van Watergate, grondige misverstanden waren.

'In Cheney and Addington's view, these reforms put an unconstitutional straitjacket on the executive, depriving it of the flexibility it needs more than ever in the wake of September 11.'⁹⁰

Rumsfeld dacht hierover zeker niet anders en liet zich het minst gelegen liggen aan juridische adviezen voor zover deze geen legitimatie boden. Dat boden zij soms wel, zoals we kunnen afleiden uit het memo van zijn eerste adviseur William Haynes, op grond waarvan de verhoortechnieken tegen de gevangenen in de *war on terror* aanzienlijk werden uitgebreid in de richting van marteling. Haynes heeft daarmee ook een plaats gekregen in het door Sands beschreven *Torture team*.⁹¹

De belangrijkste juridisch adviseurs van president Bush, ten tijde van de besluitvorming over Irak, waren de Attorney General Ashcroft, de assistant Attorney General, tevens hoofd van de Office of de Legal Counsel (OLC) Bybee en de eerste juridische adviseur van het Witte Huis Gonzales. Vanaf 1870 is de functie van Attorney General samengevallen met die van de minister van Justitie. Ten behoeve van enige afstand ten opzichte van de dagelijkse politiek van het juridisch advies is, op aandrang van het Congres, de OLC opgericht waarvan het hoofd optreedt als assistant Attorney General.

Ashcroft, Gonzales en Bybee hadden de lastige opdracht 'to provide the main bulwarks for the rule of law in an exceptionally inward and aggressive administration. Ready to contest them for power were Cheney and Rumsfeld and their aides', zo formuleert Bruff.⁹² Voor juridische adviseurs die niet zorgden voor het wegnemen van juridische drempels en het leveren van gevraagde argumenten nam de belangstelling snel af. Dat ervoer Ashcroft, die al snel werd verdrongen door Gonzales. De Attorney General bleek weliswaar regelmatig bereid om het nodige juridische water bij de wijn te doen, maar bleek aanzienlijk meer inspiratie en richting te ontleunen aan zijn religieuze opvattingen dan aan die van president Bush. Hij kon niet op tegen de

89 Marteling is volgens Taft zeker niet toegestaan, maar de gevangene in oorlogstijd heeft geen recht op een advocaat en ook geen recht om een reden te vernemen voor zijn vrijheidsbeneming. Taft in: Greenberg (red.) 2006, p. 227.

90 Cole 2008, p. xviii.

91 Sands 2008.

92 Bruff 2009, p. 120.

overambitieuze Alberto Gonzales die juist veel belang bleek te hechten aan de wensen van de president. Al vanaf zijn eerste stafvergadering op het Witte Huis maakte hij duidelijk dat hij gekomen was om de macht van de president, die was verzwakt onder de voorgangers van Bush, weer in oude luister te herstellen.⁹³ Gonzales levert niet alleen de adviezen die worden gevraagd, maar is zelf eager om ook ongevraagd te zorgen voor een juridische legitimatie voor alles wat de president zou (kunnen) willen. In de literatuur naar aanleiding van de *Torture memos* krijgt hij steeds een prominente plaats. Zijn American-dream-loopbaan verklaart wellicht zijn extreme ijver. Een ijver die overigens door Bush wordt beloond door hem in zijn tweede presidentstermijn te benoemen als Attorney General.

Op verzoek van Gonzales schreef Jay Bybee het eerste torture memo van 2002.⁹⁴ Bybee schreef deze samen met zijn *deputy* John Yoo, die door Ashcroft dr. Yes werd genoemd. Sands, die beiden ook een substantiële plaats geeft in zijn *Torture team*, vernam dat Yoo de schrijver was en dat Bybee ‘tended to approve Yoo’s draft opinions with minimal critical input’.⁹⁵ De invloed van diep gelovige Bybee op de besluitvorming over Irak is hoogstwaarschijnlijk gering geweest. Hij was slechts korte tijd op zijn post: van november 2001 tot maart 2003. Toen de Engelse Attorney General naar de Verenigde Staten kwam voor een gedachtewisseling over de volkenrechtelijke aspecten van een oorlog tegen Irak sprak hij ook niet met assistant Attorney Bybee, maar met chieft legal counsel Gonzales en diens naaste medewerker Bellinger op het Witte Huis. Overigens was de belangrijke post van assistant Attorney General, tevens hoofd OLC gedurende het presidentschap van Bush, goeddeels onbezet. Na het korte verblijf van Bybee volgde het evenzo korte verblijf van Goldsmith (september 2002 tot medio 2003). Goldsmith vertrok na een hevige confrontatie met Addington nadat hij tot de conclusie was gekomen dat de Geneefse conventie wel bescherming bood aan de gevangen genomen terreurverdachten.⁹⁶ Dit zorgde voor een grote invloed van dr. Yes (Yoo).⁹⁷ Dat Yoo geen hoofd OLC werd vindt zijn oorzaak in het daarover uitgebrachte veto van Attorney General Ashcroft.

3.6.4 Analyse

Over de vraag naar de rechtsrelativering lijkt geen twijfel te bestaan waar het de Amerikaanse besluitvorming betreft. De overtreding van volkenrechtelijke

93 *To make sure that he left the presidency in better shape than he found it.* In: Bruff 2009, p. 123.

94 Zie voor de tekst: Cole, 2009.

95 Sands (2008, 74) vernam dit van het latere hoofd van de OLC, Jack Goldsmith. Yoo heeft zelf ook aangegeven dat vooral hij de schrijver is van het beruchte memo, zonder spijt overigens. Zie Waldron 2010, p. 189, nt. 9.

96 Goldsmith zette zijn ervaringen op papier in zijn boek *The terror presidency*.

97 Zie over deze lage bezettingsgraad van de functie van hoofd OLC: Bruff 2009, p. 121 e.v.

regels wordt als probleemloos onder woorden gebracht. Daarbij gaan de Amerikaanse bewindslieden nog verder dan de andere landen door ook te spreken van *regime change* waarvoor geen enkele rechtsgrond is aan te voeren. De vraag is wel wie in de Amerikaanse context non-conformiteit met het recht relativeert. De bewindslieden begeven zich niet in de details van de volkenrechtelijke legitimatie. Zij menen dat de VN-route bureaucratisch en gebrekkig democratisch is en overwegen het lopen van die route alleen in termen van politieke en strategische opportuniteit omdat andere landen dat willen. Ook achteraf constateert Bush dat in juridisch opzicht niets aan de hand was om Saddam van zijn troon te stoten, met verwijzing naar zijn voorganger Clinton die hetzelfde deed met Milosevic, met hulp van de NAVO.⁹⁸ De Amerikaanse overheidsjuristen adviseerden vrijwel eenstemmig positief over een militaire invasie zonder een expliciete (nieuwe) VR-resolutie, op grond van overwegingen als preemptive strike, corpustheorie en de overweging dat met 9/11 sprake was van oorlog. Dit betekent dat Bush en andere bewindslieden niet voor een afweging tussen beleidsvoornemen en juridisch normenkader werden geplaatst.

In de VS waren het de overheidsjuristen die de rechtsrelativering voor hun rekening namen, in steeds extremere vormen. Juristen die de neiging vertoonde te nuanceren werden al gauw uitgeschakeld. Daarmee werden de meest invloedrijke adviseurs van de president, Alberto Gonzales en John Yoo, beiden door Cole getypeerd als *the ultimate facilitators* die nooit 'nee' gezegd hebben tegen de president.⁹⁹ Zij zijn allerm minst tegenstrevend geweest in hun relatie tot de president en volkomen embedded in hun beroepsopvatting. Het zou niet juist zijn hen te typeren als volgers omdat het zelf *true believers* zijn. Van een Weberiaanse zelfverloochening is in die zin geen sprake omdat zij willen wat de president wil. Zij doen eerder denken aan de consigliere dan aan de Pruisische ambtenaar.

Wat overigens opvalt in de vergelijking van de Amerikaanse, Britse en Nederlandse besluitvorming over Irak is het verschil in aandacht voor de volkenrechtelijke legitimatie in de evaluaties van overheidswege. In de (vele) Amerikaanse evaluatierapporten ontbreekt die aandacht vrijwel geheel terwijl het in de Nederlandse en Engelse evaluatie serieuze aandacht kreeg, vooral in de rapportage van de commissie Davids en in de hearings van de Chilcot committee.¹⁰⁰

De weinig gewetensvolle relativering van de juridische kwaliteit bij de hier geschetste besluitvorming in de VS laat zich niet eenvoudig verklaren. De

98 From a Legal standpoint, a resolution was unnecessary. Three years earlier, President Clinton and our NATO allies had removed the dictator Slobodan Milosevic from power in Serbia without an explicit UN resolution. Bush 2010, p. 237.

99 Cole 2008, p. xviii.

100 Weliswaar waren de publiek geworden negatieve adviezen van de Engelse en Nederlandse overheidsjuristen een aanleiding voor deze aandacht. In Amerika was geen sprake van dergelijke adviezen. Overigens valt op dat, in tegenstelling tot de commissie Davids, de commissie Chilcot geen enkele jurist bevat.

Amerikaanse uitwerking van de rule of law is niet minder principieel dan die in Engeland. Ook Sands, die niet alleen wetenschapper maar ook bewoner is van beide landen vraagt zich af hoe het verschil in opstelling in de kwestie Irak kan worden verklaard terwijl de Amerikaanse rechtsstaat naar zijn oordeel niet de mindere is van de Engelse.¹⁰¹ Dat we hier met ontwikkelde rechtsstaten te maken hebben is ook af te lezen aan de positie van de juridische adviseur in beide landen. Anders dan in Nederland is zowel in het VK als in de VS de juridisch adviseur op een hoog niveau binnen de uitvoerende macht gepositioneerd. Ook Amerika kent een Attorney General op ministersniveau. Toen deze functie uitgroeide tot die van minister van Justitie is de functie van plaatsvervangend Attorney General gevestigd en gecombineerd met die van het hoofd van de Office of Legal Counsel (OLC). Bovendien heeft, anders dan in Nederland,¹⁰² in Amerika de algemene juridische professie wel het nodige te bieden aan overheidsjuristen. Vanuit de universitaire zetels wordt in de VS niet alleen kritiek geleverd op de besluitvorming over de militaire inval in Irak en dus ook kritiek op de positieve juridische adviezen in dat kader, maar ook treffen we vanuit dezelfde professionele zijde uiteenzettingen over de functie van de overheidsjurist en de problemen en dilemma's die daaraan verwant zijn.¹⁰³ Overigens zijn de academisch reflecties op de besluitvorming over de kwestie Irak en over de ruimere *War on terror* omvangrijk en interessant. Zij vormen een contrast met de geringe academisch belangstelling voor de kwestie Irak in ons land. Het rapport van de commissie Davids heeft nauwelijks reactie gekregen uit wetenschappelijk hoek.

101 Sands 2006, p. 233 e.v.

102 In Nederland is de aandacht voor overheidsjuristen vrijwel geheel beperkt tot de wetgeving en wetgevingsjuristen. Veruit het meeste van deze aandacht richt zich dan op de kwaliteit van de wetgeving en veel minder op de problemen, dilemma's en positionering van de wetgevingsjurist. De universitaire aandacht voor wetgeving begon aan de Universiteit van Tilburg, door toedoen van de hoogleraren Konijnenbelt en Hirsch Ballin. Eijlander, Voermans en Van Gestel traden in hun voetsporen. De eerste twee schreven het eerste handboek (Eijlander en Voermans 1999); de laatste is de enige voltijd hoogleraar wetgeving. Andere hoogleraren die het nodige academische werk hebben verricht op wetgevingsterrein zijn Van der Vlies (UvA), Huls (EUR), Stoter (EUR), Veerman (UM) en Westerman (RUG). In de loop der jaren is een substantieel aantal proefschriften over wetgeving geproduceerd. De meeste worden vermeld in Veerman 2009, met uitzondering van de proefschriften van Stoop (2005) en Lauwerier (2008).

103 Interessant is bijvoorbeeld de publicatie van veel bijdragen over 'Government lawyering' in *Law & Contemporary Problems*, in de Winter- en Spring-uitgave van 1998.

Mate van relativering	Relativering?		Dominantie bewinds- persoon? (tov advies)	Beroepsopvatting overheidsjurist?	
	Juridische zekerheid	Motivering		Als jurist	Als professional
++	Onhoudbaar	Geen	Opdracht- Advies	Embedded	Gehoorzaam
+	Verdedigbaar	Strategische	Terzijde leggen	Risicoanalyse	Meedenken
-	Houdbaar	Beleid	Overleg	Instrumenteel	Interne kritiek
--	Beste oplossing	Politieke	Volgen	Autonoom	Verzet

3.7 CONCLUSIES UIT CASUS

Naar de (kwalitatieve) aard van de gehanteerde criteria is optelling van de in de schema's samengevatte analyses methodisch niet toelaatbaar. Ik doe dat hieronder toch, niet om er iets mee te bewijzen, maar slechts om het totaal in beeld te brengen; om de schema's zoveel als mogelijk gezamenlijk te laten zien.

Mate van relativering	Relativering?		Dominantie bewinds- persoon? (tov advies)	Beroepsopvatting overheidsjurist?	
	Juridische zekerheid	Motivering		Als jurist	Als professional
++	4	3	1	3	2
+	1	2	2	3	4
-			2		
--			3		

Uit dit verzamelschema blijkt dat in alle casus sprake is van meer of minder rechtsrelativering. In de volgende paragraaf zoom ik daar verder op in. Anders dan verwacht blijkt deze relativering niet te stuiten op de beroepsopvatting van de overheidsjuristen die in deze casus een rol speelden. Hierop zal in paragraaf 3.7.3. nader ingaan. De opstelling van bewindsliden – en waar deze een rol speelden ook de beleidsambtenaren – bleek minder eenduidig zoals uit het schema blijkt. Deze opstelling, ook in relatie met die van de overheidsjuristen is het onderwerp van paragraaf 3.7.2.

3.7.1 Relativering

Van rechtsrelativering door de overheid is sprake wanneer voldoende zekerheid bestaat over de onrechtmatigheid van het overheidshandelen en dit niet wordt gerechtvaardigd op politieke (beleids)gronden. Beide vragen beantwoord ik niet in normatieve zin, maar in feitelijk zin. Mijn conclusies of in de casus met zekerheid kan worden gezegd dat het overheidshandelen in casu onrechtmatig is, is dus niet het resultaat van mijn eigen juridische interpretatie maar van mijn interpretatie van de daarover gedane uitspraken. Daarbij richt ik mij op de door betrokken (interne of externe) juristen gedane uitspraken, waar mogelijk aangevuld met de dominante opvatting onder juristen op het desbetreffende terrein. Ook mijn antwoord op de vraag of een voorkomend onrechtmatig handelen gerechtvaardigheid is op overwegingen van politiek of beleid is niet het resultaat van mijn normatieve verkenning naar een dergelijke rechtvaardiging, maar van mijn onderzoek of die rechtvaardiging feitelijk is verwoord door bewindspersonen of beleidsambtenaren.

De juristen die waren betrokken bij de eerste fase van de besluitvorming over een verbod van het dragen van de boerka oordeelden gelijk over de onrechtmatigheid in casu. Het 'niet volstrekt onhoudbaar' van de interne juristen kwam overeen met het 'juridisch zeer problematisch' van de externe commissie. Beide oordelen liggen tussen de categorieën 'onhoudbaar' en 'verdedigbaar' in liggen daarmee tussen de zekerheid en het vermoeden van onrechtmatigheid. Bij de Buitenhoekspiegelcasus is het overheidshandelen nog duidelijker in strijd met het recht, want simpelweg in strijd met regels van Europees recht. Het 'niet volstrekt onhoudbare' (= verdedigbare) is niet verboden aan de mogelijkheid dat er enigerlei juridische redenering zou worden gevonden op basis waarvan zou kunnen worden geconcludeerd tot een rechtmatigheid van het handelen, maar op basis van mogelijk begrip voor de afweging van de minister. Dat begrip bleek te bestaan. Daarom kwam de Raad van State niet tot een zwaar dictum, ging niemand naar de rechter en kwam de Europese Commissie niet in actie. De beslissing van de minister kon stand houden omdat en zolang daartegen zich niemand verzette. Zodra iemand de kwestie aan de rechter zou hebben voorgelegd, zou de rechter – die een uitspraak moet doen – hoogstwaarschijnlijk niet anders hebben kunnen doen dan de ministeriële beslissing onverbindend te verklaren wegens strijd met het Europese recht. Ook in de besluitvorming over de militaire invasie in Irak tonen de betrokken juristen weinig of geen twijfel over de strijd tussen het beleidsvoornemen en de daarop van toepassing zijnde rechtsnormen. Het oordeel dat de overheidsjuristen van zowel Buitenlandse Zaken als Defensie lag in feite tussen 'onhoudbaar' en 'verdedigbaar' door te spreken in termen van 'dun' en 'bezien vanuit een zuiver juridische invalshoek'. Kijken we naar de opvatting van juristen in het algemeen, de heersende leer over dit volkenrechtelijk vraagstuk, dan zien we een grote zekerheid over de strijdigheid met het recht. Vooral in de kwestie Irak zagen we dat ook andere spelers binnen

de overheid – bewindspersonen en beleidsambtenaren – zich een juridisch oordeel vormden over de rechtmatigheid. Ik kom nog terug op dit aspect.

In de drie casus is dus sprake van een zekere of ten minste waarschijnlijke strijd met de passende rechtsnormen. Van relativering is pas sprake wanneer deze non-conformiteit niet alleen bewust is veroorzaakt, maar bovendien zonder daarvoor een substantiële rechtvaardiging te geven. Relativering is dan aan de orde omdat onrechtmatigheid wordt veroorzaakt zonder dat de handelende overheid daar kennelijk een groot belang bij had. In dit kader heb ik aangenomen dat van dat geringe belang blijkt wanneer de overheid – bij monde van de genoemde actoren – voor het handelen geen motivering biedt of handelde op strategische gronden. Strategisch gebruik ik hier in de betekenis van handelen waarbij het niet gaat om het oplossen van maatschappelijke problemen of het behoud van het politieke primaat. Voorbeelden van strategisch handelen zijn het politiek opportune handelen ten dienste van de positie van de bewindspersoon, willekeurig handelen of het handelen omdat er nu eenmaal gehandeld moet worden zonder dat een maatschappelijk doel moet worden gediend.

Van een dergelijk politiek belang in engere zin was sprake bij de besluitvorming over het verbod van het dragen van de boerka. Weliswaar was de het onderwerp ‘boerkaverbod’ niet van politiek belang ontbloot. Het symbolisch karakter ervan doet daaraan niet af. Dit karakter impliceerde wel dat het niet ging om de oplossing van een maatschappelijk of beleidsprobleem. Ook was het primaat van de politiek niet in het geding. Er ‘moest wel wat gebeuren’ in reactie op de motie, zeker nu de indiener van de motie er bij herhaling op terugkwam.

Wat was de rechtvaardiging voor de wettelijke verplichting tot het aanbrengen van een Dodehoekspiegel? Een einde maken aan het heftige maatschappelijke protest tegen uitblijven ervan? De druk die daardoor op de minister werd uitgeoefend wegnemen? Het voorkomen van dodelijke slachtoffers? De intentie is vermoedelijk gericht geweest op alle drie en dus ook op de laatste. Dat zou een rechtvaardiging impliceren op grond van substantiële beleidsoverwegingen. Bij de analyse van deze casus concludeerde ik dat van een dergelijk rechtvaardiging toch niet kan worden gesproken nu deze beleidsoverweging op lichte gronden is genomen. Het gaat hier immers niet om beleid waar gewoonlijk vanuit doelen wordt geredeneerd, maar om het instemmen met een middel – de dodehoekspiegel – waarom is gevraagd, overigens zonder kritisch te zijn over de vraag of dit middel het veronderstelde (veiligheids)doel dient.

Met de rechtvaardiging in de Irak-casus is het bijzondere dat de rechtvaardiging die bewindspersonen en beleidsambtenaren geven voor de verstoring tussen overheidshandelen en juridisch normenkader een (poging tot een) juridische rechtvaardiging is. Zij stellen dat van een verstoring geen sprake is omdat door de juristen binnen en buiten de overheid niet de juiste interpretatie wordt gekozen of dat een andere interpretatie ook een volwaardige, juridische uitleg biedt. De geloofwaardigheid van die rechtvaardiging is niet groot,

nu een interpretatie wordt gekozen die normatief aansluit bij het beleidsvoornemen – (het verlenen van steun aan) de militaire invasie in Irak – en die in strijd is met het advies van de overheidsjuristen en met de heersende opvatting onder de op dit terrein (van het volkenrecht) gespecialiseerde juristen. Het gaat mijns inziens niet te ver om hier te spreken van een interpretatie die werkt als een schijnrechtvaardiging van het handelen. Daarmee blijven eventuele reële rechtvaardigingen achterweg. Volgens Van Walsum had een beroep op politiek primaat hier een dergelijk reële rechtvaardiging kunnen zijn en had de regering er beter aan gedaan dit ook te doen.¹⁰⁴

In de het Verenigd Koninkrijk is het antwoord op de vraag naar de rechtvaardiging anders dan die in ons land. Er is alle aanleiding om te concluderen dat zekerheid bestond over de onrechtmatigheid van het overheidshandelen in geval van een oorlog tegen Irak. De (gezaghebbende) overheidsjuristen op Buitenlandse Zaken hadden zonder twijfel geconcludeerd dat het hier om een onhoudbare zaak ging wegens evidente strijd met het volkenrecht. Even strikt in hun opstelling waren externe juristen, onder wie Sands, die ongevraagd – in een open brief – tot deze strijd concludeerden. In vergelijking met de juridisch adviseurs in Nederland valt dus op dat zij geen ruimte voor andere juridische opties laten in termen van ‘dun’ of ‘strikt juridisch’. Alleen Attorney General Goldsmith kwam tot een ander oordeel, waarvan Sands – mogelijk ook Chilcot¹⁰⁵ – genoegzaam heeft aangetoond dat deze na het innemen van andere standpunten en na de nodige druk van (mogelijk Blair maar zeker van) juridisch adviseurs van het Witte Huis tot stand is gekomen. Daarmee kunnen we voor de Engelse situatie stellen dat niet zozeer de bewindslieden of de beleidsambtenaren maar de jurist zelf, in casu hoogste juridisch adviseur, heeft bijgedragen aan de rechtsrelativering.

De besluitvorming in de Verenigde Staten leidt tot weer andere conclusies over de rechtsrelativering. Voor de bewindslieden en hun politieke adviseurs is de rechtmatigheid van het overheidshandelen op zichzelf niet van grote betekenis. Het is slechts een probleem wanneer (potentieel) deelnemende landen dit als een obstakel beschouwen. In dat geval geven zij hun juristen de opdracht om voor een deze landen, bij voorkeur de juridisch adviseurs van hun regeringen, te overtuigen van het tegendeel.¹⁰⁶ De vraag of het optre-

104 Zie Davids 2010, p. 270 waar de ‘kanttekening’ van Van Walsum is opgenomen. Daarin blijkt de opvatting van Van Walsum dat het internationaal politieke verplichtingen en volkenrechtelijke verplichtingen voor een regering van gelijk gewicht zijn en dat een keuze om uit dit ‘dilemma’ te komen aan de regering is. Hij constateert vervolgens dat de Nederlandse regering er ‘beslist geen belang’ bij had om ‘de volkenrechtelijke onrechtmatigheid van de operatie aan de kaak te stellen.’

105 Die rapportage zal, volgens planning, medio 2012 verschijnen.

106 Zoals de Britse attorney general, die hiertoe op het Witte Huis werd uitgenodigd en ‘bijgesproken’. Uit het rapport van de commissie Davids blijkt ook DG Sieblesz in de VS ‘onderricht’ te zijn. Hij leidde weliswaar een beleidsonderdeel bij het ministerie, maar nam weldra het juridisch initiatief – Sieblesz was ook jurist – en gaf de juridische directie de opdracht om haar negatieve advies te wijzen in een positieve.

den kan worden gerechtvaardigd werd in het Witte Huis niet gerelateerd aan het volkenrecht, maar aan de vraag of het optreden afwijkt van wat vroegere presidenten hebben gedaan. Zo wijst Bush op het feit dat Clinton in Kosovo ook optrad zonder een mandaterende resolutie van de Veiligheidsraad. Harold Koh, juridisch adviseur aan het Amerikaanse ministerie van Buitenlandse Zaken, zei dat de invasie in Irak niet moet worden gezien als 'crime of aggression, because every U.S. president since Truman could be charged ecline.'¹⁰⁷ Wel werd door de president cum suis gewezen op het belang – later zou blijken: vermeende belang – van het voorkomen van het gebruik van massavernietigingswapens door Saddam Hoessein, maar niet als rechtvaardiging voor het handelen in strijd met het volkenrecht. Want dit recht wordt – zoals Sands concludeert – volmaakt irrelevant geacht door de politieke leiding van de Verenigde Staten.

In zekere zin zou van de Amerikaanse politieke leiding kunnen worden gezegd dat zij bij de besluitvorming over Irak het recht niet relativeerde, omdat zij de vraag naar de rechtmatigheid van het overheidshandelen niet stelde en daarom ook geen aanleiding was onrechtmatig handelen te rechtvaardigen. Die relativering treffen we wel bij haar overheidsjuristen. Zij vormen zich wel een oordeel over de rechtmatigheid en kennen het volkenrecht als weinig anderen. Zij waren immers afkomstig van prestigieuze rechtenopleidingen en sommigen van hen waren daarbij later betrokken als hoogleraar. Zij zochten echter geen aansluiting bij de heersende interpretatie van het volkenrecht, maar zorgden uitsluitend voor interpretaties die de politieke leiding accommodeerden. Uit het onderzoek naar de latere besluitvorming over de ontoelaatbare verhoormethoden is overtuigend gebleken dat het innemen van juridische standpunten het resultaat was van wat ik eerder – in navolging van Smith – aanduidde als omgekeerde rechtsvinding, waarbij niet wordt gekeken of en in hoeverre bepaalde normen van toepassing zijn op bepaald handelen, maar waar bij gekozen handelen conveniërende normen kunnen worden gevonden.

3.7.2 Interactie

Na de vaststelling dat rechtsrelativering door de overheid voorkomt, in elk geval in de besproken casus, kom ik nu bij de vraag naar de totstandkoming van dit overheidshandelen als resultaat van de interactie tussen bewindslieden, beleidsambtenaren en overheidsjuristen. In het eerste hoofdstuk heb ik daarbij verondersteld dat het vooral de bewindspersonen zijn – en al dan niet zichtbaar in hun kielzog: de beleidsambtenaren – die verantwoordelijk zijn voor die relativering, terwijl de overheidsambtenaren die relativering proberen tegen te gaan. De daarop volgende veronderstelling is dat zij daarin niet slagen

¹⁰⁷ Uit e-mailwisseling met Mary Ellen O'Connell, hoogleraar aan de University of Notre Dame en auteur van het boek *The Power and Purpose of International Law*.

omdat de bewindspersonen en hun beleidsambtenaren zich dominant opstellen in tegenstelling tot de overheidsjuristen. In tegenstelling tot de eerdergenoemde veronderstelling treffen we in de casus veel minder bevestiging van deze twee veronderstellingen.

In de besluitvorming over het boerkaverbod zien we dat de minister vooral in discussie is met haar adviseurs. Ofschoon het alle betrokkenen duidelijk is dat zij de uiteindelijke macht heeft om het voorstel tot een algemeen wettelijk verbod van de boerka in de Ministerraad te brengen, kiest zij primair de weg van het overleg, niet van de macht. Haar juridisch adviseurs zagen zich wel gedwongen 'tot de rand' van de juridische mogelijkheden te moeten gaan, maar bleven in hoge mate medespelers. Overigens voelden zij zich goeddeels gesterkt door het rapport van de externe commissie die zich zeer kritisch uitte over een algemeen boerkaverbod. Uiteindelijk beslist de minister tot een – samen met de nieuw aangetreden minister opgestelde – brief aan de Kamer met de aankondiging van een algemeen verbod, gebruik makend van de ruimte die is gelaten door de juridisch adviseurs. 'Niet volstrekt onhoudbaar' en 'juridisch zeer problematisch' betekenen immers dat het juridisch mogelijk is.

De opstelling van de minister van Verkeer en Waterstaat bij de besluitvorming over de buitenhoekspiegel was overeenkomstig. Aanvankelijk zag zij van een wettelijke verplichting af toen bleek dat die in strijd zou zijn met het Europese recht. Na vervolgens alle mogelijkheden, waartoe haar overheidsjuristen hadden geadviseerd, te vergeefs te hebben geprobeerd, concludeerde zij tot de indiening van een wetsontwerp. Van dominantie ten opzichte van haar juridisch adviseurs is hier nauwelijks sprake. Regelmatig is zij in gesprek met haar juristen, die bovendien wel wijzen op de strijd met het Europese recht, maar niet werkelijk tegenstreven. Zij bevorderen dat de strijd met het Europese recht geen belemmering wordt voor een wettelijke verplichting.

In de besluitvorming over de militaire inval in Irak zien we grote verschillen tussen de interactie van bewindspersoon, beleidsambtenaren en overheidsjuristen in de drie landen. In Engeland was de dominantie van bewindslieden ten opzichte van hun juristen niet groot. De juridisch adviseurs van Buitenlandse Zaken bepaalden zelf de frequentie van hun adviezen aan de minister en kozen daarbij voor een nadrukkelijke stijl. Directeur Wood zegt later dat hij, uit zorg voor een eventuele overschrijding van volkenrechtelijke grenzen, in de *advocacy mood* kwam. Daarnaast krijgt en neemt de hoogste juridische adviseur Goldstein de vrijheid om naar eigen inzicht tot zijn advies te komen. Dat beweerde prime minister Blair en dat bevestigde Goldstein. Zowel hun uitlatingen als die van minister van Buitenlandse Zaken Straw duiden erop dat het Verenigd Koninkrijk niet zou hebben deelgenomen aan de oorlog tegen Irak wanneer het uiteindelijke juridische advies van de Attorney General negatief zou zijn geweest door aan te geven dat dit handelen in strijd zou zijn met het volkenrecht.

Het contrast met de Nederlandse overheidsinterne gang van zaken is groot. Op het ministerie van Defensie en dat van Buitenlandse Zaken adviseren de desbetreffende overheidsjuristen pas nadat zij daarom worden gevraagd. Op dat moment hebben de beleidsafdelingen de minister al geadviseerd. De overheidsjuristen adviseren de minister niet rechtstreeks en de juristen van Buitenlandse Zaken geven op aandrang van de directeur-generaal Politieke Zaken een positief advies, tegengesteld aan hun eigen conclusies. De minister van Defensie legt het advies van zijn directeur Juridische Zaken naast zich neer en de minister van Buitenlandse Zaken kiest voor een eigen juridische analyse. Later komt de vraag of hij wel op de hoogte was van het advies van zijn juristen en of hij het latere memo, waarin de juridische directie alsnog haar mening aan de minister wil kenbaar maken, wel heeft ontvangen. De Nederlandse politiek ambtelijke interactie kwam in de casus Irak dus geheel overeen met in het eerste hoofdstuk geformuleerde veronderstelling, waarbij de dominante bewindslieden en beleidsambtenaren niet alleen het recht relativeren, maar bovendien de overheidsjuristen en hun inbreng.

Domineren in de Verenigde Staten de bewindslieden en hun beleidsadviseurs ten opzichte van hun juridisch adviseurs? Niet voor zover we onder dominantie machtsuitoefening verstaan. Een inner circle van juridisch adviseurs heeft zich zo verbonden aan de *War on terror* dat zij vaak ongevraagd koersen op de ongehinderde versterking en uitvoering van de president en zijn beleid. Zij domineren over de juridisch adviseurs die voornemens zijn een kritische houding aan te nemen en te wijzen op juridische beletselen. Daarbij schuwen zij geen agressieve methoden. Zo benut Alberto Gonzales, juridisch adviseur van de president, onbeschaamd een zwak moment van de Attorney General Ashcroft, namelijk wanneer deze ligt bij te komen na een operatie. Een ander voorbeeld is het agressieve gedrag van Addington, juridisch adviseur van vice-president Cheney, tegen de assistant Attorney General Goldsmith die zich veroorloofde kanttekeningen te plaatsen bij het eerste memo van John Yoo waarin martelpraktijken tijdens verhoren werden gelegitimeerd. Voor de gang van zaken in de VS lijkt de conclusie te zijn dat de bewindslieden en hun beleidadviseurs zich niet dominant gedroegen ten opzichte van hun juridisch adviseurs en dat beide, bewindslieden en juridische adviseurs, het recht in casu volledig relativeerden. Naar een volkenrechtelijk alternatief, zoals de *corpustheorie*, werd nauwelijks gezocht. Zonder schroom werden varianten zoals *regime change*, die worden beschouwd als volkenrechtelijk onbegaanbare paden, tot beleid verheven.

3.7.2.1 Beperkte machtspositie

In het eerste hoofdstuk heb ik de vraag gesteld naar de rol die de overheidsjurist speelt in gevallen waarin van rechtsrelativering sprake is. Daarbij ben ik uitgegaan van een rechtsrelativerende bewindspersoon en een daaraan tegenwicht biedende overheidsjurist die echter onvoldoende macht heeft om

een effectieve tegenkracht te zijn. Of de overheidsjurist op grond van zijn beroepsopvatting dat tegenwicht *wil* bieden is in de volgende paragraaf aan de orde. Hier laat zich de vraag stellen of de overheidsjurist effectieve tegenwicht *kan* bieden. Op grond van de voorafgaande casus lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat de overheidsjurist dat niet kan.

In algemene zin constateerde ik al dat de juridische functie binnen de Nederlandse overheid laag is gepositioneerd in vergelijking met het Verenigd Koninkrijk en met de Verenigde Staten. Maar meer in het bijzonder bleken de overheidsjuristen in kwestie het beleidsvoornemen te moeten faciliteren nadat zij daartegen juridische bezwaren hadden ingebracht. In de besluitvorming over Irak werden de overheidsjuristen bovendien gedwongen een positief advies te geven nadat een negatief advies was opgesteld.

Nu gaat de veronderstelling hier niet over de kwalificatie van de organisatorische positie op zichzelf, maar over het effect van die positie op de feitelijke besluitvorming. Niet om de status in de organisatie maar om de effectieve beïnvloeding.

Het gaat mij hier dus niet om formele en ook niet om informele macht, maar om het resultaat ervan. De vraag moet dan zijn of het resultaat anders zou zijn geweest indien de overheidsjuristen in de desbetreffende casus meer macht zouden hebben gehad. De veel sterkere positionering van de juridische functie binnen de Engelse en Amerikaanse overheid wijst daar niet op. De hoog in de overheidsorganisatie gepositioneerde Attorney General geeft in laatste instantie toch het juridische advies dat spoort met het beleidsvoornemen van de regering Blair. Wij weten niet of hier de druk van de prime minister, die van (de juristen van) het Witte Huis of van andere instanties doorslaggevend was voor de wijziging van het standpunt van Blair's hoogste juridisch adviseur. Ook is denkbaar dat Goldsmith de verantwoordelijkheid te groot vond nu hij mocht aannemen dat de regering zijn advies zou volgen. In dit kader doet het definitieve motief er niet toe. Vaststaat dat de zwaarte van de juridische functie niet impliceert dat vastgehouden wordt aan het aanvankelijk gegeven advies. De opstelling van de juristen aan het Engelse ministerie van Buitenlandse Zaken, Wood en Wilmschurst, toont dat ook het tegendeel niet het geval is, namelijk dat minder organisatiemacht zou betekenen dat je niet persisteert.

Naast de vraag of het resultaat anders zou zijn geweest indien de overheidsjuristen sterker waren gepositioneerd is dan nog de vraag aan de orde wat zij voor resultaat beoogden. Met deze vraag zijn we bij de beroepsopvatting (paragraaf 3.7.4.)

3.7.2.2 Externe juridische adviseurs

Door het bieden van ruimte in hun advies (zie paragraaf 3.7.4.2.) beperken de overheidsjuristen hun invloed op de uiteindelijke besluitvorming en het uiteindelijke handelen van de overheid. In de casus zien we nog een tweede

vorm van een dergelijke beperking en die ik hier beschouw als een element van de (machts)positie van de overheidsjurist. Ik doel hier op het inschakelen van externe juridische adviseurs, meestal met instemming of zelfs op initiatief van de betrokken overheidsjuristen. In de Boerkacasus was dat de commissie Vermeulen. In de Irakcasus sloot de directie Juridische Zaken zich aanvankelijk aan bij het verzoek vanuit de Kamer om de Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken om een spoedadvies te vragen. In tweede instantie werd ook de Engelse Attorney General beschouwd als een belangrijke adviseur voor de besluitvorming in Nederland. Overigens heeft de minister van Buitenlandse Zaken besloten voor volkenrechtelijke aangelegenheden in voorkomende gevallen een extern adviseur in te schakelen, ofschoon de commissie Davids een herstel van de positie van volkenrechtelijk adviseur binnen het ministerie voorstelde.¹⁰⁸

Naast het per geval inschakelen van externe juridische adviseurs beschikken de ministeries over een vaste externe juridisch adviseur, namelijk de Landsadvocaat. Deze wordt regelmatig ingeschakeld voor het inwinnen van juridisch advies; te vaak naar het oordeel van de Visitatiecommissie.¹⁰⁹ De commissie wijst daarbij op het uitgangspunt, verwoord in de ministerraad, dat de inschakeling van de Landsadvocaat 'zich zal concentreren op diens rol als procesvertegenwoordiger en dat overige juridische vragen het domein zijn van de juristen en de juridische diensten van de ministeries.'¹¹⁰ In de Kabinetsreactie op het visitatierapport wordt dit uitgangspunt onderkend, maar worden niettemin meerdere redenen genoemd om beroep te doen op de Landsadvocaat. Naast het optreden als (verplicht) procesvertegenwoordiger in civiele zaken – omdat vrijwel geen advocaten binnen de overheidsorganisatie zijn aangesteld – zou de Landsadvocaat zijn in te schakelen omdat (a) deze door het herhaaldelijk optreden als procesvertegenwoordiger beschikt over 'veel ervaring en kennis met juridische vragen die bij de Rijksoverheid een rol spelen' en overigens over specialistische juridische kennis beschikt die binnen de overheid niet beschikbaar is. Daarnaast kan deze advocaat, aldus de Kabinetsreactie (opgesteld door overheidsjuristen), ook bij bestuursrechtelijke processen worden betrokken wanneer het beleidsmatige, financiële en politieke belang zó groot is dat inzet van de Landsadvocaat wordt geprefereerd boven die van de overheidsjuristen.¹¹¹ Vergeleken met andere disciplines is het opvallend

108 Zie Davids 2010, p. 273. Aanvankelijk maakte de regering bekend een parttime adviseur te willen aanstellen voor tien uur per jaar. Na kritiek, ook van leden van de commissie Davids die stelden dat hiermee ook hun belangrijkste aanbeveling in de wind was geslagen, is besloten de Amsterdamse hoogleraar Nollkaemper voor een vast bedrag per maand in te huren. Nu hij gevraagd en ongevraagd de minister rechtstreeks adviseert meent de minister dat niet meer van parttime kan worden gesproken.

109 Visitatiecommissie 2007, p. 45.

110 *Kamerstukken II*, 2005/06, 30.000, nr. 38.

111 Kabinetsreactie op het rapport van de Visitatiecommissie Juridische functie en Wetgeving 'Met recht verbonden', p. 8.

dat een beroep wordt gedaan op externe deskundigen van een in de organisatie vertegenwoordigde discipline, anders dan om capaciteitsredenen¹¹² met instemming van de interne deskundigen. Het gaat daarbij niet om aanvullende advisering, maar om een (gedeeltelijke) verplaatsing van de verantwoordelijkheid¹¹³ en niet om een ook elders wel gehanteerd 'gewoon' second opinion maar om een hoger deskundigheidsprestige. De genoemde visitatiecommissie oordeelt dat de overheidsjuristen zelf over voldoende expertise moeten beschikken 'om ook over ingewikkelde juridische vraagstukken met gezag te adviseren.'¹¹⁴

3.7.3 Beroepopvatting overheidsjuristen

In de casus over het boerkaverbod zien we dat de betrokken overheidsjuristen zich in eerste instantie kritisch opstellen ten opzichte van het beleidsvoornemen. Het blijkt niet nodig deze opvatting – al dan niet in kritische termen – te uiten omdat het contact met de minister lange tijd, dus zeker in het beginstadium, verloopt in de vorm van een gedachtewisseling. Maar door het externe advies, waarin de juridische deur op een kier is gezet, resteert deze overheidsjuristen niet veel meer dan mee te denken en het geven van een risico-inschatting.

Bij de besluitvorming over een wettelijke te verplichten dodehoekspiegel gingen de overheidsjuristen iets minder ver. Men zou ook kunnen zeggen dat zij kans zagen iets minder ver te gaan. Ook hier was de situatie zo dat vanaf het begin geen stellige positie (loyalty-exit) ingenomen behoefde te worden omdat de bewindspersoon ruimte bood voor overleg. Na verhoging van de maatschappelijke druk – vooral na het optreden van Anna Enquist – nam de minister de positie in van opdrachtgever. Die opdracht werd loyaal uitgevoerd maar daarbij werd de ruimte gevonden om zo dicht als mogelijk bij het juridisch normenkader aan te sluiten, te typeren als een kritische vorm van meedenken. Daarbij werd het recht overwegend instrumenteel gebruikt in die zin dat alle mogelijkheden binnen het recht werden benut om het beoogde resultaat te behalen, bijvoorbeeld de mogelijkheid van een gemeentelijk rijverbod op bepaalde wegen en plaatsen in de gemeente.

112 Een voorbeeld van inschakeling om capaciteitsoverwegingen zien we genoemd door Houtzagers en Daalder in: Heukers 2011. Beide hier genoemde voorbeelden betreffen crisomstandigheden waarbij tal van procedures tegen de overheid werden ingesteld.

113 Het wordt dan verleidelijk om, wanneer het juridisch advies achteraf niet juist was, te vermelden dat de Landsadvocaat erbij betrokken was. Dat gebeurde bijvoorbeeld toen na jaren bleek dat de vluchtstrook van de A1 bij Hoevelaken ten onrechte jaren ongebruikt was gebleven omdat niet de juiste juridische conclusies waren getrokken uit een uitspraak van de Raad van State.

114 Visitatiecommissie 2007, p. 45.

In de Irak-casus treffen we bij de overheidsjuristen van het Britse ministerie van Buitenlandse Zaken een min of meer pure vorm van een autonome rechtsopvatting en van een pregnante tegenspraak. Sterker nog, hier is zelfs sprake van een exit-optie (Wilmshurst) en een near-exit-optie (Wood), vormen die ik in mijn criteria had opgenomen. Bij de juridische directie van het Nederlandse ministerie van Buitenlandse Zaken zien we een opvallend verschil tussen de (veronderstelde) rechtsopvatting en de opstelling als professional. Voor zover die rechtsopvatting blijkt uit het uitgelekte memo dan kunnen we spreken van een autonome rechtsopvatting. Een positivistische opvatting pur sang: geen ruimte voor een rechtvaardiging door politieke of beleidsdoelen, maar zodra met macht wordt besloten hier anders te handelen, dan is dat niet problematisch omdat op gezaghebbende wijze gesteld is dat hier een politieke, geen juridische aangelegenheid aan de orde is. Deze rechtsopvatting gaat echter gepaard met een gehoorzaamheid (loyalty-loyalty) die overeenkomt met de Weberiaanse vorm van zelfverloochening. Het geven van een positief advies – op aandrang van de directeur-generaal Politieke Zaken – waar vaststond dat het oordeel negatief was. Een vergelijkbare verandering – het geven van een positief oordeel na het geven van een negatief oordeel – zien we ook bij de Engelse Attorney General Goldsmith.

De Amerikaanse overheidsjuristen lijken allen in hoge mate een embedded rechtsopvatting te hebben. Dat betekent niet dat rechtsoverwegingen niet aan de orde komen, maar dat deze niet in de weg komen te staan, bij voorkeur zelfs geheel ten dienste, van het politieke beleidshandelen. Hun loyaliteit, zeker die van de inner circle, is groot (loyalty-loyalty), maar laat zich niet typeren als de Weberiaanse zelfverloochening. Het gaat hier om een zelfgekozen partijdigheid die niet altijd gericht is om de verwezenlijking van de democratie dienende bureaucratie. Zo is Alberto Gonzales vanaf zijn entree in het Witte Huis exclusief gericht op versterking van de macht van de president ten opzichte van het congres en de senaat. Dat hij juridische beletsels zal oproepen bij presidentiële beleidsvoornemens is hoogst onwaarschijnlijk. Ook de beroepsopvatting van John Yoo, die herhaaldelijk bepalend was voor de opvatting van de assistant Attorney General en daarvoor in de plaats in de (vele) gevallen waarin die functie niet werd bezet, bracht hem ertoe elk regeringsvoornemen te voorzien van een juridische legitimatie.

Deze samenvatting van de eerder gegeven casusanalyse geeft aan dat de overheidsjurist over het algemeen een loyale (meedenken of gehoorzaam) en embedded (of op risicoanalyse gerichte) opstelling kiest. Hierbij moet wel worden gerealiseerd dat deze opvatting wordt ontleend aan het handelen van de desbetreffende overheidsjuristen. Voor de opvatting in termen van voice, loyaliteit en gehoorzaamheid is dat waarschijnlijk betrouwbaar af te lezen aan het gedrag in de diverse casus, omdat het hier in de kern om handelingsgerichte categorieën gaat. Voor conclusies over het aan de rechtsvisie gerelateerde beroepsideaal in termen van autonomie tot embedded is dat nog speculatief omdat dit geen handelingscategorieën zijn, maar opvattingen die niet worden

geëxpliciteerd in het kader van de casus. Nadere verkenning hiervan zal plaatsvinden in het kader van de genoemde bronnenanalyse en de gesprekken.

De analyse van de casus overziende treffen we (a) wel uitingen van tegenstreven zodra naar hun oordeel het beleidsvoornemen niet overeenkomt met het juridische normenkader, (b) maar het tegenstreven houdt ergens op en (c) dat is dan niet vanwege de slappe knieën, maar mogelijk vanwege ontoereikende organisatiemacht van de overheidsjurist en waarschijnlijk vanwege zijn opvatting dat hij zijn tegenstreven niet moet laten domineren. Ik wil proberen deze conclusie nog wat nader te concretiseren aan de hand van enkele specifieke aspecten van de beroepsopvatting die uit de casusanalyse naar voren komen. Deze aspecten zijn de volgende: het onderscheid in eerste en tweede instantie bij het optreden van de overheidsjuristen (3.7.4.1.), op de wijze waarop zij de deur regelmatig op een kier zetten (3.7.4.2.), op de vraag of zij beleidsrealisatie tot hun professionele competentie rekenen (3.7.4.3.) en op het kiezen voor een partijdige opstelling (3.7.4.4.).

3.7.3.1 Tegenstreven in eerste en in tweede instantie

Bij eerste beschouwen lijkt de conclusie dat de beroepsopvatting van de overheidsjuristen in de besproken casus te typeren is in termen van ‘loyaal’ (van meedenkend tot gehoorzaamend) en ‘embedded’ voorbij te gaan aan de gegeven tegenspraak. In de beleving van betrokken overheidsjuristen is die tegenspraak soms uitdrukkelijk, soms zelfs in grote strijd geleverd. Reden waarom commentaren in termen van ‘slappe knieën’ – zoals die van Verhey in de boerkacasus – soms rauw op de maag van de betrokken overheidsjuristen vallen.¹¹⁵ Maar uiteindelijk wordt de rol van de overheidsjurist bepaald door zijn aandeel in de uiteindelijke besluitvorming. Wat wij wel zien is dat in eerste instantie wel wordt aangegeven dat het beleidsvoornemen juridisch (zeer) bezwaarlijk is of zelfs niet mogelijk, maar dat dit voornemen dan in tweede instantie juridisch wordt gelegitimeerd door te zeggen dat er een kleine mogelijkheid is (de deur op een kier), door een juridische trucage (boerka wordt gezichtsbedekkende kleding en daarmee wordt het juridische bezwaar omzeild of anderszins).

De toepassing van de theorie van Hirschman (exit, voice en loyalty) zoals Bovens die uitwerkte blijkt goed te kunnen worden toegepast op deze eerste en tweede instantie. In termen van Bovens is dus in het algemeen sprake van een voice-loyalty en in mindere mate van een loyalty-loyalty opstelling van

115 Voor alle duidelijkheid: ik sluit mij niet aan bij de opvatting dat hier sprake is van slappe knieën of onvoldoende rechte ruggen, omdat ik hiervan pas dan sprake zou zijn wanneer de overheidsjurist toegeeft terwijl hij zelf vindt dat hij dat niet moet doen. Het is nu juist de vraag of de positionering van de overheidsjurist of zijn beroepsopvatting bepalend is voor de loyale opstelling. Mijn conclusie is dat beide een rol spelen. In het vijfde hoofdstuk ga ik daar nader op in.

de overheidsjurist. In eerste wordt nog wel tegenspraak geleverd (voice), maar uiteindelijk wordt gekozen voor uitvoeren – in casu: juridisch legitimeren – van het beleidsvoornemen dat de bewindspersoon beoogt.

Zelfs in de Verenigde Staten komen we bij enkele overheidsjuristen de voice-loyalty opstelling wel tegen. Uit de memoires van Rumsfeld blijkt dat zijn juridisch adviseur Douglas Feith hem heeft duidelijk gemaakt dat en zelfs waarom inbreuk op bestaande rechtsregels ernstig is af te raden.¹¹⁶ Ook Thaft IV, juridisch adviseur op de minister van Defensie, heeft een kritische opstelling getoond¹¹⁷ ofschoon hij wel steeds redeneerde vanuit de stelling dat de aanslag op de Twin Towers het begin van een oorlog was.¹¹⁸ In het algemeen zien we bij de Amerikaanse overheidsjuristen die in de Irak-casus figureerden geen houding die ik zou willen typeren als een voice-loyalty houding. De kern van deze juristen werd gevormd door personen met een extreme loyaliteitshouding. Deze zorgden er bovendien voor dat juristen die (in eerste instantie) wel (enige) kritiek leverden – zoals de assistant Attorney General Jack Goldsmith en Bybee – op korte termijn het veld ruimden. Alleen Feith en Thaft IV bleken zich enige kritiek, zij het beperkt tot hun eigen minister, te kunnen permitteren.

Alleen onder de Engelse overheidsjuristen treffen we ook in tweede instantie een voice-optie (Wood), zelfs een exit-optie (Wilmshurst). We zouden de uitgelekte brief van de juristen van het Nederlandse ministerie van Buitenlandse Zaken nog kunnen zien als een lichte voice-optie; een lichte vorm van klokkenluiden. Maar dan zijn we intussen in de derde instantie, ruim nadat het beleidsvoornemen is uitgevoerd.

3.7.3.2 De deur op een kier

Een bijzonder aspect van de positionering van de overheidsjurist is de neiging om strikte of absolute oordelen te vermijden. Het lijkt hier om een typisch Nederlandse neiging te gaan. De advisering van de Amerikaanse overheidsjurist gaat in affirmatieve termen. Gesteld wordt dat een militaire inval in Irak niet in strijd is met het volkenrecht, gevolgd door de argumenten die het gestelde boven twijfel plaatsen. Maar ook de Engelse overheidsjuristen geven in de casus over Irak stellige beoordelingen. Niet alleen Wood, die in de 'advocacy mode' kwam en Wilmshurst, die er haar ambtelijke bestaan aan

116 Rumsfeld (2011, p. 423) vertelt dat Douglas Feith hem adviseerde 'that even those friendly to the United States and sensitive to our security interests worried about a world in which the American president could decide to bring about regime change by force in country after country.' Rumsfeld zegt begrip te hebben voor het advies van zijn hoogste juridisch adviseur Faith. 'I understood that concern', schrijft Rumsfeld, maar overweegt vervolgens: 'In the twenty-first century, the idea that countries could be left alone unless and until they actually launched an aggressive war had to have exceptions.'

117 Zie bij Cole 2008, p. xx: 'William H. Thaft IV, legal adviser to the State Department, clashed with Yoo over the Geneva Conventions.'

118 Thaft IV, in: Greenberg, p. 283 e.v.

verbond, maar ook Goldsmith formuleerde stellig toen het erop aan kwam. Zijn negen punten – in zijn advies van 337 woorden¹¹⁹ – bevatten stellingen en conclusies in absolute termen.

In de casus zien we dat de Nederlandse overheidsjurist vaak kiest voor een beoordeling waar ruimte wordt gelaten. De juristen van Buitenlandse Zaken geven aan dat een militair optreden in Irak volkenrechtelijk flinterdun is. Die van Defensie stellen dat die volkenrechtelijke optie strikt juridisch moet worden afgewezen. Ook in het externe advies in de casus over het verbod van de Boerka komen we een vergelijkbaar woordgebruik tegen. Een dergelijk verbod wordt door de commissie zeer problematisch geacht. Door juristen worden deze kwalificaties opgevat als een duidelijk negatief advies en het doorzetten van het beleidsvoornemen in strijd daarmee als een terzijde leggen van het advies. Over het laatstgenoemde externe advies zegt Verhey dat de conclusie ervan ‘met tal van argumenten’ is onderbouwd en dat de adviseurs duidelijk hebben gemaakt dat alles erop wijst ‘dat een algemeen boerkaverbod ten eerste moet worden afgeraden.’¹²⁰

Daar waar juristen als Verhey menen dat het advies de deur voor het beleidsvoornemen sluit blijkt deze door de woorden ‘flinterdun’, ‘strikt juridisch’ en ‘zeer problematisch’ op een kier te zijn gezet. Het zou anders zijn wanneer de geadresseerden van het advies het overheidshandelen zo veel als mogelijk rechtsconform wil laten zijn. Zoals ik een zo goed mogelijke gezondheid wil hebben en zal afzien van handelingen die mijn arts kwalificeert als zeer problematisch of waarvan hij zegt dat het vanuit medisch oogpunt flinterdun is of strikt geneeskundig niet uitsluit dat ik in leven blijf.

Maar bewindspersonen en beleidsambtenaren lijken het recht te zien als een te overwinnen hindernis. Het voldoen aan dit normenkader wordt niet ontleend aan de betekenis van het recht op zichzelf, maar door de voor- of nadelen die daarvan te verwachten zijn. Aan die benadering lijken de overheidsjuristen zich min of meer te hebben aangepast door zich te richten op een risicoanalyse die er op neerkomt dat het volgen van de rechtsnormen te overwegen of zelfs niet bezwaarlijk is zodra vaststaat dat nadelige gevolgen – zoals rechterlijke interventies – uitblijven. In feite is de opstelling van de overheid ten opzichte van het recht dan gelijk aan die van de burger: als het niet uitdrukkelijk is verboden dan is het toegestaan. Deze houding sluit niet aan bij rechtsstatelijke noties. Waldron, die ik in dit verband al citeerde in het eerste hoofdstuk, meent dat overheidsjuristen daarom tegen een dergelijk houding moeten opkomen.

‘Government lawyers should not be in the business of looking for pockets of unregulated discretion or loopholes in such regulations as do exist. They should not be advising their political bosses that they are entitled to avoid the impact of

119 Ik vertrouw hier op de juistheid van de telling door Sands (Sands 2005, p. 188).

120 Verhey 2007, p. 332.

legal constraint where it is ambiguous or unclear. (...) The government's own freedom of action is not a value, or at least not an intrinsic value as it is for individual citizens. This is an important contrast of ethos and attitude.¹²¹

Overigens: is het niet gebonden aan de aard van het juridische normenkader dat niet in absolute termen kan worden gesproken? Is het niet gegeven met het feit we niet te snel moeten denken te maken te hebben met clear cases? Zijn we niet gewend aan de aard van de rechtswetenschap die maakt dat voor een bepaalde casus negen juridische interpretaties kunnen worden gegeven (zie Stolker's veelgeciteerde en eerdergenoemde aanklacht). Hebben we ons niet neergelegd bij het heuristische karakter van het recht, volgens welke het er niet om gaat of conflict precies onder een bestaande rechtsregel valt en er door wordt opgelost, maar om de mogelijkheid dat het conflict vanuit de verschillende betrokken belangen kan worden verwoord in dezelfde taal? Ik kom hierop nader terug in het laatste hoofdstuk. Maar deze rechtsvisie behoeft niet noodzakelijk in de weg te staan aan een te kiezen strategie. Denkbaar is dat de jurist (in theorie) wel weet dat er vaak of altijd wel een andere interpretatie kan worden gevonden en doortrokken is van het besef dat het recht een open systeem is, maar er om strategische redenen toch voor kan kiezen om zijn advies kracht bij te zetten. Dat kan ingegeven zijn door een partijdige opstelling, maar ook vanuit een aan het algemeen belang ontleend motief van helderheid en rust. Over het oordeel van zijn Attorney General Goldsmith zegt Blair in zijn memoires dat zowel hijzelf als Goldsmith meenden dat niet alleen voor een negatief maar ook voor een positief advies goede juridische argumenten voorhanden waren, maar dat het zaak was met een eenduidig advies te komen om helderheid en eenduidigheid te scheppen.¹²²

3.7.3.3 Ook beleidsrealisatie

Niet alleen door het kiezen van een partijdige opstelling, ook door beleidsrealisatie tot zijn professionele opdracht te rekenen kan de overheidsjurist zijn positie in de organisatie versterken. Zamboni drukt zich stellig uit waar hij zegt dat het innemen van een rechtsvisie waarin de grens tussen politiek en recht wordt geslecht steeds gericht is op positieversterking. Hierbij moet wel worden bedacht dat zijn betoog primair gericht is op wetgeving, een overheidsfunctie waarbij recht en beleid elkaar – ten minste gedeeltelijk – overlappen. In het verleden was beleid een taak van de overheidsjurist, of de juridische functie de taak van de beleidsambtenaar die destijds gewoonlijk jurist was. Medio twintigste eeuw waren er vooral beleidsjuristen aan de departementen. De opkomst van overheids- en wetgevingsjuristen die specialist zijn op het terrein van de juridische functies, kwamen later als pendant van de eerder

121 Waldron 2010, p. 324.

122 Blair 2010, p. 478.

genoemde binnenkomst van academici van uiteenlopende disciplines. Met deze ontwikkeling ontstaat een sterkere scheiding tussen beleid en juridische functies als wetgeving.¹²³

Van de beoefenaren van de meer gespecialiseerde juridische functies, die we nu overheidsjuristen en wetgevingsjuristen noemen, wordt verwacht dat zij vooral of in elk geval overwegend de rechtsstatelijke invalshoek voor hun rekening nemen. Maar hier zien we de verschillen die ook al tot uiting kwamen in de verschillende definities van juridische kwaliteit, zoals weergegeven in het tweede hoofdstuk. Uit die definiëring blijkt dat het professionele normenkader van overheidsjuristen niet beperkt hoeft te zijn tot het rechtsstatelijke. Daartoe kunnen ook de aan het beleid ten grondslag liggende doelmatigheids-criteria deel van uitmaken. Op rechtstheoretisch terrein behoort die zienswijze tot de traditionele opvattingen, waarbij de visie van Radbruch vermoedelijk de meest geciteerde is.¹²⁴ Ik kom op zijn benadering nog nader terug in hoofdstuk 6.

Indien de overheidsjurist de rechtsvisie van Radbruch deelt impliceert dit, afgezien van de sterkte van zijn positie, dat meedenken en gehoorzaamheid geen indicatie zijn van een volgende houding en een zwakke opstelling, maar voor een bewuste eigen keuze.

3.7.3.4 Partijdige opstelling

De strekking van mijn vijfde veronderstelling is dat het niet de zwakke positie of zwakte van de overheidsjurist is die maakt dat hij het tegenstreven opgeeft, in elk geval in tweede instantie, maar dat het hier in de eerste plaats om een eigen professionele – in de zin van een op zijn beroepsopvatting gebaseerde – keuze gaat. Het is dan niet uitgesloten dat door deze keuze de op zichzelf niet zo zwakke positie wel aan sterkte verliest. Dat kan ook het geval zijn door de ruimte die hij in zijn advisering open laat – de genoemde deur op een kier – en ook door de inschakeling van externe juristen als de (meer) gezaghebbende experts.

Een heel andere invalshoek is de beroepsopvatting van de overheidsjurist die lijkt op de rol van de advocaat met de minister als cliënt. De advocaat die met grote inzet voor zijn cliënt opkomt, kwalificeren wij niet als een profes-

123 Zie nader hierover bij Veerman 2011. 'Al dan niet toevallig kwamen vanaf de zeventiger jaren andere academici dan juristen de departementen bevolken, in het bijzonder economen en accountants, bestuurskundigen, bedrijfskundigen, beleidskundigen. (...) Hun komst versterkte, denk ik, de scheiding tussen beleid en wetgeving.' (p. 133).

124 Al in zijn oorspronkelijke rechtsfilosofische werk kiest Radbruch voor drie elementen die het rechtsidee bepalen: die Gerechtigkeit, die Zweckmäßigkeit und die Rechtssicherheit. Zie Radbruch 1932. Weliswaar stonden de rechtswaarden gerechtigheid en rechtszekerheid voorop – voor WOII de rechtszekerheid en na WOII de rechtvaardigheid – maar uitgangspunt was voor Radbruch dat ook de doelmatigheid geen juridisch externe waarde (of ideaal) is.

sional met slappe knieën. Dus waarom zouden we de overheidsjurist die deze beroepshouding aanneemt anders percipiëren?

We kwamen de advocatenrol tegen in de uitgelekte brief van de juridische directie van het ministerie van Buitenlandse Zaken in de kwestie Irak. De juristen zegden de minister toe dat zij zijn toegewijde advocaten zouden zijn als hij, de minister, in de problemen zou komen door de uitvoering van het besluit waarover zij negatief advies uitbrachten. Directeur Wood van het Engelse ministerie van Buitenlandse Zaken zei in een *advocacy role* te komen, maar bedoelde daarmee dat hij zich steeds sterker begon op te stellen ten opzichte van de minister die niet ontvankelijk bleek voor zijn advies. Maar ik doel hier op de opstelling van juristen die de minister verdedigen naar buiten. Voor de meeste Amerikaanse overheidsjuristen bleek dit een vaste positiekeuze. Voor de Nederlandse overheidsjuristen is die houding minder duidelijk, maar het zou voor een deel hun opstelling verklaren, vooral in situaties waarin zij de minister helpen bij het omzeilen van wetgeving en bij het schatten van de mogelijkheden om zonder schade op of over de randen van het recht te handelen.

In ons land zien we dat in het strafproces uitgangspunt is dat de officier van justitie zich positioneert vanuit het algemeen belang en niet als advocaat van de overheid. Voor overheidsjuristen is dat geëxpliciteerd. In Amerika treffen we het standpunt dat de overheidsjurist zich in elk geval niet partijdig mag opstellen wanneer hij geen tegenspraak ontmoet. Dat de advocaat zich partijdig mag opstellen is in ons systeem niet bezwaarlijk omdat hij een tegenspeler heeft en de rechter vervolgens op basis van de tegengestelde standpunten een oordeel kan vellen. De overheidsjurist als adviseur heeft vaak geen tegenspeler met als gevolg dat diens advies vaak bepalend kan zijn voor het overheidsoptreden waarop in veruit de meeste gevallen geen rechterlijk of parlementair optreden meer volgt. Toen een Amerikaanse Senaatscommissie het rapport *The Role of the Legal Advisor of the Department of State* besprak, wezen senatoren op deze cruciale positie van de juridisch adviseur binnen de ecline: 'He is the first guardian, and often the last, of the United States government's commitment to the rule of law.'¹²⁵ Sinds Watergate is het gebruik dat de hoogste juridisch adviseur binnen de Amerikaanse overheid voor zijn aantreden wordt onderworpen aan parlementaire *confirmation hearings*.¹²⁶ Adviseur Goldsmith beloofde daarbij te zorgen voor 'objective legal advice, independent of any political considerations.' Daarmee speelde hij in op de heersende opvatting hierover in de vs. Voor de wetgevingsjuristen in de tweede casus geldt dus zij niet als *last guardians* zijn te beschouwen, aangezien in het wetgevingsproces tal van uiteenlopende visies de kans krijgen.

125 Richard B. Bilder and Detlev F. Vagts, *Speaking Law to Power: Lawyers and Torture*, in: Greenberg 2006, p. 151-161.

126 Zo'n hearing is bedoeld om informatie te verkrijgen in het kader van de beslissing om wel of niet in te stemmen met de benoeming van een kandidaat.

Overigens is zo dat in gegeven situaties niet altijd makkelijk te concluderen is of de overheidsjurist met zijn optreden zich dienend opstelt naar zijn minister of naar het algemeen belang. Een voorbeeld van een dergelijk onzekerheid is de memo van William Taft IV, destijds juridisch adviseur van de Amerikaanse minister van Defensie, van 22 maart 2002, waarin hij beredeneert dat de Geneefse Conventie, handelend over de behandeling van oorlogsgevangenen, niet van toepassing is op de aan Al Qaeda en de Taliban gelieerde gevangenen of op andere gevangenen in het kader van het conflict met beide organisaties.¹²⁷ Is de intentie van zijn bijdrage om een juridische legitimatie te bieden voor de inhumane verhoormethoden die volgden door de bescherming van de Geneefse Conventie weg te nemen of is de kern van zijn advies dat ook op hen de uitgangspunten van deze conventie als richtlijn moeten worden aangehouden, ook al is die formeel niet van toepassing?¹²⁸

127 Opgenomen als bijlage in Greenberg 2006, p. 283 e.v.

128 In een latere congresbijdrage suggereert hij dit laatste. Zie Greenberg 2006, p. 223 e.v.

4 | Is rechtsrelativering een handelingspraktijk?

4.1 INLEIDING

De casusanalyse in het voorafgaande hoofdstuk rechtvaardigt de conclusie dat rechtsrelativering door de overheid zich voordoet, ten minste in de drie casus. Zoals verondersteld in het eerste hoofdstuk is de bewindspersoon in voorkomend gevallen geneigd het recht te relativeren en beschikt de overheidsjurist niet over voldoende macht om die rechtsrelativering te voorkomen. De veronderstelling dat de overheidsjurist op grond van zijn beroepsopvatting geneigd is rechtsrelativering tegen te gaan werd in de casusanalyse niet bevestigd. Zijn visie op de juridische beroepsuitoefening binnen de overheid brengt in elk geval met zich mee dat de overheidsjurist – althans in de casus – gewoonlijk wel wijst op strijdigheid met het recht maar niet aandringt op rechtsconform handelen, bijvoorbeeld door herhaling van het advies in tweede instantie. Ook bevatten de casus aanwijzingen dat de beroepsopvatting van de overheidsjurist ertoe leidt dat hij ruimte laat in zijn advies ('de deur op een kier laat'), zich ook verantwoordelijk acht voor de beleidsrealisatie en kiest voor een (overheids)partijdige opstelling.

De centrale vraag in dit hoofdstuk is of rechtsrelativering bij het overheids-handelen niet alleen incidenteel voorkomt, zoals vastgesteld, maar dat het ook een (systematische) wijze van handelen is binnen de overheid. Ervan uitgaande dat bewindspersonen regelmatig of zelfs gewoonlijk geneigd zijn het recht te relativeren, is het zich meer dan incidenteel voordoen van rechtsrelativering – als handelingspraktijk – waarschijnlijk indien de organisatiemacht van de overheidsjurist beperkt is en diens beroepsopvatting ruimte laat voor rechtsrelativering of deze zelfs bevordert. Dit laatste kan, bijvoorbeeld, het geval zijn wanneer volgens die beroepsopvatting binnen het recht voor alle beleidsvoornemens wel een juridische legitimatie te vinden is of wanneer volgens die beroepsopvatting terughoudend moet worden omgegaan met rechtsstatelijke bezwaren.

Ik ben ervan uitgegaan dat de overheidsjuristen zelf de meeste kennis hebben van hun eigen beroepsopvattingen en van hun eigen machtspositie binnen de overheidsorganisatie. Het is in elk geval waarschijnlijk dat die beroepsopvatting en de eigen perceptie van de machtspositie bepalend zijn voor het handelen in de praktijk. Met andere woorden: subjectiviteit in de beeldvorming doet mogelijk de 'waarheid' geweld aan, maar is niet minder

relevant voor zover aangenomen kan worden – wat ik hier doe – dat die beeldvorming bepalend is voor het handelen.

Hoe achterhalen we de opvattingen van overheidsjuristen over hun beroepsuitoefening en over hun machtspositie in de overheidsorganisatie? Het leek mij van betekenis om hierover uitspraken te krijgen die niet te veel zouden worden gestuurd door mijn centrale thema rechtsrelativering. De ‘zondige’ connotatie van dit thema zou waarschijnlijk een bias geven in de richting van ontkenning van rechtsrelativering. Om die reden heb ik naar bronnen gezocht waar overheidsjuristen uitspraken doen over hun beroepsuitoefening. Vrijwel alle publicaties die we van overheidsjuristen aantreffen in hun eigen vaktijdschriften¹ en daarbuiten² zijn bijdragen aan de vakkennis, gericht op het leveren van expertise of het uitwisselen van ervaring op het terrein van wetgeving, juridisch advies, bezwaar en beroep, openbaarheid van bestuur, burgerbrieven en dergelijke. Deze bijdragen bevatten vrijwel geen antwoorden op de vraag hoe het beroep van overheidsjurist wordt uitgeoefend en de ruimte voor professionele keuzen daarbij. Een type publicatie dat hierover wel de nodige uitspraken bevat zijn de *liberi amicorum* die met enige regelmaat verschijnen ter gelegenheid van een vertrekkend overheidsjurist, gewoonlijk een vertrekkend directeur Wetgeving en Juridische Zaken van een ministerie. Vaak hebben de bijdragen in deze boekwerken een betrekkelijk informeel karakter en refereren daarbij, soms met de nodige openheid, aan het beroepseigene van het werk van overheidsjurist. ‘Zo doen of zo deden wij dat’ is regelmatig de strekking van de opgenomen bijdragen, waarbij de openheid mogelijk wordt bevorderd door het vertrek van de desbetreffende functionaris of het al vertrokken zijn van de auteur, mogelijk ook door de informele, niet commerciële wijze van uitgeven. Het zijn bijdragen voor de scheidende overheidsjurist waarvan vermoedelijk alleen de *inner circle* kennis neemt.

Door analyse van de vijf meest recente *liberi amicorum* ga ik na of de daarin voorkomende uitspraken over de beroepsuitoefening wijzen op rechtsrelativering als handelingspraktijk. In de volgende paragraaf zal ik aangeven hoe ik daarbij te werk ben gegaan.

Een tweede onderzoek om eventuele sporen van een rechtsrelativerende handelingspraktijk te achterhalen bestaat uit een verslag van interviews met de directeuren van de centrale directies van alle ministeries. Deze interviews bieden de mogelijkheid een rijksbreed beeld te verkrijgen en door te vragen op aspecten die nadere verkenning vereisen. Door de vormkeuze van de

1 Voor wetgevingsjuristen is dat ‘Recht en Regelmaat’ en het in Nederland uitgegeven internationale tijdschrift ‘Legisprudence’. Voor de overige juridische functies is dat het tijdschrift in wording ‘JuristenKijk’, uitgegeven door de vereniging JuristenRijk.

2 Zeer uiteenlopende vaktijdschriften. Op de website van het Kenniscentrum Wetgeving zijn de publicaties die wetgevingsjuristen de laatste jaren hebben geschreven opgenomen. Daarnaast staat op de website van de Academie voor Wetgeving een (digitale) publicatiereeks, waar vooral overheidsjuristen aan bijdragen.

interviews, die ik zal toelichten in paragraaf 4.3.1, heb ik geprobeerd de eerdergenoemde bias zo beperkt mogelijk te houden.

Tijdens de interviews kwamen, naast de in hoofdstuk 3 besproken casus, soms ook andere casus ter sprake. De casus die zijn genoemd en niet als vertrouwelijk zijn bestempeld geef ik in het kort weer in paragraaf 4.4 met daarbij een verkorte analyse om na te gaan of en wat deze casus indiceren over rechtsrelativering.

4.2 SPOREN VAN EEN HANDELINGSPRAKTIJK IN PUBLICATIES VAN OVERHEIDSJURISTEN

Voor deze secundaire analyse heb ik uit deze *liberi amicorum* alle statements verzameld die gaan over de eerdergenoemde elementen van rechtsrelativering.³ Voor de leesbaarheid heb ik de meeste statements – ruim dertig pagina's in omvang – samengevat in een leesbare tekst. Een beperkt aantal heb ik ongewijzigd geciteerd. Ook heb ik om de toegankelijkheid te dienen een nadere onderverdeling gemaakt van de genoemde beroepsopvatting – eerder al onderscheiden in de rechtsvisie van de jurist en de opstelling als ambtenaar – en machtspositie in de organisatie. Ik heb de indeling hier laten voortkomen uit de verzamelde en geanalyseerde statements en deze niet in het keurslijf van de eerder gegeven indeling willen duwen. De hier gevolgde indeling bestaat uit de volgende aspecten van de rechtsvisie: 'recht als open, flexibel en relatief normenkader' (4.2.1), 'pragmatisch afwegen' (4.2.2) en 'terughoudendheid met de beroepsethiek' (4.2.3) en uit het volgende aspect van de opstelling als ambtenaar: 'loyaliteit en nog eens loyaliteit' (4.2.4). De machtspositie van overheidsjuristen heb ik samengevat onder de titel 'beperkte organisatiemacht' (4.2.5). In paragraaf 4.2.6 zal ik nagaan of op basis van de aldus thematisch samengevatte statements het bestaan van rechtsrelativerende praktijken plausibel is. Veel van de hier genoemde aspecten blijken overeen te komen met de aspecten die in paragraaf 3.7 aan de orde kwamen naar aanleiding van de casusanalyse.

De geanalyseerde *liberi amicorum* zijn verschenen in de periode 2005-2011. De oudste is die aan Karel Kraan. Hij kreeg het *liber amicorum* aangeboden bij zijn vertrek uit de functie van hoofddirecteur Juridische Zaken van het ministerie van Verkeer en Waterstaat naar die van raadsheer bij de Centrale Raad van Beroep. Toen het kwaliteitsmanagement de overheidsorganisatie binnenkwam was hij 'de eerste directeur van een juridische stafdirectie (...) die systematisch aan de slag is gegaan met juridisch kwaliteitsbeleid binnen zijn directie', constateert Linthorst in het *liber amicorum*.⁴

3 Kort weergegeven in het analyseschema dat ik in hoofdstuk 3 hanteerde.

4 Kraan 2005, p. 45.

In 2006 verscheen het liber amicorum ter gelegenheid van het afscheid van Hans Bierman, senior wetgevingsjurist op het toenmalige ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer (VROM). Bierman had een groot deskundigheidsprestige als vakman en als docent. Ook personen vanuit het universitaire veld danken hem in het liber amicorum voor het delen van inzichten op het juridische terrein van de ruimtelijke ordening.

Het derde liber amicorum dat in deze analyse is meegenomen is die voor Gerard Roes, bij zijn vertrek in 2007 als directeur Wetgeving van Justitie naar de Raad van State. Bij zijn komst werden enkele zelfstandige en zelfbewuste juridische stafafdelingen samengevoegd in een centrale directie Wetgeving. Een aantal auteurs refereert aan het succes van deze organisatieverandering, ook op het vlak van de organisatiecultuur.

Aan Huub Linthorst werd een liber amicorum uitgereikt bij zijn vertrek als directeur Wetgeving en Juridische Zaken bij het toenmalige ministerie van Economische Zaken. Met veel overheidsjuristen deelt hij de belangstelling voor politiek, staatsrecht en taal. Dit laatste blijkt ook uit de ondertitel die aan het liber is meegegeven: 'met welversneden pen'. Diverse bijdragen reflecteren ook twee andere eigenschappen: humor en relativiseringsvermogen; een vernietigende combinatie als ze worden ingezet om het management- en communicatiejargon aan de kaak te stellen.

Het meest recente liber amicorum is in 2011 opgedragen aan Hanneke Heukers die, na de samenvoeging van 'haar' ministerie van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit (LNV) met het ministerie van Economische Zaken, haar functie van directeur Juridische Zaken verloor. Haar oud secretaris-generaal Van der Zande typeerde haar als 'een Cerberus (die) waakte over de kwaliteit en de centrale rol en inbreng van JZ in de beleidsprocessen'. Met haar vertrek kwam een einde aan de juridische directie als beleidsdirectie.

De auteurs in de liberi amicorum zullen zijn uitgenodigd hun bijdrage te geven vanwege hun professionele relatie met de scheidende functionaris. Daarmee staat vanzelfsprekend niet vast dat zij in alle opzichten de overheidsjuristen representeren. Wel heeft een redactie bestaande uit overheidsjuristen hun bijdrage geschikt en relevant geacht voor publicatie. In die zin is het niet aannemelijk dat het hier gaat om extreme of voor de overheidsjuristen onherkenbare opvattingen en lijkt het ook verantwoord om de samengevatte stellingen wel als indicatief voor die van de overheidsjuristen te beschouwen.

4.2.1 Recht als open, flexibel en relatief normenkader

Herhaaldelijk staan in de liberi amicorum aanduidingen van de aard van het recht in termen van 'open' en 'flexibel'. Vaak als algemene duiding van een kennelijke evidentie en dus zonder toelichting van wat ermee wordt bedoeld. Waar wel een nadere explicatie wordt gegeven blijken 'open' en 'flexibel' te staan voor de zelfde betekenissen. De eerste is die van de veranderlijkheid

van het recht: 'Bedenk dat de geldende rechtsorde beslist geen gesloten systeem is en dat wat gisteren niet kon, morgen misschien wel kan en zelfs wel wenselijk is, althans moet gebeuren.'⁵ Een tweede betekenis is die van het recht als een normatief kader waarbinnen je altijd de norm van jouw gading kunt vinden. Men schrijft ook wel over de kneedbaarheid van het recht, waardoor het nooit zo hoeft te zijn dat de overheidsjurist blijft zitten op de constatering dat een bepaald beleidsvoornemen niet juridisch te legitimeren valt want er zijn altijd juridische alternatieven.⁶

Naast openheid en flexibiliteit van het recht in het algemeen schrijven overheidsjuristen ook wel over die eigenschap van specifieke delen van het recht. Den Boer heeft in zijn intussen lange loopbaan als overheidsjurist weinig normatieve werking ervaren van grondrechten. 'Daarvoor laten dit soort bepalingen gewoonweg veel te veel open (...).'⁷ Ybema wijst op het internationale recht: 'De kneedbaarheid van het internationale recht brengt een jurist snel in de verleiding om de rechtsopvatting naar de politieke wenselijk te schikken.' Hij beschouwt de flexibiliteit en kneedbaarheid van het recht als een verleiding waaraan de jurist zou moeten weerstaan. Bij de meeste auteurs geeft deze eigenschap van het recht geen aanleiding om hieraan weerstand te bieden maar om zich hieraan aan te passen. Een flexibel recht vereist een flexibel overheidsjurist. 'Een eerste noodzakelijke eigenschap – naast de broodnodige vakdeskundigheid – is flexibiliteit', zo houdt Dorst-Tatomir haar voormalige collega-overheidsjuristen voor.⁸ Van Hall schrijft over het 'inbeginsel beginsel' dat overheidsjuristen moet 'behoeden voor eigen vakblindheid, voor verkeerde adviezen, voor afdrijven van de maatschappelijke werkelijkheid.'⁹ De vertrekkende en veel geprezen senior Bierman had als hem kenmerkende uitspraak 'Juridisch kan alles.'¹⁰

Min of meer als synoniem voor openheid, flexibiliteit en kneedbaarheid treffen we bij diverse auteurs de term relativiteit van het recht, met ook hierbij de aanbeveling dat de jurist er goed aan doet zich aan deze eigenschap aan te passen.¹¹ Wanneer je als jurist weet te relativiseren heeft dat als belangrijk voordeel dat de samenwerking met de beleidscollega's aanmerkelijk soepeler verloopt, zo stellen deze auteurs. Dat leidt er wel toe dat aan juridische legitimiteit van het overheidshandelen wordt ingeboet, maar dat is niet erg, juist vanwege die relativiteit van het recht.

5 Kraan 2005, p. 42.

6 Slechts bij uitzondering wordt de term 'open rechtssysteem' gehanteerd in de gangbare betekenis van het opnemen van normen en normatieve concepten in het recht, gewoonlijk via de rechtspraak. In die betekenis: Verheij in: Roes 2007, p. 324.

7 Linthorst 2010, p. 137.

8 Kraan 2005, p. 98.

9 Kraan 2005, p. 218.

10 Bierman 2006, p. 88.

11 Zoals Veringa in: Heukers 2011, p. 162.

‘Gaat men meer op zoek naar een vruchtbare samenwerking met beleid, dan belandt men vanzelf meer in het midden der dingen, met als prijs dat men wellicht wat vaker water in de juridische wijn moet doen. Heel erg is dat niet, want het recht heeft – daarin verschilt het niet van andere disciplines – zijn eigen relativiteit.’¹²

Kraan vindt die nota van relativiteit van het recht ‘prachtig verwoord’ door voormalig minister van Justitie Donner, die wees op de rij deugden die bij een goed bestuur aan de orde zijn, afgebeeld in het fresco van Lorenzetti, in de raadszaal van Siena. Justitia is de achterste in de rij.

Ook plaatsvervangend Landsadvocaat Daalder meent dat overheidsjuristen er goed aan doen het recht te relativiseren. Dat gebeurt in zijn ogen nog te weinig omdat het recht aanvaardbaarder wordt wanneer het nog wat meer door juristen wordt gerelativeerd: ‘(...) juristen zouden door het recht een beetje meer te relativiseren er aan kunnen bijdragen dat de maatschappelijke aanvaarding van het recht niet onnodig in gevaar komt.’¹³ Ook Voortman¹⁴ wijst erop dat overheidsjuristen een negatief imago oplopen door te weinig te relativiseren. Zij wijst op het ideaalbeeld van juristen, afkomstig van beleidsambtenaren.¹⁵ In dat ideaalbeeld komen onder meer aan de orde het geven van risico-inschattingen, het hebben van feeling voor beleid en politiek, het zijn van professionals en het concreet zijn en geen algemene verhalen houden over principes, mogelijkheden of opties. Tot het negatieve beeld van de overheidsjurist zoals de beleidscollega’s die schetsten horen onder meer het aandragen wat niet kan en het zijn van hobbyisten. Overheidsjuristen beseffen dus heel goed dat de samenwerking met hun beleidscollega’s beter is naarmate zij zich gevoeliger tonen voor de politiek-bestuurlijke wensen en daarbij bereid zijn het recht te beschouwen als een open, flexibel en relatief normenkader. Menig auteur acht dat overigens geen bezwaar omdat het recht nu eenmaal relatief is of omdat je met het recht nu eenmaal alle kanten uit kan. ‘Zoveel juristen, zoveel meningen’ aldus de Landsadvocaat en zijn plaatsvervanger.¹⁶

Niet alle auteurs in de *liberi amicorum* relativiseren het recht geheel of ten dele. Van der Velden vindt het niet vanzelfsprekend dat het recht altijd wel een bij het beleidsvoornemen passende norm biedt. ‘Het echte dilemma komt als er voor het door de politieke ambtsdrager gewenste beleid geen rechtsstatelijk aanvaardbare regeling te vinden is.’¹⁷ Let wel: een dilemma; er is ook voor Van der Velden dan nog niet onmiddellijk aanleiding om nee te zeggen. Dat van de conformiteit met het recht soms een zwaarwegend punt wordt

12 Linthorst 2010, 94.

13 Kraan 2005, p. 75.

14 Heukers 2011, p. 163.

15 De beleidsambtenaren waren gevraagd hun beeld van de overheidsjurist te formuleren in het kader van het programma Versterking juridische functie rijk.

16 Houtzagers en Daalder in: Heukers 2011, p. 34.

17 Roes 2007, p. 306.

gemaakt blijkt volgens Van der Velden wel uit 'onderzoeken naar de mogelijkheid om binnen de grenzen van de rechtsstaat een gewenst beleid te realiseren', zoals het onderzoek naar de juridische mogelijkheden om immigratie van Antilliaanse jongeren te beperken, het onderzoek naar 'meervoudige nationaliteit en integratie en het onderzoek naar de juridische mogelijkheden om de nationaliteit in te trekken wegens strafbaar gedrag. Overigens wees alleen de laatste uit dat het juridisch onhaalbaar was, maar hoefde toch niet tot een 'nee' te leiden omdat de bewindspersoon inmiddels vertrokken was.

Van Kreveld, evenals Van der Velden voormalig overheidsjurist, lijkt zich nog stilliger te keren tegen relativering van het recht.

'(...) onder juristen spreekt het volstrekt vanzelf dat het overheidshandelen juridisch in orde moet zijn, dus moet voldoen aan de talrijke eisen die uit wettelijke voorschriften – nationaal en supranationaal – en het ongeschreven recht voortvloeien. Dat behoeft onder juristen geen discussie. Wij leven immers in een rechtsstaat. Vanuit dat postulaat moet al het overheidshandelen per definitie ten volle aan de eisen van het recht voldoen en er op zijn gericht dat die eisen in de praktijk worden verwerkelijkt. Vanuit zijn primaire verantwoordelijkheid moet de jurist in overheidsdienst zich daarvoor ten volle sterk maken.'¹⁸

Met deze laatste zin duidt Van Kreveld er ook op dat de overheidsjurist in het geval waarin het beleidsvoornemen in strijd is met het recht niet kan volstaan met het geven van een ontradend advies, maar een daaraan gekoppeld verzet tot zijn primaire verantwoordelijkheid moet rekenen. Maar ook bij Van Kreveld wordt de soep aanmerkelijk minder heet gegeten. Met een beroep op de eerdergenoemde theorie van Snellen, waar het recht een van de rationaliteiten is, geeft hij aan zich destijds in de praktijk nooit te hebben verzet tegen een afweging van beleid en recht. Hij heeft het als overheidsjurist bij het ministerie van Economische Zaken 'altijd zo boeiend' gevonden 'die spanning tussen de verschillende rationaliteiten en die inzet om vanuit die verschillende rationaliteiten samen te werken om tot een goed product te komen.'¹⁹ Eerder gaf ik al dat Van Kreveld de lijn tussen beleid en recht niet scherp wil trekken.²⁰ Zijn stelling dat doelmatigheid ook tot de rechtsstatelijke eisen wordt gerekend, lijkt de deur naar relativering – mogelijk ongewild – open te zetten.

Waar wordt geschreven over wetgeving is bij herhaling het instrumentele karakter ervan het onderwerp.

'Het is een antiek dilemma: de wet als bron van het recht of de wet als niet meer dan grondslag van het bestuur. (...) In de precaire balans tussen wet-

18 Linthorst 2010, p. 76.

19 Linthorst 2010, p. 77.

20 In hoofdstuk 2, paragraaf 2.3.2.

geving, bestuur en rechterlijke macht is, naar het lijkt, het accent komen te liggen op de wet als bestuursinstrument en als uitdrukking van de staatswil,'

zo formuleert Hoekstra.²¹ Veerman, die het eens is met die ontwikkeling naar een overwegende (of bedoelt hij uitsluitende) instrumentaliteit van de wet, concludeert – weer in termen van de rationaliteiten – tot het ondergesneeuwd raken van het recht. 'In de strijd tussen of de afweging tussen de diverse rationaliteiten wint, o paradox, in ons *rechtsstelsel* de *politieke* rationaliteit. Dat is erg, als de juridische rationaliteit daardoor ondersneeuwt.'²² Overigens is het voor Veerman niet vanzelfsprekend dat naar een juist evenwicht wordt gezocht: '(...) rechtsbescherming tegen de overheid is *eo ipso* niet belangrijker dan de rechtsbescherming door de overheid. Die evenwichten zijn op zijn minst mede een beleidsvraag.'

Interessant is nog dat zowel Van der Velden als Van Kreveld het erover eens zijn dat indien de overheid zich niet aan het recht houdt, de burger daarin zal volgen.²³ Van Kreveld formuleert het aldus:

'Voor het vertrouwen in de overheid is essentieel, dat overheidsorganen zich houden aan het recht. (...) Vervolgens geldt: een goed voorbeeld – een overheid die zich zorgvuldig aan de regels van het recht houdt – doet volgen. Ook een slecht voorbeeld doet volgen. Als de overheid zich niet keurig en zichtbaar aan het recht houdt, maar met het recht een loopje neemt of lijkt te nemen, zal dat de bereidheid bij de bevolking om wetten en vergunningvoorschriften na te leven, ondermijnen en daarmee de uitvoering en handhaving van die wetten en vergunningvoorschriften frustreren.'²⁴

Het lijkt er overigens op dat auteurs die zich nog het meest aan de rechtsstaat gelegen laten liggen dit doen uit instrumentele motieven.²⁵

4.2.2 Pragmatisch afwegen

Met een relativiserende – ten minste relativistische – visie op het recht gaat samen de opvatting dat beleidsvoornemens en rechtsnormen pragmatisch kunnen of zelfs moeten worden afgewogen. In de *liberi amicorum* wordt veel en in positieve zin geschreven over pragmatisme en een pragmatische houding van de overheidsjurist. Het begrip wordt niet altijd in precies dezelfde beteke-

²¹ Heukers 2011, p. 81 en 82.

²² Heukers 2011, p. 150.

²³ Van der Velden in: Roes 2007, p. 304. Van der Velden ontleent dit standpunt aan de publicatie van Niessen (Ambtenaar en overheidsorganisatie, 2003), die zich op zijn beurt weer geïnspireerd wist door de parlementaire enquêtecommissie inzake bouwsubsidies (*Kamerstukken II* 1987/88, 19 623, nr. 30, p. 267 en 276).

²⁴ Linthorst 2010, p. 77.

²⁵ Eerder wees ik al op Vermeule (2007) die deze stelling inneemt. Zie paragraaf 1.4.2.3.

nis gehanteerd. Vaak blijft die betekenis impliciet, maar lijkt deze overeen te komen met wat ik eerder 'strategisch' noemde. De auteurs spreken soms van pragmatisme in de zin van een balans tussen politieke en juridische werkelijkheid.²⁶ Andere auteurs definiëren pragmatisme vooral in contrast met formalisme.²⁷ Weer anderen hebben het over de afweging tussen recht en beleid of tussen rechtsbescherming en overheidsbevoegdheid. De invullingen van het begrip pragmatisch verschillen in woorden, maar niet of nauwelijks in betekenis. Voor overheidsjuristen betekent het steeds dat zij moeten 'balanceren op een dun koord'²⁸ in de wetenschap dat er 'geen zuiver juridische onderwerpen (bestaan), waarbij de rechtsvorming zich voltrekt in een als het ware beleidsvrije sfeer'.²⁹

De pragmatische afweging wordt door Nas gedefinieerd in de eerder genoemde Snelleniaanse terminologie van juridische en politieke rationaliteit. Deze rationaliteiten moeten volgens hem in evenwicht zijn. Nas verwijst naar een recent voorbeeld waarbij dat evenwicht ontbrak: de op grond van de nieuwe Postwet vastgestelde AmvB over arbeidsvoorwaarden. In de Postwet, die uitvoering gaf aan de Europese regelgeving over de beëindiging van monopolies op de postmarkten, werd de mogelijkheid open gehouden om bij AmvB in te grijpen in de arbeidsvoorwaarden. Hoewel die mogelijkheid was geformuleerd als uiterste noodzaak – als ultimum remedium – werd op grond van politieke overwegingen een dergelijke AmvB vastgesteld, de negatieve advisering van de Raad van State ten spijt. Vervolgens verklaarde de rechter de AmvB onverbindend. Nas concludeert dat het hier om een dossier gaat 'waarin het voor bestuur en wetgever kennelijk lastig is de politieke en juridische rationaliteit in evenwicht te krijgen'.³⁰ Wreekt zich hier dat overheidsjuristen zich richten op het uitkomen in het midden, waardoor hun inzet in feite al het compromis is dat het zou kunnen worden? Enige tegenkracht vanuit het beleid of vanuit de bewindspersoon zelf brengt de zaak dan al uit evenwicht. Dit laatste geldt mogelijk ook voor de wijze waarop overheidsjuristen steeds omgaan met het rationaliteitenconcept van Snellen. Snellen gaat ervan uit dat partijen hun eigen concept als absoluut, in elk geval als primaat beschouwen. Het resultaat van de confrontatie van die rationaliteiten leidt dan waarschijnlijk tot enigerlei compromis. Dat wordt anders als vanuit een bepaalde rationaliteit, in casu de juridische, al een compromisstandpunt wordt ingenomen en dus het eigen primaat wordt ontkend. Die houding lijkt verstandig, zelfs wijs, maar is dat vermoedelijk alleen wanneer de jurist – zoals ooit

26 Zoals Clement in: Kraan 2005, p. 72 en 73.

27 Zoals Dekker in: Kraan 2005, p. 58.

28 Heukers in: Roes 2007, p. 105/6.

29 Den Boer in: Roes 2007, p. 21.

30 Linthorst 2010, p. 63.

– voor het algemene standpunt (belang) staat en niet – zoals later – meer partij is geworden.³¹

Kraan vermoedt overigens dat de overheidsjuristen in de door Nas aangege-
duide casus wel een confronterend standpunt hebben ingenomen:

‘het zou mij niet verbazen als het recente dossier AmvB Postwet bij EZ, eindig-
gend in de onmiskenbaar-onrechtmatig-verklaring van deze AmvB door de
kortgedingrechter, ook in de voorbereidende fase tot stevige confrontaties tussen
‘beleid’ en juristen heeft geleid.’³²

Opvallend is ook dat vertrekkende overheidsjuristen vaak worden geprezen
om hun pragmatische opstelling. Zo wordt Linthorst getypeerd als ‘De zeer
ervaren, pragmatische en nuchtere jurist die weet hoe de ‘hazen rennen.’ Meijs
zegt daarbij: ‘Ik krijg vaak te horen dat ik relativerend ben, maar Huub is mijn
meester.’³³ Ook Bierman wordt gewaardeerd om zijn ‘praktische’ benadering.
Collega Borman zegt over hem:

‘Bij de Academie hebben wij inmiddels vier lichten van aankomende wet-
gevingsjuristen proberen in te wijden in de geheimen der wetgevingstechniek.
Als dat een beetje is gelukt, is dat in sterke mate te danken aan de relativerende
en praktische benadering die Hans zo eigen is.’³⁴

Ook waar het gaat om pleidooien voor een pragmatische benadering is het
standpunt van de publicerende overheidsjuristen ook hier niet eenduidig. In
overwegende mate kiest en waardeert men een pragmatische opstelling. Deze
lijkt niet alleen het belang van de overheidsjurist zelf te dienen, maar lijkt ook
goed te passen bij het eigene van het overheidsbeleid. Enerzijds de rechtsstaat
en anderzijds de noodzaak van overheidsoptreden om maatschappelijke
problemen op te lossen of te voorkomen. Kenmerkend voor de pragmaticus
is dat hij primair denkt in de richting van die probleemoplossing.

Bij een aantal auteurs is de eerdergenoemde benadering van een ‘balancing
constitution’ van Posner te herkennen. Vooral bij de auteurs die zich begeven
op het terrein van de afweging tussen toenemende veiligheidszorg enerzijds
en de (grond)rechtswaarborgen anderzijds. Zo verhaalt Krips over de voort-
durende balans die is nagestreefd op het terrein van terrorismebestrijding en
wetgeving.

‘Er was vaak sprake van politiek explosieve aandacht voor dit onderwerp. Daarbij
buitelde niet zelden het ene vergaande voorstel over het andere. Tegelijk waar-

31 Het algemeen belang wordt dan steeds meer gezien als de democratisch tot stand gekomen
conceptie van het algemeen belang.

32 Linthorst 2010, p. 93/4.

33 Linthorst 2010, p. 98. Huub is de voornaam van Linthorst.

34 Bierman 2006, p. 191.

schuwden vooral de wetenschap, de advocatuur en de rechterlijke macht voor oververhitting. Daartussen laveerde de wetgever, werkend aan een reeks van maatregelen die weliswaar grensverleggend zijn, maar tegen de achtergrond van de uiteenlopende belangen een aanvaardbaar midden houden.³⁵

Ook Langendoen schrijft over het balanceerwerk op dit terrein:

‘De discussie over de terrorismelijsten illustreert dat het zowel voor wetgevers als voor rechters lastig is om een balans te vinden tussen een effectieve bestrijding van terrorisme en het creëren van waarborgen voor rechtsbescherming.’³⁶

Het op pragmatische wijze zoeken van een balans betekent dat geen concrete norm wordt aangehouden en dus een – eventueel vergaande – verschuiving van de norm mogelijk is. Ingrijpende overheidsbevoegdheden worden dan immers acceptabel als zij in balans worden geacht met een toenemende onveiligheid.³⁷ Zo kan Heida wel onderkennen dat zelfs in het (Amerikaanse) voorbeeld van ontoelaatbare verhoormethodes sprake is van balanceren: ‘Ik ontken overigens niet dat hier sprake is van een spanningsvolle relatie, waarbij voortdurend afwegingen moeten worden gemaakt.’³⁸ Overigens behoort Heida zelf niet tot de personen die menen dat het steeds bij pragmatische afwegingen moet blijven. Hij schrijft: ‘Om in een vrije en democratische samenleving te kunnen leven, moeten we bepaalde risico’s nemen. Daarbij moeten we mijns inziens ook scherp in het oog houden dat sommige grondrechten onaantastbaar zijn.’ Ook Dekker voegt zich niet bij de meerderheid die tout court kiest voor een pragmatische opstelling. Zij meent dat de ideale opstelling ergens ligt tussen pragmatisme en formalisme.

‘Al te veel juridisch pragmatisme doet de kwaliteit van besturen geen goed en creëert uiteindelijk mogelijk een bepaalde mate van straatvechtersmentaliteit, al te veel juridisch formalisme en gebrek aan juridische creativiteit verlamt de besluitkracht van een organisatie en vervreemdt de juristen van hun omgeving.’³⁹

Iets zuiniger, maar toch ook niet honderd procent pragmatisch is de opstelling van Joustra: ‘Je mag je rechtsstatelijke principes niet uitverkopen, maar de weerbarstige praktijk vergt vaak balanceren.’⁴⁰

35 Roes 2007, p. 189/90.

36 Roes 2007, p. 211.

37 Dat is ook de kritiek op de genoemde balancing constitution van Posner, zoals die van Cole (2008). ‘How does Posner reach the conclusion that the Constitution would permit such an Orwellian scheme, far more invasive than the Bush administration, if it is to be believed, has been willing to undertake so far? In a word, balancing.’ In die woorden richt Cole zijn pijlen op Posners betoog.

38 Kraan 2005, p. 128.

39 Kraan 2005, p. 58.

40 Heukers 2011, p. 8.

4.2.3 Terughoudend met de beroepsethiek

Verwant met de opvatting dat het recht open, flexibel en relatief is en met de opvatting dat de overheidsjurist zich pragmatisch moet opstellen zijn de in deze paragraaf samengebrachte uitspraken die wijzen op terughoudendheid van de overheidsjurist met zijn beroepsethiek. Ik doel hierbij op terughoudendheid met dat deel van de beroepsethiek die wel wordt aangeduid als intern ideaal, dat voor de overheidsjurist kortweg neerkomt op rechtsstatelijkheid. De pragmatische houding impliceerde al een terughoudendheid, maar dan een die gericht is op de oplossing van de problemen waarover het in een gegeven situatie gaat. Terughoudendheid met de beroepsethiek betreft niet zozeer de sterke ambitie om het probleem op te lossen, maar de beperkte of onderdrukte ambitie om voor de rechtsstatelijkheid in actie te komen. In de *liberi amicorum* treffen we deze beperkte of onderdrukte ambitie ook wel in termen van bescheidenheid en als oproep om af te zien van moeilijk doen, van nee zeggen, van remmen; kortom: om niet moeilijk te doen met een beroep op (strikte) eisen van recht en rechtsstaat.

Schouten stelt dat de overheidsjurist niet zonder bescheidenheid kan en voegt hieraan toe: ‘omdat de term bescheiden wat te ingetogen klinkt, zal ik deze eigenschap hier maar “relativeringsvermogen” noemen.’⁴¹ Die bescheidenheid met het juridische, met het eigen juridische ideaal komt mogelijk voort uit de ervaring dat het moeilijk is om te refereren aan eisen van de rechtsstaat. Veerman noemt een voorval uit de overheidspraktijk waaruit blijkt dat de overheidsjurist die op recht en rechtsstatelijkheid wijst de kans loopt weggezet te worden. Een beschrijving van dit voorval is hem toegezonden. ‘Hij schrijft mij over een bijeenkomst die hij bijwoonde:

‘Zij willen allerlei soorten gegevens aan elkaar gaan koppelen. Ik merkte op dat er ook nog zoiets bestaat als een Wbp, maar dat werd weggezet als een obstakel dat later uit de weg geruimd moet worden. En er was wel iemand die dat kon omzeilen. Mijn stelling dat die wetgeving er toch niet voor niets is en die toch wel iets serieuzer zou moeten worden genomen dan als obstakel, vond weinig weerklank. Het hoofd zette me weg als principiële zeur en stelde dat dat soort discussies maar later gevoerd moesten worden.’⁴²

Het gaat hier om de terughoudendheid als jurist. Deze komt ook naar voren in de uiteenlopende omschrijvingen van de prioriteit die wordt gegeven aan ‘het beleid’. De overheidsjurist lijkt er dan goed aan te doen om eerder een beleidsgevoeligheid dan een juridische gevoeligheid te tonen. De overheidsjurist die het goed doet wanneer hij zo min mogelijk laat merken dat hij jurist is. Van Ginkel geeft aan dat hij het voor zijn werk als beleidsjurist op het

41 Kraan 2005, p. 166.

42 Heukers 2011, p. 139.

terrein van de verkeerswetgeving belangrijker vond zich op de beleidsinhoud dan op het recht te oriënteren. 'Zo vond ik als wetgevingsjurist het tijdschrift *Verkeerskunde* van groter belang dan *Verkeersrecht*.'⁴³ Teulings geeft aan dat het bestaansrecht van de overheidsjurist ligt in het meedoen aan de beleidsontwikkeling. Daar moet het accent van zijn werkzaamheden liggen, zo leerde hij van zijn oude leermeesters binnen het Rijk. 'Te verstaan werd gegeven aan de medewerkers dat het zwaartepunt lag in het conceptueel uitdenken van beleid (...).' Juridische analyses waren – indien sprake was van gebrek aan capaciteit – nog wel uit te besteden aan, bijvoorbeeld, de Landsadvocaat, maar dat geldt niet voor het werk van de jurist dat zich primair richt op het beleid.⁴⁴ Je moet je niet teveel als jurist willen onderscheiden, zo concludeert ook Olthoff: 'Aldus verdampt ook de regelmatig veronderstelde tegenstelling tussen de beleidsmedewerker en de jurist.'⁴⁵ Ook De Vries vindt dat: 'Op de keper beschouwd is het verschil tussen juridische en niet-juridische ambtenaren niet zo groot.'⁴⁶ Hij vindt de politieke aspecten van de inval in Irak belangrijker dan de juridische:

'Dat vind ik politiek, anno 2003 én anno 2010, veel belangrijker dan de volkenrechtelijke vraag, waarmee ik natuurlijk niet wil afdoen aan de juridische beschouwingen die mijn oud-collega's van BZ en Defensie aan hun ministers zonden.'⁴⁷

Al bij jonge overheidsjuristen lijkt de gerichtheid op politiek en beleid al groter dan die op het juridische. Florijn constateert:

'Jonge, net afgestudeerde juristen, zijn realisten en denken breed. Wetgeving is voor hen geen juridische exercitie. Als de Raad van State zich afficheert als de waakhond van de (juridische) kwaliteit van wetgeving, dan vinden zij dat prachtig, maar uiteindelijk telt het beleidsmatige of politieke resultaat.'⁴⁸

Hij wijst nog op een (rechtsrelativerend) gevolg van het feit dat 'in het wetgevingsproces (...) juridische argumenten vertaald moeten worden in politiek-bestuurlijke of economische redeneringen' om effect te sorteren. Hij noemt het voorbeeld van de Warmtewet waarbij terugwerkende kracht niet zozeer bezwaarlijk werd gevonden op grond van de juridische bezwaren daartegen (zoals strijd met het EVRM,) maar op grond van politiek-bestuurlijke bezwaren. Wanneer deze laatste bezwaren te relativieren zijn, bijvoorbeeld door wat meer geld of inspanning om uitvoeringsproblemen op te lossen, is daarmee – welis-

43 Kraan 2005, p. 21.

44 Kraan 2005, p. 189.

45 Kraan 2005, p. 202.

46 Linthorst 2010, p. 103.

47 Linthorst 2010, p. 101.

48 Linthorst 2010, p. 106.

waar impliciet – het juridische bezwaar ook gerelativeerd.⁴⁹ Het is overigens niet zo dat overheidsjuristen zich altijd benadeeld voelen door het geven van prioriteit aan beleid boven recht. Haije wijst erop dat juristen het vaak mooi vinden als hun functie ook veel niet juridische, politiek-bestuurlijke eisen stelt. 'Het Natura 2000-dossier heeft zich altijd in Hannekes warme belangstelling mogen verheugen, ongetwijfeld mede door zijn complexe, politiek-bestuurlijk gevoelige karakter.'⁵⁰

Terughoudendheid met de eigen beroepsethiek is ook aan de orde in de gevallen waarin overheidsjuristen aangeven geen enkele probleem te (mogen) hebben wanneer de bewindspersoon – in strijd met het desbetreffende juridisch advies – handelt in strijd met van toepassing zijnde rechtsnormen. Ybema stelt dat de jurist in zulke gevallen niet moet vinden dat de beslissing verkeerd was, maar dat de politiek slechts zijn eigen verantwoordelijkheid heeft genomen.⁵¹ Ook De Vries had er geen enkel probleem mee dat hij van zijn minister de opdracht kreeg om een wetsontwerp te maken dat volkomen in strijd was met het Europees recht. Hij had negatief geadviseerd. Maar toen de minister hem toch de opdracht verstrekke het wetsontwerp te maken, met in de memorie van toelichting – tegen beter weten in – een juridische redenering dat er geen strijd was met het Europees recht, ging hij daar moeiteloos mee aan de slag.

'Ik had geen moeite met deze werkwijze, tot verbazing van juristen van buiten de overheid, vooral uit de rechterlijke macht en de wetenschap. Ik heb een aantal keren wetten en beschikkingen moeten concipiëren die om juridische of beleidsmatige redenen niet mijn voorkeur hadden, maar de minister is de baas. In een dergelijk geval zag ik er vooral een uitdaging in er iets behoorlijks en werkbaars van te maken. De creativiteit die daarvoor nodig is, vind ik een van de grote charmes van het vak van overheidsjurist. Een jurist die met spanning tussen beleid, politiek en recht niet kan of wil leven – wat honorabel is – moet ermee ophouden.'⁵²

Terughoudendheid met de beroepsethiek van de overheidsjurist blijkt ook uit de teksten waarin de eigenschappen van de overheidsjurist secundair lijken of zelfs ongenoemd blijven. Het accent wordt regelmatig gelegd op het niet-juridische. Zoals door Lokin die aangeeft dat bij wetgeving de kernkwaliteiten doelmatigheid en uitvoerbaarheid zijn. Het wetgevingsbeleid van de laatste twintig jaar is 'meer technologiegedreven' gericht op verbetering van de uitvoering in 'plaats van slechts te wijzen op het belang van conformiteit met bijvoorbeeld de wetboeken, de Algemene wet bestuursrecht en de Aanwijzingen voor de regelgeving (...)'.⁵³

49 Linthorst 2010, p. 113.

50 Heukers 2011, p. 62.

51 Kraan 2005, p. 213.

52 Linthorst 2010, p. 104.

53 Roes 2007, p. 240 en 243.

Een uiting van de terughoudendheid is wellicht ook af te lezen aan het weglaten van juridische of rechtsstatelijke eisen en kwalificaties wanneer auteurs aangeven aan welke eisen of competenties overheidsjuristen zouden moeten voldoen. Het gaat dan om een 'buitengewoon elastische geest (en) die heel goed meedenken met het beleid'⁵⁴ of om het niet zijn van 'remmers-in-vaste-dienst'.⁵⁵ In de meeste gevallen blijven juridische en rechtsstatelijke noties ook onvermeld wanneer een rijtje van de belangrijkste eigenschappen of kwalificaties worden opgesomd. Integriteit en loyaliteit komen daar wel steeds in voor.⁵⁶

Ook over de terughoudendheid met de beroepsethiek zijn de auteurs niet eensluidend. Integendeel, er zijn nogal wat bijdragen waarin de overheidsjurist wordt geschetst als iemand die voet bij stuk houdt, die wel degelijk regelmatig 'nee' zegt of in elk geval wordt bepleit dat regelmatig te doen. Daarbij wordt ook regelmatig gewezen op het belang dat het overheidshandelen door de rechtsstatelijke beugel kan. Zo lijkt uit de bijdrage van Arkenbout af te lezen dat overheidsjuristen wel regelmatig zelfbewust zijn en aangeven dat een bepaald beleidsvoornemen juridisch niet kan. 'Velen van ons hebben (...) zelfbewust het dossier opgepakt, zijn de confrontatie aangegaan, en vertelden de ambtelijke en politieke leiding wat er niet en wel mogelijk was.'⁵⁷ Heukers stelt de volgende 'mooie missie voor wetgevende directies' voor:

'Het bevorderen op het betrokken departementale beleidsterrein van het functioneren van de rechtsstaat. Een belangrijk uitgangspunt daarbij is de zelfstandige betekenis van het recht in de samenleving. Het actief bijdragen dat bij het realiseren van de departementale missie wordt gehandeld in overeenstemming met het recht (...).'⁵⁸

Niessen neemt de stelling in dat het primaat van de politiek niet eens bestaat; wel het primaat van het recht.⁵⁹ 'Af en toe een heldenrol als neezegger spelen is prachtig, en ook zeer nodig,' constateert Kraan.⁶⁰ Ook Den Braber is allerm minst terughoudend over de rol van de overheidsjurist. Hij beschouwt deze jurist als 'de hoeder van de bureaucratie' die er dus voor moet waken dat de overheidstaak voldoet aan de 'ook vandaag de dag nog vereiste zorgvuldigheid, gelijke behandeling van burgers en rechtszekerheid.' En ofschoon de overheidsjurist niet 'voortdurend nee verkoopt met verwijzing naar de rechtsbeginselen' is het wel

54 Pluimakers in: Bierman 2006, p. 79.

55 Niessen in: Bierman 2006, p. 113.

56 Zie, bijvoorbeeld, bij Dijkstal in: Roes 2007, p. 59 en bij Heukers in: Roes 2007, p. 106. Zie ook de voorbeelden in paragraaf 4.4.5 waar loyaliteit centraal staat.

57 Roes 2007, 14.

58 Roes 2007, 106.

59 Roes 2007, 250.

60 Linthorst 2010, p. 94.

‘zaak dat bewindslieden geregeld worden tegengesproken. Gebeurt dit niet of te weinig, dan kan het gebeuren dat zij gaan denken dat zij altijd gelijk hebben. In hun eigen belang moet dat tot iedere prijs worden voorkomen.’⁶¹

Wat echter opvalt is dat alle auteurs die beweren dat de overheidsjurist zelfbewust is en regelmatig ‘nee’ zegt of dat in elk geval moet doen en moet zijn, niet meer als overheidsjurist werkzaam zijn. Het is niet duidelijk of de herinnering hier anders is dan de werkelijkheid was dan wel dat de overheidsjurist zich in het verleden minder terughoudend opstelde c.q. zich een minder terughoudende opstelling kon permitteren. Het is ook mogelijk dat in het verleden het woord en de daad minder overeenkwam. Dat men wel sprak in termen van rechtsstatelijkheid maar dat dit in de werkelijkheid ook niet zo veel invloed had. Een herinnering van Niessen wijst op dit laatste. Over zijn werk onder voormalig hoofd Constitutionele Zaken en Wetgeving, Gritter schreef hij:

‘Wij moesten van hem de democratische rechtsstaat hooghouden, vooral in het interdepartementale overleg. En wij hadden in dat overleg soms geen been om op te staan, en dan moesten wij van Henk Gritter dat been nog stijf houden ook!’⁶²

4.2.4 Loyaliteit en nog eens loyaliteit

Loyaliteit is (naast integriteit) de meest genoemde eigenschap van de overheidsjurist. In het algemeen doelen de auteurs dan op de loyaliteit jegens de minister. Over de opvatting van Kraan schrijft Hollenberg: ‘Loyaliteit was een van de meest onderschatte en een van de meest onderscheidende competenties voor zijn juristen.’⁶³ De meeste vertrekkende overheidsjuristen worden geprezen om hun loyaliteit. Niet in de laatste plaats door hun ministers.⁶⁴ Ook Brinkhorst wijst op het belang dat ‘de jurist zich aan de beleidsagenda van de bewindspersoon en ambtelijke top moet committeren’, maar voegt daar wel aan toe dat ‘beleidsmatig gerichte (top)ambtenaren zich (moeten) realiseren wat het betekent in de Nederlandse democratische rechtsstaat werkzaam te zijn.’⁶⁵

61 Heukers 2011, p. 24/5.

62 Roes 2007, p. 251.

63 Kraan 2005, p. 250.

64 Zie Dijkstal (Roes 2007, p. 59/60) en Opstelten (Roes 2007, p. 261) over de vertrekkende directeur Wetgeving Roes. Elders liet Opstelten blijken dat hier geen behoefte aan tegenpraak in het geding is. Zie hierover Van Lochem 2011b.

65 Linthorst 2010, p. 36. Let op het verschil tussen het moeten committeren van de overheidsjuristen en het zich moeten realiseren van de ‘beleidsmatig gerichte (top)ambtenaren’. Interessant is ook dat Brinkhorst hier de eerder wel vermelde bewindspersonen onvermeld laat.

Den Boer wijst erop dat deze loyaliteit niet betekent dat de ambtenaar het per definitie met zijn minister eens moet zijn – geen ‘subjectieve gezindheid van trouw’⁶⁶ – en dit ook zo moet uitdragen. Ook de ambtenaar is grondwettelijk beschermd bij het uiten van zijn mening. De wettelijke beperking waarmee in het bijzonder de ambtenaar rekening moet houden is dat met het innemen van een ander standpunt dan die van zijn minister een goede uitoefening van zijn functie en een goed functioneren van de overheidsdienst niet in de weg mag staan.⁶⁷ Van der Velden benadert de plicht tot loyaliteit van de overheidsjurist vanuit diens ambtseed of –belofte. Aangezien de ambtenaar hierbij zweert of belooft de Grondwet te zullen eerbiedigen, lijkt een opdracht van de minister om een wet te maken die kennelijk in strijd is met de Grondwet geen plicht tot uitvoering in het leven te roepen. Is hier inderdaad een uitzondering op de loyaliteitsplicht van de ambtenaar? Van der Velden ziet hier een dilemma, aangezien de eed of belofte weliswaar eerbiediging van de Grondwet belooft, maar ook trouw aan de Koning. Hij toont weerstand tegen de conclusie dat dit laatste een verplichting inhoudt toch de minister te volgen.

‘Of betekent voor de wetgevingsambtenaar de ambtseed of –belofte soms iets anders dan waarvan hierboven is uitgegaan en gaat de daarin als eerste genoemde loyaliteit, die aan de Koning, dus de regering, dus de minister, voor op die aan de Grondwet, dus de rechtsstaat en de daarin verankerde rechtsbeginselen? Hopelijk niet.’⁶⁸

De vereiste loyaliteit van de overheidsjurist wordt in de *liberi amicorum* meestal niet benaderd vanuit de Ambtenarenwet maar vanuit het leerstuk van de ministeriële verantwoordelijkheid. Visser beschouwt dit leerstuk als de staatsrechtelijke kern van onze parlementaire democratie.⁶⁹ Gedeeltelijk gaat het hier om de klassiek Weberiaanse aanname volgens welke de democratie niet kan functioneren zonder een zuiver rationele doorvoering van politieke besluiten door ambtenaren. Dat vergt allereerst loyaliteit in de zin van gehoorzaamheid. Daar hoort vanzelfsprekend ook bij de plicht van de ambtenaar om alle informatie te verschaffen waar politieke besluitvormers om vragen. Spaarzaam wordt genoemd een derde ambtelijke verplichting als onderdeel van de loyaliteit: het leveren van tegenspraak om te voorkomen dat de minister fouten maakt. Oud minister De Ruijter wijst erop dat de overheidsjurist niet alleen maar ‘la bouche du ministre’ moet zijn, niet om tegenspel te bieden bij de besluitvorming, maar om te voorkomen dat de minister blijft zitten met een juridisch onuitvoerbaar besluit.⁷⁰

66 Kraan 2005, p. 68.

67 De wettelijke bepaling waarop hier wordt gedoeld is artikel 125a van de Ambtenarenwet.

68 Roes 2007, p. 308.

69 Roes 2007, p. 337-342.

70 Kraan 2005, p. 12.

De meeste auteurs leggen het accent op de gehoorzaamheid van de overheidsjurist. Zoals Kraan al opmerkte: 'Loyaliteit, hoe vaak werd hier ten onrechte een dociele vertaling van gegeven.'⁷¹ Het beeld van dociliteit wordt ook opgeroepen door de herhaaldelijke verwijzing naar de woorden waarmee Van Agt destijds de overheidsjuristen typeerden, namelijk als 'zwoegers in het vooronder'.⁷² Hoewel een enkele maal is opgemerkt dat zijn loyaliteit voor de overheidsjurist in 'de eerste plaats' zou inhouden dat hij 'een zuiver en integer juridisch advies' moet geven⁷³ gaan de meeste auteurs ervan uit dat die loyaliteit juist betekent dat de overheidsjurist bereid moet zijn om 'zijn eigen stiel – het juridische – op gepaste momenten te relativeren'.⁷⁴ Ook Schouten concludeert dat loyaliteit van de jurist bescheidenheid vereist.

'Een tweede eigenschap die de overheidsjurist moet hebben is dat hij of zij loyaal moet zijn. Immers: het is de minister of staatssecretaris die beslist en de jurist moet loyaal de besluiten helpen uitvoeren, ook al knaagt het juridisch gevoel af en toe. Beleidsoverwegingen geven vaak de doorslag. Het juridische is een van de elementen. In zekere zin wordt van de jurist dan ook enige bescheidenheid verwacht.'⁷⁵

Het gaat, naar het oordeel van Van Ginkel, primair om dienstbaarheid:

'Sommigen menen dat de overheidsjuristen een bijzondere opdracht zouden bezitten om te waken over de democratische rechtsstaat. Ik ben echter van de traditionele school die de ministeriële verantwoordelijkheid centraal stelt met een dienstbare opstelling van ambtenaren.'

Hij is ook van mening dat de overheidsjurist niet primair jurist is, maar 'eerst en vooral ambtenaar'.⁷⁶ Diens persoonlijke standpunt doet er niet toe. Wiarda heeft ervaren dat 'een langdurige ambtelijke status deformeert tot een schouwen'.⁷⁷

Tot de bekend geworden uitspraken van voormalig directeur wetgeving, Roes, behoort deze: 'Excellentie, ik begeleid u tot de rand van het ravijn'.⁷⁸ Een vertaling zou kunnen zijn: loyaal tot het bittere eind. Overheidsjuristen

71 Geciteerd door Hollenberg in: Kraan 2005, p. 250.

72 Deze typering is uitgesproken door Van Agt, maar is afkomstig van zijn toenmalige raadgever Van Eijkern. Zijn bijdrage in de afscheidsbundel van J.M. Kan luidt ook 'De macht van de zwoegers in het vooronder'. Zie Kan, Van Maarseveen, Van Braam e.a. 1977, p. 39-48. De typering wordt nog regelmatig geciteerd, ook al heeft Verhey er met nadruk op gewezen dat deze volledig inadequaat is (geworden). Zie Verhey 2001.

73 Volgens Ybema, in Kraan 2005, p. 213.

74 Aldus Nijenhuis in: Kraan 2005, p. 107.

75 Kraan 2005, p. 166/7.

76 Kraan 2005, p. 20 en 21.

77 Roes 2006, p. 342.

78 Roes 2007, p. 342. Gerard Roes is inmiddels directeur-generaal Rechtspleging en Rechtshandhaving.

lijken weinig moeite te hebben met loyaliteit. Beijen prijst Bierman omdat die weinig moeite heeft met loyaliteit, ook op de momenten waarop vanuit politieke zijde onredelijke eisen worden gesteld. Beijen zelf had wel moeite om loyaal te blijven bij zich voordoende 'onmogelijke en ondoordachte opdrachten' zoals die voortkomend uit de motie-Van Aartsen.⁷⁹

'Het theoretisch juiste antwoord is natuurlijk dat een dergelijk ambtenaar de consequenties zichtbaar moet maken voor zijn eigen minister of staatssecretaris en dan moet afwachten hoe die daarop reageert. (...) Het is prettig om collega's als Hans Bierman te hebben die kunnen helpen om wat minder theoretische antwoorden op zulke vragen te vinden.'⁸⁰

Mogelijk zijn juristen nog loyaler, maar in het algemeen geldt volgens Niessen 'dat het overgrote deel van het ambtelijk apparaat zo loyaal is als de pest.'⁸¹ Omgekeerd is daarvan, volgens hem, geen sprake. Niessen noemt voorbeelden waarin bewindspersonen hun ambtenaren publiekelijk laten vallen, zoals bij het optreden van minister-president Balkenende naar aanleiding van de brand in het Catshuis.⁸² Ook Niessen benadrukt het belang van loyaliteit, maar meent dat hier sprake zou moeten zijn van een ruilsituatie. Tegenover de loyaliteit van de ambtenaar zou een goed werkgeverschap van de bewindspersoon moeten staan.⁸³ Ook Arkenbout gaat uit van een ruilsituatie in deze. Hij ziet het vertrouwen van de bewindspersoon 'in de professionaliteit van zijn ambtenaren' als voorwaarde voor loyaliteit.⁸⁴

4.2.5 Beperkte organisatiemacht

Waar de machts- of gezagspositie van de overheidsjuristen aan de orde komt schrijven de auteurs vrijwel steeds over beperkte macht zowel van de individuele overheidsjuristen als van de juridische directies. Een enkele maal gaat het ook over het departementale niveau, namelijk het geringe – in elk geval afnemende – aantal juristen binnen het departement of binnen de overheid in het algemeen.

Op het individuele niveau schrijft Dorst-Tatomir: 'de overheidsjurist (is) altijd ondergeschikt, zijn vak behoort bijna altijd tot een professionele minder-

79 Bedoeld is een motie van Van Aartsen, destijds leider van de VVD-fractie in de Tweede Kamer, waarin aan het Kabinet de opdracht werd gegeven om het aantal vergunningsstelsels en de bijbehorende administratieve lasten voor het bedrijfsleven uiterlijk 31 december 2006 (het jaar van indiening van de motie) te halveren.

80 Bierman 2006, p. 172.

81 Heukers 2011, p. 100.

82 Heukers 2011, p. 96/7.

83 Linthorst 2010, p. 164.

84 Roes 2007, p. 14.

heid in zijn werkomgeving.⁸⁵ Signalen van beperkte organisatiemacht gaan al decennia over de klacht dat juristen te laat worden ingeschakeld door beleidsambtenaren. Dat is bij RWS al niet anders, zo blijkt uit de bijdrage van Buursen: 'Het spanningsveld wordt echter pas goed voelbaar voor de RWS-jurist in zijn rol als adviseur. In deze rol hebben juristen vaak het gevoel, dat zij te laat bij een bepaalde zaak worden betrokken. Zeker bij technisch georiënteerde en op uitvoering gerichte organisatie geeft dat de jurist het gevoel van brandjes te moeten blussen. 'Waren we er maar eerder bij betrokken geweest, dan had het niet zover hoeven te komen', is een vaak gehoorde klacht.'⁸⁶ Regelmatig valt de omschrijving 'griffier van het beleid' als het om de positie van de overheidsjurist gaat.⁸⁷ Holthuis meent dat dit bij ministeries, met uitzondering van dat van Veiligheid en Justitie, meer regel dan uitzondering is.⁸⁸ De Bruin bevestigt dit in elk geval voor het toenmalige ministerie van Economisch Zaken: 'In alle jaren kwam het regelmatig voor dat WJZ te laat door het beleid werd ingeschakeld en de juristen de schone taak wachtte om wat krom is op het laatste nippertje nog zo veel mogelijk recht te trekken.'⁸⁹ Ook Florijn schrijft over de soms lastige relatie met beleidscollega's die 'je komen verblijden met een voorstel dat je, volgens hen, alleen nog maar even hoeft uit te schrijven in een regeling (...) ' en vraagt zich vervolgens af: 'Waarom accepteren wetgevingsjuristen bij ons lijdelijk dat zij een tamelijk ondergeschikte status hebben in de departementale praktijken rond wetgeving (...)?'⁹⁰

De – feitelijke of vermeende – dominantie van de beleidscollega's is mogelijk verklaarbaar uit het gegeven dat het beleid wel wordt gezien als de inhoudelijke vormgeving van de politieke wil en daarom deelt in het politieke primaat. Een andere verklaring is dat de beleidsdirecties wel werden beschouwd als de gebruiker van de juridische producten. In kwaliteitstermen is 'het' beleid dan al gauw de klant die bepalend is voor het kwaliteitsoordeel. Toen bij het toenmalige ministerie van Verkeer en Waterstaat het juridische kwaliteitsbeleid gestalte kreeg, zoals bij de introductie van het *liber amicorum* aan Karel Kraan aangegeven, kreeg 'het' beleid ook die functie. Juristen van de Hoofddirectie Juridische Zaken (HDJZ) ervoeren toen ook een plicht tot dienstbaarheid aan het beleid.

'HDJZ is een aantal jaren geleden ontstaan vanuit een behoefte de juridische kwaliteit van het ministerie van Verkeer en Waterstaat te versterken. Dat vereiste een bepaal-

85 Kraan 2005, p. 98.

86 Kraan 2005, p. 197.

87 Zoals Van der Flier, die de nodige depreciatie toont voor overheidsjuristen die zich als 'griffier van het beleid' opstellen. Zie: Linthorst 2010, p. 53, noot 3.

88 Roes 2007, p. 115.

89 Linthorst 2010, p. 40.

90 Heukers 2011, p. 50 en 53.

de instelling, waarbij, wellicht wat te ongenueanceerd gesteld, dienstbaarheid aan het beleid uitgangspunt was.⁹¹

Die dienstbaarheid aan het beleid was dus ook een opvatting van het juridisch management, maar houdt ook verband met de positionering van de juridische directie binnen een ministerie. In de eerste plaats is dat de positie van een stafdirectie, die naar haar aard ondersteunend is. In de tweede plaats is, zoals in hoofdstuk 3 al opgemerkt, de juridische functie georganiseerd op directie-niveau⁹² en de beleidsfunctie op het niveau van directoraat-generaal, op grond waarvan een dominantie vanuit het beleid ook voorstelbaar, zo niet vanzelfsprekend, is. Veerman wijst erop dat Thorbecke al vond dat de juridische functie, in elk geval die van wetgeving, op een hoger niveau zou moeten plaatsvinden.⁹³

Bij het toenmalige ministerie van LNV was de juridische directie geen staf-maar beleidsdirectie. Dat maakte de relatie met de beleidsdirecties geheel anders. Houtpolder ervoer het verschil. Bij LNV betekende het zijn van beleidsdirectie dat de wetgevingsjuristen de zaak in handen kregen zodra was besloten dat tot wetgeving zou worden overgegaan. Daarmee kwam ook een deel van de beleidsverantwoordelijkheid bij de juridische directie te liggen omdat wetgeving nu eenmaal ook – sommigen zouden zeggen: vooral – een beleidsproces is.

‘Het was (...) niet zelden de jurist die de beleidsvragen formuleerde en tot verdere besluitvorming bracht. Zoals ik bij andere departementen met een wat andere positie van de juridische directie, zag dat het soms de beleidsmedewerkers waren die de juridische vragen formuleerden. (...) En voor juristen die er de lol van in zagen, een prachtige invulling van hun rol, want of het nu ging om de bijstand van een bewindspersoon bij de verdediging van een wetsvoorstel in het parlement, of om de onderhandelingen met de belangenorganisaties over nieuwe regelgeving, of om de presentatie van de contouren van een wetsvoorstel in de gremia binnen het ministerie, je zat als jurist altijd eerste rang.’⁹⁴

Sorgdrager noemt, op basis van haar contacten vanuit het OM, de juridische directie van LNV ‘De ruggengraat van het departement.’⁹⁵ Voormalig secretaris-generaal Van der Zande beaamt dit, maar wijst evenals Sorgdrager naar de periode waarin bij LNV sprake was van een ‘oppermachtig juristenbolwerk’, volgens Van der Zande waarschijnlijk zo genoemd ‘omdat in de perioden Van Dinter en Joustra de juristen op LNV minstens zo machtig en invloedrijk

91 Aldus Smeets in: Kraan 2005, p. 207.

92 Bij het ministerie van Infrastructuur en Milieu, zoals gezegd, op het niveau van hoofddirectie.

93 Heukers 2011, p. 145. Thorbecke noemde de Raad van State en Fockema Andreae sprak over een speciaal ‘Bureau’. Veerman legt een relatie met de Engelse Parliamentary Counsel.

94 Heukers 2011, p. 90.

95 Heukers 2011, p. 114.

geworden waren als de landbouwingenieurs.⁹⁶ Van der Zande meent dat de oppermacht van het juristendom niet alleen verband hield met (de genoemde) personen, maar ook met het vermogen dat juristen, als kenners van het Europese recht, hadden om Brussel op de nodige afstand te houden. ‘Eminente juristen waren nodig om heel exact het paadje langs de grens van die Brusselse afgrond te markeren; ook als een krachtige countervailing power tegen het al te gemakkelijk willen “pleasen” van doelgroepen en parlement.’ Van der Zande vervolgt:

‘Waar en wanneer dat precies gebeurd is weet ik achteraf niet meer, maar ik ben de relatie tussen beleid en wetgeving volgens het LNV model steeds meer als een verworvenheid gaan zien. (...) Waar ik de juristen in mijn jonge jaren bij LNV nog zag als een (te) machtig bolwerk (die vooral neen verkochten), heb ik later onderzonden dat ze heel vaak gelijk hadden met het aangeven van wat niet kon en kan, maar dat je ook een beroep op ze kon doen om iets voor elkaar te krijgen en op te lossen.’

Bij de latere reorganisatie slaagde Heukers erin om haar directie als enige beleidsdirectie in stand te houden.

‘Als een Cerberus waakte ze over de kwaliteit en de centrale rol en inbreng van JZ in de beleidsprocessen. JZ als centrale en enige wetgevingsdirectie. Ze behield die invloedrijke positie van JZ overigens niet (meer) vanwege beschermende macht vanuit de top, maar vanwege de uitzonderlijk hoge kwaliteit, het commitment aan (het succes van) de beleidsprocessen en het respect dat kwaliteit nu eenmaal afdwingt.’

Het betekende dat de juridische directie hielp bij de totstandkoming van beleid, maar aan het eind van het proces nog een advies gaf over het eindproduct. Van der Zande verdedigt deze benadering aldus:

‘De rol van JZ verschilt in deze zin niet wezenlijk van die van FEZ of van de Politieke Adviseurs bij het Bureau Bestuursraad: enerzijds tijdens de rit meedenken en meehelpen, maar anderzijds een glashelder en onafhankelijk eindadvies op het eindproduct geven.’⁹⁷

Met de samenvoeging van de ministeries van Economische Zaken en dat van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij in het nieuwe ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie (EL&I), is een einde gekomen aan de juridische directie als beleidsdirectie. De directie Wetgeving en Juridische Zaken van EL&I is een stafdirectie.

96 Heukers 2011, p. 118.

97 Heukels 2011, p. 120.

Een element van de machtspositie van de juridische directie is die van de directeur zelf. Daarbij komen drie elementen van deze positie aan de orde in de publicaties. De eerste is de positie van de directeur om zich te bemoeien met de juridische kwaliteit van alles wat in het departement omgaat. Den Boer bevestigt de constatering van de Visitatiecommissie 2007 'dat een directeur Wetgeving op een ministerie niet over de bevoegdheden beschikt om een departementsbrede verantwoordelijkheid te dragen voor de algehele juridische kwaliteit.'⁹⁸ Een tweede element is de mogelijkheid c.q. de bevoegdheid van de directeur om zich rechtstreeks te richten tot de bewindspersoon in kwestie. Het kan hier gaan om het lidmaatschap van de ministerstaf of over het rechtstreeks aan de minister sturen van nota of advies. Vanzelfsprekend is dit kennelijk niet. De Vries wijst op het belang hiervan.

'Onmisbaar is echter dat belangrijke juridische punten ongefilterd de bewindslieden bereiken, vergezeld van alternatieven (tenzij die er echt niet zijn, bijvoorbeeld wegens strijd met het EU-recht). (...) Omdat in de hoogste overleggremia van de departementen vaak richtinggevende keuzes worden gemaakt, vind ik het pleidooi van de commissie-Hoekstra dat juridische directeuren daar lid van zijn alleszins begrijpelijk.'⁹⁹

Ook oud-minister Brinkhorst geeft aan dat deze positie voor de directeur in de praktijk niet eenvoudig te verwerven is, zelfs wanneer de minister dit van belang vindt.

'Het bewaken van de juridische inbreng en kwaliteit in het beleidsproces en het duidelijk beleggen van de verantwoordelijkheid voor de juridische functie verdienen dus meer structureel aandacht. (...) In mijn tijd als minister heb ik vaak moeten bevechten dat WJZ in de gelegenheid werd gesteld om zelfstandig adviezen aan de bewindspersonen uit te brengen. Gebruik was, zoals ook op de meeste andere departementen, dat het advies van de juridische stafdirectie werd 'meegenomen' in het algemeen advies dat door de betreffende beleidsdirectie werd aangeboden. Daardoor kregen juridische beschouwingen niet altijd de aandacht die zij bij de uiteindelijke politieke beleidsafweging verdienen. De gang van zaken rond het Iraq dossier, waarover de Commissie Davids vorige maand rapporteerde, is voor die tendens niet alleen het meest recente, maar ook het meest pregnante voorbeeld. Zelfs wanneer een minister uiteindelijk een juridisch advies terzijde schuift, behoort hij of zij wel kennis te hebben van de visie van de juridische dienst. Het getuigt van grote nalatigheid wanneer een ambtelijke top een juridisch advies eenvoudig naast zich neerlegt. Wat mij betreft is dat een 'ambtelijk vergrijp' waar een zware sanctie op zijn plaats is. Mijn omgeving wist dat ik er zo over dacht en het heeft bij EZ destijds tot een cultuurverandering geleid. Misschien heeft mijn tijd als minister van LNV daartoe bijgedragen. Op dat ministerie is de directie juridische zaken geen stafdirectie, maar een beleidsdirectie, met bovendien een sterke Euro-

⁹⁸ Roes 2007, p. 23.

⁹⁹ Roes 2007, p. 348.

peesrechtelijke oriëntatie. Beleidsmakers vinden juristen vaak ongemakkelijk en die tendens is de laatste jaren niet minder geworden. Ook in de Tweede Kamer is dit het geval, zeker nu er onder de parlementsleden bijna geen juristen zijn.¹⁰⁰

Deze laatste constatering, over het gebrek aan juristen, komen we ook tegen waar het om de departementale leiding gaat.

Wat ten slotte de machtspositie van overheidsjuristen raakt is de inschakeling van andere juristen, vooral wanneer deze meer indruk maken. 'Helaas is het echter nog altijd zo dat een advies van het eigen juridisch apparaat pas aan waarde wint als een externe adviseur met een markante naam hetzelfde advies in een indrukwekkend ogend rapport neerlegt en aan de ambtelijke top presenteert.' Aldus Van Dorst-Totamir die hieraan toevoegt dat de overheidsjurist zelf dit soms wel in de hand werkt:

'Als een ander de netelige kwestie kan behandelen en dat ook door de omgeving op prijs wordt gesteld en aangemoedigd, waarom zou je dan zelf je vingers branden? Dat hierdoor in de loop der jaren ook het zelfvertrouwen ongemerkt wordt aangetast, wordt veelal niet onderkend.'¹⁰¹

Zo'n juridische adviseur met markante naam is vaak (een advocaat van) het bureau van de Landsadvocaat. Hij wordt niet alleen ingeschakeld als noodzakelijke procesvertegenwoordiger, maar ook omdat de minister het vraagt of wanneer het spannend wordt.¹⁰² De Landsadvocaat Houtzagers geeft daar zelf in de *liberi amicorum*, waaraan hij vaak een bijdrage levert, zo nu en dan informatie over. Zo belde voormalig directeur Linthorst hem onmiddellijk toen zijn minister Jorritsma in zwaar weer terecht was gekomen door een aangekondigde publicatie in het *Algemeen Dagblad*, waarin zij werd beschuldigd van belangenverstrengeling. De minister weet zich onmiddellijk gedekt en benut dat openlijk met een snelle reactie die op de dag van verschijning van het beschuldigende artikel nog kon worden geplaatst: 'Jorritsma zegt dat ze haar handelwijze met de landsadvocaat heeft besproken. Hij kwam volgens haar tot de conclusie dat ze 'conform de voorschriften' heeft gehandeld.'¹⁰³ Aardig is dat uit het artikel van Houtzagers – impliciet – blijkt dat de landsadvocaat wel was ingeschakeld, maar nog niet aan deze conclusie toe was en bovendien dat een dergelijk voortijdig commitment bij hem kennelijk geen bezwaar opriep.

100 Linthorst 2010, p. 36/7.

101 Kraan 2005, p. 102.

102 Die spanning kan ontstaan omdat het de politieke agenda gaat belasten of omdat de gevolgen groot lijken te worden. Ook wordt de Landsadvocaat wel ingeschakeld bij interdepartementale spanningen.

103 Linthorst 2010, p. 70.

4.2.6 Conclusie uit *liberi amicorum*

Bevatten de uitspraken van de overheidsjuristen over hun beroepsopvatting en machtspositie indicaties van rechtsrelativering als handelingspraktijk? Het antwoord op die vraag is dat rechtsrelativering waarschijnlijker is naarmate de machtspositie van de overheidsjurist minder is, de beroepsopvatting als jurist c.q. de rechtsvisie meer embedded en de beroepsopvatting als ambtenaar c.q. de positiebepaling als professional meer gehoorzaam (loyalty-loyalty) is. In het eerder gehanteerde analyseschema is de dominantie van de bewindspersoon aangegeven. Wanneer ik daarvoor in de plaats de machtspositie van de overheidsjurist invoeg ziet het schema, voor zover in dit kader relevant, er aldus uit:

<i>Mate van relativering</i>	<i>Machtspositie Overheidsjurist</i>	<i>Beroepsopvatting overheidsjurist?</i>	
		<i>Als jurist</i>	<i>Als professional</i>
++	Zwak	Embedded	Gehoorzaam
+	Beperkt	Risicoanalyse	Meedenken
-	Stevig	Instrumenteel	Interne kritiek
--	Sterk	Autonoom	Verzet

Uit de in paragraaf 4.2.5 samengevatte uitspraken blijken de overheidsjuristen hun machtspositie in de organisatie beperkt of zelfs zwak te vinden. Zij ervaren niet alleen een machtsverschil in het eigen nadeel ten opzichte van de bewindspersonen en van de departementsleiding, maar ook in verhouding tot de beleidscollega's. De gepercipieerde machtspositie wordt door de auteurs getypeerd in termen van 'ondergeschikt' en 'dienend'. Schrijvers die (bij LNV) ervaring opdeden met de juridische directie als beleidsdirectie rapporteren dat daar geen sprake was van een beperktere machtspositie ten opzichte van de beleidsambtenaren. Intussen komt die status (van beleidsdirectie) van de juridische directie niet meer voor. Overigens zat de directeur Juridische Zaken van het ministerie van LNV niet in de ministerstaf.¹⁰⁴ Dat element van de positie van de juridische directeur is per departement verschillend. Wat daarbij wel in de meeste gevallen voorkomt is de wisselende positie. Vaak blijkt de directeur op een schopstoel te zitten. Van tijd tot tijd verliest de directeur Wetgeving en Juridische Zaken zijn stoel in de ministerstaf en ook de bevoegdheid zich rechtstreeks – zonder tussenkomst van de departementale leiding – tot de minister te wenden. Van een stevige positie is ook hier dus allerm minst

¹⁰⁴ Niet meer, sinds de Visserij-fraude. Zie Van der Kroon 1994.

sprake. Ook de regelmatige inschakeling van externe juristen en de veronderstelde meerwaarde van hun juridische advisering lijkt de positie van overheidsjuristen niet te versterken.

In de *liberi amicorum* schrijven de overheidsjuristen (en enkele verwanten) veel over hun beroepsopvatting als jurist. Zij relativiseren zo nu en dan de betekenis van het recht, dat in hun ogen allerm minst autonoom staat ten opzichte van de politiek. Herhaaldelijk wordt de flexibiliteit van het recht genoemd en zelfs dat je met recht alles kunt. Dit betekent in elk geval dat, in deze rechtsvisie, er inhoudelijk weinig of geen juridische beletselen zijn voor enig beleidsvoornemen; dat er althans steeds juridische argumenten zijn om deze beletselen weer weg te redeneren. Mocht de overheidsjurist al de professionele ambitie hebben om zich kritisch op te stellen tegenover beleidsvoornemens dan zal het recht hem daar niet toe dwingen. Daarbij komt de opvatting van de overheidsjurist dat je met eventuele kritiek terughoudend moet omgaan. Dit alles betekent overigens niet dat het recht geen rol meer speelt naar het oordeel van de overheidsjurist. De auteurs tonen geen twijfel over het belang om binnen het gegeven politieke beleidsvoornemen voor een passende en optimale regeling te zorgen. Dit nu past in de opvatting dat het recht niet wordt ingezet als normkader bij toetsing van het politieke voornemen of handelen en staat tegenover de politiek, maar dienend is aan en onderdeel is van de politiek. Dit laatste is uitgedrukt in de term *embedded*.

Sluit de in paragraaf 4.2.2 verwoorde voorkeur voor pragmatisch afwegen hierbij aan? Dat is afhankelijk van de betekenis die de auteurs hieraan geven. Duidelijk is dat niet altijd. Wordt hier bedoeld op dat wat ik eerder aanduidde als strategische afweging (par. 2.3.3), waarbij het ging om een afweging op grond van opportunistische motieven, gericht op het voorkomen van oponthoud in het procesverloop? Of gaat het hier om dat wat Posner aanduidde met de term *balancing*, waarbij overheidshandelen in strijd met het recht gerechtvaardigd kan zijn op grond van een evenwichtige afweging tussen normschending en het belang dat met die normschending wordt gediend. Dit laatste kan wijzen op een serieuze rechtvaardiging die weliswaar juridisch ontoereikend is, maar die geen rechtsrelativering kan worden genoemd. Eigenlijk zit het verschil hier in de vraag of het afwegen opgevat wordt als even praktisch regelen of als het balanceren op het scherpst van de snede. Ofschoon enkele schrijvers spreken in die praktische termen richten de meeste statements op dit punt zich toch op 'balancing', zoals we zien bij Nas, die zoekt naar een evenwicht tussen juridische en politieke rationaliteit.

Over loyaliteit als element van de beroepshouding zijn de auteurs het wel eens. Vermoedelijk denken de auteurs hier niet zozeer vanuit de eerdergenoemde beperkte organisatiemacht van de overheidsjurist op grond waarvan deze zich wel gehoorzaam zou moeten opstellen. De loyaliteit als belangrijk element van het beroepsbeeld lijkt meer een duidelijk keuze die voortkomt uit een Weberiaans perspectief op grond waarvan de democratie alleen kan slagen als de politieke wilsuitingen zo nauwkeurig mogelijk door de ambtelijke dienst

worden uitgevoerd en uit de geïnternaliseerde leer van de ministeriële verantwoordelijkheid volgens welke de ambtenaren het ministeriële handelen zo vorm geven dat de verantwoording ervan aan het parlement geen politieke problemen voor de minister zal opleveren. Eerder, in hoofdstuk 1, heb ik gewezen op ruime opvattingen over ambtelijke loyaliteit waarbij die loyaliteit zich niet (slechts) richt op de minister, maar op het algemeen belang (Hoekstra) of op de democratische rechtsstaat (Peters). De auteurs in de *liberi amicorum* richten de loyaliteit steeds op alleen de minister. Daarbij ligt de nadruk van de loyaliteit op het handelen in de lijn van de minister en op de gehoorzaamheid aan de minister. De opvatting dat loyaliteit ook tegenspraak inhoudt – een opvatting die met nadruk is bepleit door Visser – wordt door de auteurs nergens expliciet gedeeld. Er lijkt een algemeen gedeeld beeld van de overheidsjurist als loyaal adviseur van de minister. Een enkeling is van mening dat het iets meer moet zijn dan het adviseurschap. Dat meerdere betreft dan een eigen verantwoordelijkheid voor de rechtsstatelijkheid van het ministeriële handelen, wat kan betekenen dat de overheidsjurist het er niet bij laat zitten als zijn advies in eerste instantie niet wordt overgenomen. Wel valt op dat dit laatste, ruimere standpunt, alleen wordt ingenomen door de auteurs die het beroep van overheidsjurist intussen niet meer uitoefenen.

Afgezien van een mogelijke twijfel bij het aspect ‘pragmatisch afwegen’ komt uit de statements van de auteurs over de beroepsopvatting en positie in de organisatie een perceptie van de eigen machtspositie en een beroepsbeeld van de overheidsjurist naar voren dat voldoet aan de voorwaarden waaronder rechtsrelativering waarschijnlijk is. Met gebruikmaking van het eerdere schema kan de relatie tussen beroepsopvatting en rechtsrelativering als volgt worden weergegeven.

<i>Mate van relativering</i>	<i>Machtspositie Overheidsjurist</i>	<i>Beroepsopvatting overheidsjurist?</i>	
		<i>Als jurist</i>	<i>Als professional</i>
++	Zwak	Embedded	Gehoorzaam
+	Beperkt	Risicoanalyse	Meedenken
-	Stevig	Instrumenteel	Interne kritiek
--	Sterk	Autonoom	Verzet

4.3 INTERVIEWS MET DIRECTEUREN JURIDISCHE ZAKEN

4.3.1 Inleiding

Om de conclusie uit de voorafgaande paragraaf dat het zich meer dan incidenteel voordoen van rechtsrelativering waarschijnlijk is, nader te toetsen heb ik alle directeuren van de centrale juridische directies op de ministeries geïnterviewd. In de mate waarin zij de onder hun verantwoordelijke juristen representeren vormen hun uitspraken gezamenlijk een goede representatie van de opvattingen van overheidsjuristen bij de rijksoverheid. Van een representatie in methodologisch opzicht is in die zin geen sprake dat de directeuren niet kunnen worden beschouwd als een steekproef uit de populatie overheidsjuristen. Het gaat hier vooral ook om een kwalitatieve representatie die voor het onderwerp van deze studie in het bijzonder relevant is. De directeuren hebben zelf vaak een langdurige ervaring als overheidsjurist. De daarbij verworven expertise onderhouden zij omdat zij zelf gewoonlijk moeten optreden als eerste adviseur van de departementale leiding. Bovendien is de afstand tussen de directeuren en 'hun' overheidsjuristen relatief klein, bijvoorbeeld vergeleken met uitvoeringsorganisaties die overigens in omvang veel groter zijn.¹⁰⁵ Afgezien van de relatief geringe omvang van de juridische directies – variërend van 25 tot ruim 100 juristen – wordt de geringe afstand tussen directeur en medewerkers hier ook bevorderd door de gezamenlijke huisvesting en het relatief geringe functieniveauverschil tussen de overheidsjuristen en hun directeur.¹⁰⁶ Ook al hebben overheidsjuristen onder hun leiding zelf ook wel eens – een deel van hen zelfs regelmatig – rechtstreeks contact met de bewindspersoon, toch treden directeuren ook vaak op als intermediair en spelen gewoonlijk een rol in de gevallen waarin lastige afwegingen aan de orde zijn. Ofschoon de directeuren ook proces- en strategiegericht sturen hebben zij dus ook een inhoudelijk overzicht van wat er omgaat.

In termen van onderzoek heb ik met het interviewen van de directeuren alle leden van een voor mijn onderwerp relevante populatie kunnen raadplegen.¹⁰⁷ Niettemin is hier vanuit een methodologische invalshoek ook een

105 De politieorganisatie is daarvan een klassiek voorbeeld, opvallend mooi beschreven in de klassieker van Reus-Ianni (1983). Het is overigens geen Amerikaans verschijnsel. In Nederland is de uitspraak die oud korpschef Hessing ooit deed, dat de overeenkomst tussen wat de korpsleiding wil en in de praktijk gebeurt louter toeval is, eindeloos herhaald.

106 In salarisschalen uitgedrukt is het verschil maximaal zes (BBRA-)schalen. Een aantal senior overheidsjuristen verschillen niet meer dan één schaal met hun directeur; in een enkel geval is de schaal zelfs gelijk aan die van de directeur.

107 Na de samenvoeging van de ministeries van EZ en LNV in dat van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie (EL&I) en de ministeries van VenW en VROM in dat van Infrastructuur en Milieu (IenM) is het aantal ministeries op elf gekomen. Vóór deze fusies – in 2009 – sprak ik met de directeuren van de 'oude' ministeries. De weergave in dit hoofdstuk is gebaseerd op de latere gesprekken met negen directeuren van de tien departementen. Het ministerie van Algemene Zaken kent geen directie Juridische Zaken. Ik interviewde in dit

beperking te noemen. In het algemeen is de beperking van deze vorm van kwalitatief onderzoek dat de opvattingen van de respondenten gekleurd zijn door hun specifieke ervaring en positie. Daarbij komt dat mijn object van onderzoek, rechtsrelativering, niet slechts feitelijke, maar vooral ook normatieve connotaties heeft. Ook al wordt het begrip niet regelmatig gehanteerd, roept het onmiddellijk de voorstelling op van ongewenst handelen. Van directeuren mag enerzijds de nodige afstand van het dagelijkse werk worden verwacht – zoals gezegd is deze niet bijzonder groot – maar juist omdat zij een algemene verantwoordelijkheid dragen is een bepaalde mate van defensiviteit of zelfs een neiging tot ontkenning voorstelbaar. Ik heb geprobeerd deze bias zo klein mogelijk te houden door (a) aan het begin van het interview zelf een neutrale opstelling te kiezen bij het introduceren van het thema rechtsrelativering, (b) te wijzen op mijn casus- en publicatieanalyse waaruit blijkt dat rechtsrelativering voorkomt, vermoedelijk meer dan incidenteel, (c) hen te vragen naar voorbeelden of deze zelf naar voren te brengen om zoveel als mogelijk ‘bij de feiten’ te blijven. Dat ik de geïnterviewden al kende heeft bijgedragen aan de ontspannenheid en openheid van de gesprekken. Om het bekend zijn met elkaar niet te laten leiden tot een te informeel en op de persoon gericht interview heb ik deze interviews tevoren gestructureerd, wat ook van belang was voor het kunnen construeren van een totaalbeeld.

De structuur van de half open interviews wordt gevormd door de keuze van thema's en hoofdvragen die ik in elk interview aan de orde heb gesteld. De thema's zijn ontleend aan het eerder gehanteerde analyseschema. Het zijn relativering, dominantie bewindspersoon en beroepsopvatting. De hoofdvragen daarbij zijnde volgende: (1) Is rechtsrelativering een herkenbaar en relevant begrip in de overheidsorganisatie en neemt het vóórkomen ervan toe? (2) Hoe wordt het spel gespeeld tussen bewindspersoon en overheidsjurist en maakt de wijze waarop dit verloopt het vóórkomen van rechtsrelativering als handelingspraktijk waarschijnlijk? (3) Is rechtsrelativering als handelingspraktijk waarschijnlijk gelet op de rechtsopvatting, in het bijzonder de rechtsvisie en positionering, van de overheidsjuristen? In de volgende drie paragrafen (4.3.2-4.3.4) ga ik in op de reacties van de directeuren op deze hoofdvragen. Ondanks de eerder gebleken terughoudendheid heb ik in deze interviews toch weer gevraagd naar mogelijke relevante casus. In paragraaf 4.4 vermeld ik de genoemde voorbeelden en werk er enkele wat nader uit. Het zijn dus casus die mijn gesprekspartners relevant leken gelet op het onderwerp rechtsrelativering, wat niet hetzelfde hoeft te zijn als casus waar sprake is van rechtsrelativering. De meesten noemden overigens casus die aan andere ministeries speelden of hadden gespeeld.

Zoals ik zal aangeven in de volgende paragrafen bestaan onderlinge verschillen van visie tussen de juridisch directeuren. Die verschillen lijken

kader de plaatsvervangend secretaris-generaal, die ook regelmatig deelneemt aan inter-departementale vergaderingen van juridische directeuren. Kortom: n = 10.

vooral verklaarbaar door het verschil tussen de departementen en tussen de werkervaring van de directeur. Zo hebben de ministeries van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en dat van Veiligheid en Justitie een rijksbrede verantwoordelijkheid op juridisch terrein, namelijk voor constitutionele zaken respectievelijk voor wetgevingskwaliteit. Een ander verschil is de mate waarin ministeries te maken hebben met 'hogere' recht. Het Europese recht, bijvoorbeeld, is op het terrein van het onderwijs minder dominant dan op terreinen als infrastructuur, milieu en landbouw. Juridisch directeurs die voorafgaande ervaring hebben als directeur van een beleidsdirectie hebben waarschijnlijk een andere opvatting over de relatie beleid en recht dan hun collega's van wie hun loopbaan zich geheel op het juridische terrein afspeelde.

Ik ga in de volgende paragrafen niet nader in op de verklaring van dit onderlinge verschil in opvatting omdat dit buiten het doel van mijn analyse valt. Overigens heb ik meer overeenkomsten dan verschillen aangetroffen en is het aannemelijk dat de onderlinge verschillen in de loop van de tijd zijn afgenomen en verder zullen afnemen als gevolg van een toenemende interdepartementale samenwerking. Enkele gesprekspartners met een lange staat van dienst vertelden mij over de vroegere situatie waarin de juridisch directeurs zich opstelden als autonome autoriteiten die ten opzichte van elkaar vooral de eigen opvatting en het eigen departementale belang verdedigden.¹⁰⁸ Geleidelijk aan is de samenwerking toegenomen en de houding meer collegiaal. De directeurs Wetgeving en Juridische zaken ontmoeten elkaar frequent, zoals in de Interdepartementale Coördinatie Commissie Wetgeving (ICCW) en het meer informele Juridisch Interdepartementale Directeuren Overleg (JIDO). Daarnaast treffen zij elkaar ook in tal van begeleidingscommissies, zoals die van tijdelijke bijzondere programma's of projecten zoals het programma Versterking juridische functie rijk en in die van instituten als de Academie voor Wetgeving, de Academie voor Overheidsjuristen en het Kenniscentrum Wetgeving of in die van de Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid en van de vereniging JuristenRijk.

4.3.2 Relativering

Het eerste deel van de interviews ging over de vraag of het begrip rechtsrelativering relevant is om de interne gang van zaken binnen de overheid nader te leren kennen. Daarbij was steeds de herkenbaarheid van rechtsrelativering aan de orde en de vraag of hier ook sprake is van een trend.

108 Om twee klassieke voorbeelden te noemen: het ministerie van Justitie en dat van Binnenlandse Zaken over een centrale versus een decentrale politieorganisatie of het ministerie van Verkeer en Waterstaat en dat van Volkshuisvesting, Ruimte Ordening en Milieu over mobiliteit versus milieu.

Het begrip rechtsrelativering blijkt niet een gehanteerd begrip, maar wordt door vrijwel alle juridische directeuren als een sprekend en een goed gekozen begrip ervaren. Sprekend, omdat het begrip verwijst naar een werkelijkheid die voor vrijwel allen 'volledig' of goed herkenbaar is. 'Dit is eigenlijk het dieper liggende onderwerp waarmee we steeds bezig zijn in onze interdepartementale overlegcircuits', zo formuleerde een van de directeuren. In de praktijk blijkt dat de beperkte betekenis van het recht inderdaad verder gaat dan de afweging ervan met andere normatieve kaders. Mijn gesprekspartners spraken van het regelmatig negeren van hun juridische *caveats*, ook waar het 'hoger' recht – vooral Europees recht – betreft. 'Soms lijkt het alsof het gaat om de afweging van rationaliteiten,¹⁰⁹ (...) maar je wacht regelmatig tevergeefs op het moment waarop de juridische rationaliteit aan de orde komt.'

De meeste directeuren zien wel een trend en ervaren rechtsrelativering als een 'superactueel' fenomeen. Die trend wordt soms nog gefaseerd aangegeven, bijvoorbeeld in de duiding

'van de tijd waarin de rechtsstaat van hogere orde was dan andere overwegingen, zoals economisch, bedrijfsmatig en dergelijke, vervolgens naar het rechtsstatelijke als onderdeel van een afweging en uiteindelijk naar een mindere betekenis van het rechtsstatelijke bij de afweging'.

De directeuren ervaren dat zijzelf (soms) ook minder belang hechten aan het recht. Je gaat minder tegen het recht opkijken als je ziet hoe het soms tot stand komt. Een van hen spreekt van recht als niet meer dan 'een tijdgebonden regeltje' en 'een poging die op een bepaald moment is ondernomen om iets op te lossen.' Sommige directeuren merken op dat zij zichzelf wel medeverantwoordelijk achten voor een rechtsrelativerende ontwikkeling. 'Wij zijn dominant instrumenteel geworden en de vraag is waar het recht nog een eigen missie heeft', zo verwoordt een directeur. Uit deze opinie blijkt al dat de meeste directeuren het gedrag van hun bewindslieden op dit punt niet met gevoelens van afkeuring of zelfs verwijt tegemoet treden. Het kwade geweten gaat bij hen niet onmiddellijk opspelen wanneer rechtsrelativering zich aandient. Hun belangstelling voor dit probleem lijkt vooral ingegeven door de onzekerheid bij het bepalen van de grens. 'Regelmatig hoor ik dat stemmetje in mijn achterhoofd met de vraag of het nog wel kan. Ik zou eigenlijk niet kunnen zeggen waar dan de grens ligt om niet in Amerikaanse toestanden¹¹⁰ terecht te komen.' Voor de juridische directeuren wordt het pas problematisch wanneer het gedrag van bewindslieden in kwesties als deze als confronterend of zelfs denigrerend wordt ervaren. Dergelijk gedrag komt wel voor, maar behoort vrijwel nooit tot de normale gang van zaken. Slechts in enkele gesprek-

109 Verwijzend naar de eerdergenoemde terminologie van Snellen.

110 Gedoeld werd hier op de memoranda van Amerikaanse overheidsjuristen die een juridische legitimatie boden voor het martelen van gevangenen. In hoofdstuk 3 kwam dit al ter sprake.

ken kwamen hiervan voorbeelden op tafel, zoals het voorbeeld van de bewindspersoon die regelmatig opmerkt: 'Als je zegt dat het niet kan, doe ik het juist.'

Er blijkt wel het nodige verschil in de mate waarin juridisch directeurs rechtsrelativering signaleren en problematiseren. Dat verschil is niet zo eenvoudig te verklaren.¹¹¹ Opvallend is het verschil tussen de voormalige ministeries van LNV en die van VROM. Op grond van de gesprekken met de betrokken directeurs, maar ook van de door andere directeurs gegeven percepties lijkt rechtsrelativering bij LNV een onbekend en bij VROM een overbekend verschijnsel. Als mogelijk verklaring voor die verschillen kan aan uiteenlopende factoren worden gedacht. Te denken valt aan het verschil in normconformiteit als cultuurelement van de doelgroep. De agrariërs bieden vermoedelijk minder verzet wanneer wetten in de weg staan dan de milieubeschermdende organisaties. Een ander verklarend verschil kan worden gezocht in de politieke kleur van de bewindspersonen. LNV heeft vaak een bewindspersoon van CDA-huize, die van VROM van PvdA-huize. In het eerste hoofdstuk wees ik al op het verschil in juridische gevoeligheid van deze beide partijen. Op het ministerie van VROM is de macht van juristen gering; onder de bewindslieden en de politieke leiding treft men vrijwel geen juristen. Dat is bij het ministerie van LNV anders. De loopbaan overheidsjurist – directeur juridische zaken – secretaris-generaal kwam meermalen voor. Ook de loopbaan van overheidsjurist naar de positie van bewindspersoon op enig ministerie was bij LNV bepaald niet uitzonderlijk.¹¹² Aan het einde van de vorige eeuw werd de juristenmacht – ook de juristenhaat – bij dit ministerie een publiek onderwerp, onder meer door de publicatie van Oscar van der Kroon waarin deze de crises aan het ministerie in kaart brengt.¹¹³ Nader onderzoek is nodig om erachter te komen welke factoren relevant zijn voor de verklaring van het verschil in perceptie van rechtsrelativering. Directeurs wijzen ook op de mate van dringendheid van het voorgenomen beleid – de voornemens in het Regeerakkoord zijn gewoonlijk 'in beton gegoten' en ook de kwetsbaarheid van de bewindspersoon is bepalend voor de vraag of juridische overwegingen een kans krijgen of zelfs maar ter tafel gebracht kunnen worden.

Dat mijn gesprekspartners het begrip rechtsrelativering herkenbaar, relevant of zelfs inspirerend vonden neemt niet weg dat zij ook nuancerende, in een

111 Elders ben ik wat nader ingegaan op het verschil in de mate waarin overheidsjuristen spanning tussen beleid en recht rapporteren. Zie Van Lochem en Florijn 2008.

112 Dit geldt onder meer voor Marijnen, Lardinois, Samkalden en Van Agt.

113 Van der Kroon (1994) schrijft: 'Doordat de top uit vrijwel uitsluitend juristen bestaat, komt het beleid niet verder dan het opstapelen van regels op regels.' Volgens Van der Kroon werden deze juristen 'de zeef'. Ook voor kamerleden dit met voorstellen voor aanpassingen in het beleid kwamen. Ze kregen direct een 'karrenvracht' aan juridische bezwaren aange-reikt. En datzelfde overkwam de landbouworganisaties. Zelfs de minister werd op die manier vaak onkundig gehouden van tal van (visserij)kwesties.' Van der Kroon 1994, p. 192-196.

enkel geval ook ontkennende, reacties gaven. De nuanceringsen waren vooral gericht op de soms moeilijke herkenbaarheid van rechtsrelativering in de praktijk. De moeilijkheid is dan dat politieke stellingnamen soms verholde juridische stellingnamen zijn en dat, andersom, juridische beweringen soms de functie hebben om de politieke bewering te verhullen. Zo lijkt geen sprake te zijn van rechtsrelativering wanneer een bewindspersoon zich beroept op juridische overwegingen die zijn beleidsvoornemen steunen. In de casus over de militaire inval in Irak gaf ik aan dat de bewindspersonen er niet voor kozen om te zeggen dat zij zich niet wilden voegen in het gezelschap waar Rusland en China deel van uitmaakten en tegen dat van de VS en het Verenigd Koninkrijk (het standpunt van De Hoop Scheffer) en ook niet om de stelling in te nemen dat op grond van internationale politiek van het recht kan worden afgeweken (het standpunt Van Walsum), maar beweerden zij dat zij handelden op grond van het volkenrecht. Een treffend voorbeeld van een juridische formulering die de politieke stellingname verhuult. Het tegendeel treft men bij overheidsjuristen waar zij wijzen op de politieke bezwaren en de financiële risico's van voornemens die zij om rechtsstatelijke redenen ontraden. Wanneer je als overheidsjurist meent dat je beter niet met rechtsstatelijke overwegingen kunt aankomen – meerdere directeuren wezen op die werkelijkheid – dan kun je beter kiezen voor argumenten waar bewindspersonen (en Kamerleden) wel oren naar hebben. Uit de gesprekken met de juridisch directeuren blijkt dit nagenoeg de praktijk te zijn geworden. Na de presentatie van het rapport van de commissie Deetman over het seksueel misbruik door paters kwam onder Kamerleden de gedachte op om de verjaring van dit strafbare feit op te heffen of – als dit niet mogelijk zou zijn – dit delict op te vatten als een misdaad tegen de menselijkheid waarop verjaring niet van toepassing is. Indien de minister van Veiligheid en Justitie hierover advies vraagt aan zijn juridische directie zal het advies niet in hoofdzaak en zeker niet primair zijn gericht op het voor juristen evident rechtsstatelijke bezwaar, (namelijk strijd met het ne bis in idem beginsel, strijd met (de jurisprudentie van het EHRM inzake) artikel 7 van het EVRM e.d.), maar op de praktische bezwaren zoals de geringe kans op succesvolle procedures nu getuigen en bewijsmateriaal beperkt zijn en niet alleen de daders, maar ook de slachtoffers op leeftijd met alle gevolgen voor de herinnering aan de feiten die zich ongeveer een halve eeuw geleden hebben voorgedaan.

Een van de directeuren meent dat juist sprake is van het tegendeel van rechtsrelativering. De grote invloed van regelgeving en rechtspraak op het terrein van 'gelijke behandeling' wijst er zijns inziens op dat van steeds minder rechtsrelativering sprake is. Ook ruimer is, naar het oordeel van deze directeur, de steeds grotere invloed van het Europese recht een indicatie voor de door hem beweerde afnemende rechtsrelativering. Een derde door hem genoemd voorbeeld is de invloed van de (toenemende) rechterlijke uitspraken over het aanbestedingsrecht. De opvatting van deze directeur, een van de weinige

directeuren die eerder leiding gaf aan een beleidsdirectie, komt overeen met de eerdergenoemde opvatting van een van de geïnterviewde bewindslieden.

4.3.3 Hoe wordt het spel gespeeld?

Het tweede criterium in het analyseschema betreft de interactie tussen bewindspersoon en overheidsjurist. In de interviews wilde ik er achter komen hoe het (macht)spel met de bewindslieden door de directeuren van de centrale juridische directies wordt ervaren. Aan het slot van het derde hoofdstuk zijn al enkele punten aan de orde gekomen¹¹⁴ die een indicatie geven over de wijze waarop het spel wordt gespeeld – de timing en wijze van vragen door de bewindspersoon en de ruimte die de jurist laat in zijn advies – en de organisatiemacht van de overheidsjurist.

Aan het einde van de vorige eeuw – het moment heb ik niet goed kunnen traceren – komt de vermaning op aan het adres van overheidsjuristen dat zij niet te snel en niet te veel ‘nee’ moeten zeggen. Dergelijke uitlatingen doen vermoeden dat overheidsjuristen ooit regelmatig of zelfs in hoofdzaak bewindslieden – of in eerdere instantie beleidsambtenaren – in de weg stonden bij het realiseren van hun beleidsdoelen. Uit de rapportage van Duk over zijn ervaringen als wetgevingsjurist weten we dat dit aan het ministerie van Justitie in de jaren zeventig ook werkelijkheid was.¹¹⁵ In de eerder besproken *liberi amicorum* uiten enkele auteurs hun afkeer tegen de ‘nee-juristen’ of de juristen als ‘neezeggers in vaste dienst’. Dit doet vermoeden dat ook in deze tijd de overheidsjurist nog herhaaldelijk beleidsvoornemens frustreert met een verwijzing naar de juridische onmogelijkheden.¹¹⁶ De visitatiecommissie concludeerde in 2007 uit ‘gesprekken op de ministeries (...) ook met vele niet-juristen’¹¹⁷ dat het beeld van de jurist als ‘neezegger’ tot de verleden tijd is gaan behoren. Dat neemt niet weg, aldus de commissie, dat ‘juristen in het geheel geen ‘nee’ meer mogen zeggen. Soms kan iets echt niet.’

In gesprekken met enkele voormalig juridisch directeuren kwam ook naar voren dat af en toe ‘nee’ moest worden gezegd, zij het gedoseerd. Maar in de gesprekken met de huidige directeuren bleek mij dat vrijwel iedereen van

114 Zie paragraaf 3.7.3.

115 Mogelijk ook later, maar daarover bestaat geen rapportage van overheidsjuristen zelf. Zoals eerder aangegeven – met verwijzing naar de publicatie van Van der Kroon (1994) – vermoedelijk ook bij het ministerie van LNV.

116 Ik wil hier nog op de mogelijkheid wijzen dat de overheidsjurist soms ook al frustratie teweeg kan brengen door te wijzen op (betere) alternatieven. Dat is het geval wanneer beleidscollega's of bewindspersonen het gevoel hebben dat alles al is bedacht en alleen nog maar een ‘ja’ willen horen.

117 Visitatiecommissie 2007, p. 35.

opvatting was dat een dergelijke afwijzende positie 'toch echt niet meer kan'.¹¹⁸ Overwegingen daarbij waren dat de toch al geringe affiniteit van de bewindspersoon met het juridische niet moet worden verspeeld of dat door het ontbreken van deze affiniteit de 'nee'-zegger zichzelf dreigt te marginaliseren. Een enkele directeur wees er overigens op dat het niet altijd gaat om geringe juridisch affiniteit, maar simpelweg ook om het feit dat bewindspersonen na een genomen beslissing en vastlegging daarvan in regelgeving vaak nog het gevoel hebben dat er op dat punt nog steeds vrij spel is.

Herhaaldelijk kwam in de interviews aan de orde dat je als juridisch adviseur niet of uiterst spaarzaam met rechtsstatelijke overwegingen naar voren moet komen. In drie gevallen lijkt een negatief juridisch advies nog wel voor te komen. Dat is in de eerste plaats het geval wanneer sprake is van meer dan één bewindspersoon en het negatieve advies niet is gericht op het beleidsvoornemen van de bewindspersoon die door de juridische directie als de belangrijkste wordt beschouwd.¹¹⁹ Negatieve advisering komt regelmatig voor op horizontaal niveau tussen overheidsjuristen onderling. Juristen van sommige ministeries brengen op grond van de aan hun taak gekoppelde expertise advies uit aan juristen van andere ministeries. Dat is, bijvoorbeeld, het geval bij constitutionele zaken waar juristen van BZK interdepartementaal adviseren en bij Europeesrechtelijke zaken waar juristen van Buitenlandse Zaken dat doen. In dit horizontale verkeer wordt herhaaldelijk gesteld dat het beleidsvoornemen niet kan, maar wordt een dergelijk 'nee' niet doorspeeld aan de eigen bewindspersoon. Een derde mogelijkheid die ik tegenkwam is het negatieve advies aan collega's van een beleidsdirectie, vooral in de gevallen waarin de jurist van mening is dat hij te laat bij de desbetreffende zaak is ingeschakeld. Daarbij geven de juridisch directeurs aan dat het hier niet zozeer gaat om een sanctie op de late inschakeling, maar om het voorkomen dat de relatie tussen beleidsambtenaren en overheidsjuristen gaat lopen volgens de regel 'u vraagt en wij draaien', waarbij de jurist 'allerlei onhoudbare voornemens steeds van een juridische legitimatie moet voorzien'.

Constateren, zoals mijn gesprekspartners deden, dat je geen 'nee' kunt zeggen en dat de term 'rechtsstaat' beter gemeden kan worden is iets anders dan ermee instemmen dat de politieke rationaliteit van de minister per definitie moet zegevieren en dat een negatief advies ook nooit nodig is. Dit laatste is onder de directeurs een minderheidsopvatting. Slechts twee directeurs meenden dat het eigenlijk nooit een probleem was om de politieke rationaliteit van de minister leidend te laten zijn omdat 'we toch in een zeer beschaafd

118 Enkele directeurs gaven aan dat het in uitzonderlijke situaties wel moest kunnen en dat zij dat dan ook zouden doen, maar ook zij konden desgevraagd geen voorbeeld noemen van een dergelijk negatief advies in het afgelopen jaar.

119 Dat deze mogelijkheid van negatief juridisch advies zich voordoet ontleen ik aan gesprekken met bewindspersonen. Juridisch directeurs ontkennen niet dat dit gebeurt, maar geven hierover geen eigen ervaring aan.

land wonen en de kans dat het uit de hand loopt daarom gering is' en dat er eigenlijk altijd sprake is van 'een evolutie van het juridisch oordeel', wat erop neerkomt dat 'naarmate je langer met een zaak bezig bent er steeds meer kanten aan de zaak blijken te zitten'.

De meeste directeuren menen dat er momenten zijn waarop zij of hun medewerkers tot de conclusie komen dat een voornemen juridisch zo bezwaarlijk is dat meer of minder weerstand daartegen geboden is, overigens zonder te kunnen aangeven in welke gevallen en in welke omvang daarvan sprake is. Om de noodzakelijk geachte weerstand uit te oefenen blijken verscheidene strategieën te worden gehanteerd. Een strategie die ook in de bespreking van de casus in het derde hoofdstuk naar voren kwam is die van negatieve advisering in eerste instantie met de – impliciete of expliciete – toevoeging dat desgevraagd voor een positieve advisering of gewenste juridische redenering kan worden gezorgd. Het 'verbod' om 'nee' te zeggen geldt in elk geval voor het advies in tweede instantie. Een tweede, ook al eerder aangeduide, strategie is het kiezen van het juiste moment om het advies naar voren te brengen. Kiezen voor dergelijke timing kan ook tot gevolg hebben dat het afgewachte moment niet komt. Een strategie die directeuren bij andere departementen, vooral dat van BZK, menen waar te nemen is het zo lang mogelijk innemen van een neutraal standpunt, waardoor nog in een laat stadium een standpunt kan worden ingenomen dat rekening houdt met de opvattingen van de bewindspersoon. Tenslotte is in de vorige paragraaf al genoemd de mogelijkheid van het verhullende advies, waarbij het negatieve juridische oordeel niet wordt verwoord in termen van onrechtmatigheid, maar in termen van ondoelmatigheid of lastenverzwaring. Meest overtuigend voor de bewindspersoon zijn politieke overwegingen. 'Waar je je positie mee koopt is door de bewindspersoon ervoor te waarschuwen dat een bepaald beleidsvoornemen politiek vermoedelijk niet goed uitwerkt', is een conclusie die door alle directeuren wordt gedeeld.

Directeuren noemen ook strategieën waarvan bewindslieden zich bedienen om een negatief juridisch advies te voorkomen. Het in de voorgaande paragraaf genoemde machtsspel ('Als je zegt dat het niet kan, doe ik het juist') lijkt niet veel voor te komen. Veel meer komt voor dat bewindspersonen selectief gebruik maken van wat de overheidsjurist naar voren heeft gebracht. Dat is vaak goed mogelijk omdat juridisch adviezen gewoonlijk voorzien zijn van de nodige nuances.¹²⁰ Een veel voorkomende handelwijze van een bewindspersoon is het eerst aftasten van het juridisch oordeel en het vragen naar dit oordeel dan achterwege laten wanneer de indruk van juridische bezwaren is verkregen. In de interactie met bewindspersonen ervaren de juridisch directeuren dat van hen primair creativiteit bij het vinden van passende argumenten en formuleringen wordt verwacht. Daarbij komt dat vanuit de

120 In het derde hoofdstuk kwam dit al naar voren. Daarbij wees ik ook op de ontsnapingsmogelijkheden die worden geboden door 'de deur op een kier te zetten'.

ambtelijke leiding vaak de nodige druk wordt uitgeoefend om op loyale wijze aan deze wens te voldoen.

In tegenstelling tot zijn collega's was een van de directeuren van mening dat bewindspersonen steeds meer belang hechten aan het juridisch oordeel en dat er dus geen sprake was van een toenemende rechtsrelativerende houding onder bewindspersonen. Hij wees daarbij op de invloed van de openbaarheid van bestuur, de toenemende eis van transparantie en de toenemende kans op ontdekking als effect van ict en media. Deze ontwikkelingen impliceren een groter risico voor de minister wanneer hij in strijd met het recht zou handelen. Deze veronderstelling gaat er onder meer van uit dat de media zich inzetten voor dergelijke ontdekkingen. Daarvan zijn zeker voorbeelden te noemen, zoals de bewindspersoon die niet volgens de daarop betrekking hebbende rechtsnormen heeft gedeclareerd. Gevallen waarin media rechtsstatelijke overwegingen prioriteit geven boven maatschappelijke overwegingen lijken echter schaars of zelfs afwezig.

Ten slotte wijzen directeuren ook bij dit punt van interactie op de verschillen die bestaan naar departement, naar overheidsjurist en naar bewindspersoon. Waar het om verschillen per departement gaat werd onder meer gewezen op de beleidsgerichte cultuur bij SZW, de 'technetencultuur' bij Financiën en de juristencultuur bij het (voormalige) ministerie van Justitie. Dat zou betekenen dat bij SZW de jurist wordt geacht mee te denken, bij Financiën makkelijker met 'ja' of 'nee' kan worden omgegaan en bij Justitie niet alles zo maar door de juridische vingers kan worden gezien wat op zijn minst eisen stelt aan de juridische redenering.

Dat de overheidsjuristen, evenals 'gewone' juristen, verschillen in hun opvatting van wat juridisch wel of niet houdbaar is blijkt ook uit de beschouwingen van de directeuren hierover. Men maakt wel mee dat juristen binnen hun directie negatief adviseren en er niet toe kunnen komen om naar een 'ja' te redeneren. Maar dan blijken er altijd wel collega-juristen die wel mogelijkheden zien.

De verschillen tussen bewindslieden welke in het kader van de interactie ter sprake kwamen zijn de partijpolitieke verschillen en het wel of geen jurist zijn. Een enkele maal kwam de PvdA-minister ter sprake als een minister die zich 'regelmatig afzet tegen het juridische' en 'in eerste instantie kritischer en ook argwanender' is. De minister met juridische affiniteit is niet hetzelfde als de minister die jurist is. Ook deze laatste geeft regelmatig en soms uitdrukkelijk voorrang aan (politieke) beleidsoverwegingen boven juridische. De aanwezigheid van een bewindspersoon die jurist is maakt wel verschil bij ministeries waarvan de leiding tot dan toe uit niet-juristen bestaat. Er ontstaat dan duidelijk meer respons voor juridische overwegingen. Maar de bewindspersoon-jurist gaat er anderzijds ook makkelijk toe over om zelf de juridische overweging te formuleren die zijn beleidsvoornemen accommodeert. Het juridisch oordeel van de ambtenaar-jurist wint het dan nooit.

4.3.4 Beroepsopvatting

Als derde aspect heb ik in de interviews de beroepsopvatting die leeft bij en onder de directeuren nader verkend. De vraag of in deze opvatting rechtsrelativering besloten ligt heb ik geconcretiseerd in de vraag naar de rechtsvisie en naar de positionering. Zoals eerder aangegeven is de jurist aan het woord waar het gaat om de rechtsvisie en is de ambtenaar aan het woord waar het gaat over de positionering.

Eerder zette ik, in termen van Zamboni, tegen over elkaar de visies waarin recht als autonoom systeem wordt opgevat en die waarin het recht deel uit maakt van het politieke normenkader. De juridisch directeuren blijken deze laatste, *embedded* rechtsvisie te delen, zij het in verschillende mate. Het verschil betreft dan de vraag of het recht toch 'iets autonooms' heeft op grond waarvan enige normatieve concurrentie met het politieke normenkader gelegitimeerd is. Na uiteenzetting van de opvatting waarin het politieke domineert, volgen enkele directeuren met een opmerking als 'Maar je moet als professioneel jurist wel ergens voor staan.' Vrijwel alle directeuren geven aan dat zij zich incidenteel of herhaaldelijk afvragen of zij niet meer weerstand hadden moeten bieden bij juridisch aanvechtbare beleidsbeslissingen aan hun ministerie. De aarzeling van enkele van hen richt zich op hun medewerkers. Zijn zij niet al te dienstbaar op dit punt? Vanzelfsprekend geldt deze aarzeling niet voor de directeur die meent dat het juridische normenkader in de loop van de tijd dominanter is geworden. Hij formuleert tijdens het interview de stelling: 'Gelukkig dat soms sprake is van rechtsrelativering, want daardoor komt de zaak meer in balans.' Daaraan voegt hij toe dat rechtsrelativering (daarom) geen uitholling van de rechtsstaat betekent.

Naast deze overwegend *embedded* visie zijn de directeuren het er bij benadering ook over eens dat het recht een niet erg strikt normenkader is. 'Het recht is nu eenmaal geen wiskunde.' Enkele directeuren zeggen dit in de praktijk vooral te ervaren door de onvoorspelbaarheid van een rechterlijke uitspraak, van een door de Raad van State gegeven dictum of van de opvatting over juridische aangelegenheden van het parlement, ook van de Eerste Kamer. Over die ervaren onvoorspelbaarheid bestaat geen *communis opinio*, zeker niet waar het de Raad van State betreft.

Veel aandacht in de interviews ging ook uit naar de vraag of de overheidsjurist zich partijdig, aan de kant van de overheid, moet opstellen of een meer neutrale opstelling moet kiezen en zich moet richten op het algemeen belang waarbij zowel het belang van de overheid als dat van de burger richtpunt van handelen is. Traditioneel kiest hij voor deze laatste positie. Een voorbeeld daarvan is de klassieke opstelling van de wetgevingsjurist die zich inzet voor het regelen van rechtsbescherming zodra een nieuwe overheidsbevoegdheid wordt gelegaliseerd. Directeuren spreken wel in termen van advocaat of rechter

en kiezen dan meer en meer voor de advocatenrol.¹²¹ Dit betekent ook dat zo nodig de grenzen van het recht worden opgezocht. 'We moeten bereid zijn tot het uiterste te gaan, met al onze professionaliteit en creativiteit.' Enkele directeuren geven aan dat dit het grootste contrast is met de situatie zoals zij die in het verleden aantreffen. Het gaat hier niet om een ver verleden; een enkeling spreekt van niet langer dan tien jaar geleden. Toen zeiden 'zelfs jonge juristen' regelmatig dat iets niet kon op formele gronden. Een van de directeuren gaf aan dat zij met de vorming van haar nieuwe managementteam erop heeft gelet dat de 'nieuwe cultuur' van werken, waarin de *advocacy role* centraal staat, wordt gedeeld.

Er bestaan wel graduele verschillen van opvatting over de advocatenrol als professionele oriëntatie. Dat verschil blijkt uit het feit dat de ene directeur vindt dat de onder haar of hem ressorterende overheidsjuristen nog te weinig gericht zijn op de *advocacy role* terwijl de andere directeur vindt dat enkele van haar overheidsjuristen, vooral in bezwaar- en beroepszaken, wel erg partijdig van leer trekken. De laatste wijst dan wel eens op de 'tweewegenleer' volgens welke de op privaatrechtelijk terrein opererende overheid toch gebonden is aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Met deze oriëntatie op de advocatenrol hangt samen de opvatting dat de overheidsjurist niet meer is en niet meer moet willen zijn dan een adviseur, wat betekent dat de verantwoordelijkheid voor de rechtmatigheid van het overheidshandelen geheel ligt bij de bewindspersoon en de overheidsjurist moet volstaan met te wijzen op de onrechtmatigheid ervan. Ook op dit punt bestaat wel enige twijfel. Dient de jurist geheel neutraal of zelfs onverschillig te staan ten opzichte van de onrechtmatigheid van het overheidshandelen omdat hij slechts adviseur is of dient hij waar mogelijk invloed uit te oefenen om rechtmatigheid van het handelen te bevorderen omdat het 'fundamentele' belang van zijn professionele 'opdracht'.¹²² Alleen voormalig directeuren Wetgeving en juridische zaken stelden zich op het standpunt dat de overheidsjurist zichzelf tekort doet door zich op te stellen als (louter) adviseurs.

Nu het opzoeken van de grenzen van het recht en het – zo mogelijk zonder risico's – overschrijden van die grenzen ten behoeve van de realisering van beleidsdoelen kennelijk niet op bezwaren stuit bij de directeuren, is er dan toch een – verder liggende – grens waar zij niet overheen willen en zo ja, kunnen zij aangeven waar die dan ligt? Het antwoord daarop is dat er situaties kunnen zijn waarop zij vinden dat het niet meer kan en dat zij zich dan te weer zouden stellen tegen het beleidsvoornemen. Maar waar dat punt van 'nee' zeggen ligt is moeilijk aan te geven. Een enkeling noemt strijd met fundamentele rechtsbeginselen als grens. Voor anderen ligt die grens nog veel verder, namelijk wanneer beginselen van humaniteit – bijvoorbeeld op het

121 Ten opzichte van de minister.

122 Zie voor deze terminologie Mackor 2011. Voor een toepassing ervan op de functie van de overheidsjurist zie Van Lochem 2011b.

terrein van het vreemdelingenrecht – in het geding komt. Tussen adviseren en ‘nee’ zeggen ligt overigens nog de mogelijkheid van beïnvloeding. Dat komt vooral voor in de gevallen waarin het beleidsvoornemen niet zozeer stuit op normatieve drempels, maar op (voor de overheidsjurist) voorzienbare uitkomsten die onwenselijk of niet zinnig zijn. Zo moest bij de uitwerking van een politiek beleidsvoornemen als het strafbaar stellen van illegaliteit intensief worden ‘meegedacht’ om onzinnige uitkomsten te voorkomen. Directeuren hebben er in het algemeen geen probleem mee wanneer overheidsbesluiten slechts een politiek doel dienen en zonder resultaat blijven. ‘Je moet ze dat symbool dan verder gunnen.’

De rechtsvisie en de mate van loyaliteit in de opstelling zijn moeilijk van elkaar te onderscheiden. In het algemeen zal een visie die ik met de term *embedded* aanduidde samengaan met een sterke loyaliteit aan de bewindspersoon. Ook is niet met zekerheid vast te stellen of de rechtsvisie oorzaak of gevolg is van deze loyaliteit. Wanneer de overheidsjurist ervaart dat een primaire gerichtheid op de politieke doelen van de bewindspersoon in plaats van op de rechtsstatelijkheid bij de uitvoering daarvan bijdraagt aan een succesvolle loopbaan, in elk geval aan het behoud van de functie, dan zal zijn gevoeligheid voor een *embedded* visie op het recht aannemelijk zijn, want ook voor de overheidsjurist zal de neiging om cognitieve dissonantie op te heffen van toepassing zijn. Evenzo is denkbaar dat een loyale opstelling gevolg is van de opvatting dat de overheid er primair is om maatschappelijke problemen op te lossen en politieke doelen na te streven en dat rechtsregels hieraan niet in de weg moeten staan.

De keuze voor een bepaalde opstelling is vanzelfsprekend vrijer naarmate de (machts)positie sterker is. Uit de interviews met de juridische directeuren blijkt dat hun positie op zichzelf niet zwak is, maar zelden rustig en veilig. Een indicatie daarvoor is de institutionele relatie met de bewindspersoon. Deze is aan de meeste ministeries aan voortdurende verandering onderhevig. Zo is menig directeur soms wel en soms niet lid van de ministerstaf. Zodra het aantal leden van die staf te groot wordt bevonden, bijvoorbeeld naar het oordeel van de nieuw aangetreden minister, is het de directeur WJZ die als eerste of als een van de eersten het veld moet ruimen. Na enige tijd wordt zijn bijdrage dan toch gemist – soms als constatering na een bepaald incident – en wordt hij weer uitgenodigd zitting te nemen. Een voorkomende strategie om weer in de ministerstaf te komen is het regelmatig agenderen van zaken waarbij de directeur dan wordt uitgenodigd. Na enige tijd is het dan weer gewoon dat hij er deel van uitmaakt. Niet elke directeur streeft ernaar om deel uit te maken van de ministerstaf. Bijvoorbeeld vanwege het risico zich te moeten conformeren met een beleidsvoornemen wanneer men ter plekke geen juridisch beletsel heeft kunnen noemen. Zeker directeuren die nog niet zo lang aan de desbetreffende directie verbonden zijn ervaren de ministerstaf soms ‘alsof ik elke week examen moet doen.’ Overigens verschillen de ministerstaven in de mate waarin beleidsvoornemens worden besproken of vooral gericht

zijn op het uitwisselen van informatie over het Kabinetsberaad, andere gremia en topics in de media die het departement raken. Een ander element van de institutionele relatie met de bewindspersoon is de mogelijkheid van de directeur om zich rechtstreeks tot de minister te wenden. Ook in de casus Irak kwam dit punt aan de orde. Inmiddels is aan het ministerie van Buitenlandse Zaken geregeld dat de volkenrechtdeskundige van de juridische directie zich rechtstreeks tot de minister kan wenden. Regelmatig wordt op ministeries het besluit genomen dat de directeur zijn nota's niet meer rechtstreeks aan de minister mag richten.

Ook voor het samenspel tussen bewindspersoon en juridisch directeurs geldt dat sprake is van departementale verschillen. Naast deze verschillen, die nader te onderzoeken zijn, kwam in dit kader nog het verschil naar voren dat samen lijkt te hangen met het wel of niet jurist zijn van de bewindspersoon. De bewindspersoon-jurist zal geneigd zijn zelf een juridische legitimatie te geven voor zijn beleidsvoornemen, wat de overheidsjurist dan weinig ruimte laat voor het poneren van een eigen juridische beoordeling.

In het kader van de beroepsopvatting blijkt de visie van de directeurs op de relatie recht en politiek overwegend te typeren als *embedded*. De dominante opvatting is dat het recht vrijwel geen autonomie heeft ten opzichte van de politiek. Als directeurs al vinden dat het recht in voorkomende gevallen voor kan gaan, dan maken zij die uitzondering niet voor positief recht maar voor (fundamentele) rechtsbeginselen of humanitaire beginselen.

Dat regels van positief recht geen autonome maatstaf kunnen zijn bij de beoordeling van beleidsvoornemens leiden de directeurs af van het gegeven dat de politiek steeds bij machte is die regels te veranderen. Bewindslieden wijzen daar ook regelmatig op. Daarbij komt de eerder genoemde overweging dat het recht de politieke wens (vrijwel) altijd kan accommoderen.

In de opvatting van de directeurs bestaat een trend in de ideale positie van de overheidsjurist. Traditioneel was die positie georiënteerd op de rechterspositie. Dat betekende dat steeds zowel het belang van de overheid als dat van de burger in acht werd genomen. Aandacht voor meer overheidsbevoegdheden betekende dan ook gelijktijdige aandacht voor de daarbij behorende rechtsbescherming voor de burger. De directeurs zien een overgang van een oriëntatie op de rechtersrol naar een oriëntatie op de advocatenrol waarbij overwegend of uitsluitend wordt gedacht en gehandeld vanuit het overheidsbelang dat gewoonlijk bestaat uit het halen van de beleidsdoelen. Is de overheidsjurist in deze gedachte slechts adviseur of wil hij zich, als juridisch professional, ook inzetten voor de rechtsstatelijkheid van het overheidshandelen. Alleen oud-directeurs benadrukken ook dit laatste. De huidige directeurs zien de overheidsjurist meer als de adviseur, die zich niet zozeer richt op eventuele strijd met het recht, maar richt op de eventuele risico's die daarmee gepaard gaan.

De relatie tussen machtspositie en rechtsopvatting is op basis van de hier samengevatte informatie niet vast te stellen. Een beperkte machtspositie en

een *embedded* visie op de relatie tussen politiek en recht passen lijken wel samen te gaan als factoren die rechtsrelativering beïnvloeden (zoals weergegeven in het eerdere schema), maar of sprake is van een causale relatie en zo ja, in welke richting of (slechts) een Wahlverwandschaft blijkt in dit kader onbeantwoord. Overigens concludeer ik niet dat de positie van de directeuren ronduit zwak is te noemen, wel zien we een onzekere institutionele relatie met de bewindspersoon. In de ministerstaf zitten zij regelmatig op de schopstoel en het zich rechtstreeks wenden tot de minister is geen vanzelfsprekende bevoegdheid van een juridisch directeur.

4.3.5 Conclusies uit interviews

Vrijwel alle juridische directeuren reageren in stellige termen over de herkenbaarheid van het verschijnsel rechtsrelativering. Voor een aantal van hen is rechtsrelativering een woord dat een kernachtig verschijnsel in hun beroepswerkelijkheid benoemt. Daarbij benadrukken zij ook de actualiteit ervan. Daarmee bedoelen zij niet dat relativering van recht in vroeger tijden achterwege bleef, maar dat het zich in elk geval in toenemende mate voordoet. Het wijzen op de actualiteit van rechtsrelativering wordt door gesprekspartners ook wel in één adem genoemd met een afnemende vanzelfsprekendheid van de betekenis en van het bestaan van traditionele instituties en van hogere regelgeving. De constatering dat eerdere uitspraken van de Raad van State of die van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens of dat bestaande Europese regelgeving een beleidsvoornemen in de weg zullen staan lijkt steeds minder een overtuigend argument om van een beleidsvoornemen af te zien. Ze zijn voor meerdere bewindslieden regelmatig aanleiding om hun juridische directeur aan te spreken met de beginwoorden 'Het kan toch niet zo zijn dat' Het zijn woorden die typerend zijn voor een rechtsrelativerende opstelling, namelijk een afwijzing van de norm waarbij depreciatie in de plaats komt van een serieuze rechtvaardiging voor de afwijzing van die norm.

De juridische directeuren beschouwen rechtsrelativering niet zonder meer als een afkeurenswaardige houding van bewindspersonen waartegen zij zich teweerstellen. Zij geven aan zelf ook te zijn opgeschoven, in elk geval in de richting van een instrumentele benadering. Daarbij komt dat menige directeur aangeeft dat hij of zij in de loop van de tijd minder tegen het recht is gaan opkijken; het recht zelfs is gaan relativeren. Wel resten er voor hen nog twee problemen die zij met de (huidige) rechtsrelativering hebben. In de eerste plaats is rechtsrelativering een probleem wanneer bewindslieden daarin niet alleen ver gaan, maar daarbij ook depreciatie uiten in de richting van de directeur en haar of zijn professie. Een tweede, groter probleem is de onzekerheid over de grens, over de vraag tot hoever je als overheid en als overheidsjurist kunt en moet willen gaan met het relativeren van het recht. Regelmatig knaagt de twijfel bij de juridische directeuren. De opvatting van de directeuren zijn niet

alle gelijk. Nader onderzoek is nodig om de oorzaak van deze verschillen te verklaren.

Rechtsrelativering is minder zichtbaar wanneer juridische argumenten in de plaats komen van politieke argumenten en andersom. Bewindslieden – politici in het algemeen – hanteren nog wel eens juridische argumenten om hun politieke argumentatie te maskeren. Andersom gebruiken overheidsjuristen regelmatig politieke argumenten om hun rechtsstatelijke argumentatie aan het oog te onttrekken.

Wordt het spel tussen overheidsjurist en bewindspersoon hard gespeeld? De overheidsjurist stelt zich minder strikt op dan vroeger vermoedelijk het geval was. Nee zeggen tegen de bewindspersoon is niet meer aan de orde.¹²³ Daarnaast is terughoudendheid met een beroep op rechtsstatelijke overwegingen raadzaam. Dat vinden de directeurs lang niet altijd een probleem omdat het recht immers vaak – zo niet altijd – alternatieve legitimaties voor het beleidsvoornemen biedt. Wanneer dit beleidsvoornemen niettemin bezwaarlijk wordt geacht is een verhuld ‘nee’ vanzelfsprekend niet uitgesloten.

Naast het verhullende advies noemen de directeurs nog andere strategieën zoals een goede timing bij het inbrengen van adviezen en argumenten en een voorlopig neutrale opstelling. Ook noemen zij strategieën die de bewindspersonen hanteren in hun interactie met overheidsjuristen. Die strategieën zijn het gebruik van macht, het selectief gebruik van het juridische advies (wat veelal mogelijk is omdat de juridische argumentatie vaak de nodige nuanceringsbevat), niet vragen van een advies wanneer desgevraagd tevoren al negatieve indicaties zijn gegeven en overheidsjuristen aanspreken op – zelfs prijzen voor – hun loyaliteit en creativiteit om daarop vervolgens een beroep te doen.

De juridische directeurs blijken een overwegend *embedded* visie op het recht te hebben. Het recht is in hun benadering geen autonoom normenkader. Niettemin vindt de meerderheid wel dat er ‘iets autonooms’ is, waarmee wordt bedoeld dat het recht in uitzonderlijke gevallen wel voor zou moeten gaan, bijvoorbeeld wanneer het gaat om fundamentele rechtsbeginselen of beginselen van humaniteit. Maar die autonome positie van het recht als normenkader zou niet aan de orde zijn waar het gaat om positief recht. Naast deze visie op het recht is het andere element van de beroepsopvatting, de positionering als professional, in de richting van een *advocacy role*. Hier wordt wel duidelijk een tendens ervaren die verloopt van oriëntatie op de rol van de rechter naar die van de advocaat. Met de keuze een professionele oriëntatie op de rol van de advocaat is het ‘opzoeken van de randen van het recht’, het gaat tot het uiterste van de juridische mogelijkheden, waarschijnlijk geworden.

123 Iets anders is nee zeggen tegen collega overheidsjuristen op andere ministeries, tegen collega’s van de beleidsdirecties of tegen buitenstaanders. Moeilijk traceerbaar is het nee zeggen tegen de bewindspersoon in verholde (politieke) termen. Dit punt komt nog aan de orde in hoofdstuk 5.

Uit de interviews blijkt dat de juridische directeuren het verschijnsel rechtsrelativering relevant en actueel vinden. Hun perceptie van de interactie met de bewindspersoon wijst ook op de realiteit van rechtsrelativering. Dit geldt vooral voor de constatering dat ‘nee’ zeggen niet (meer) voorkomt en dat je eigenlijk niet met, zeker niet meer dan uitzonderlijk, met ‘de rechtsstaat kan aankomen’. Daarmee is niet gezegd dat bij elke besluitvorming het recht wordt gerelativeerd. In de gevallen waarin de overheidsjurist een beleidsvoornemen wil tegengaan op grond van rechtsstatelijke overwegingen zonder deze te noemen, beschikt hij over enkele strategieën zoals verhuld taalgebruik. Dat maakt rechtsrelativering of de afwezigheid daarvan niet altijd goed zichtbaar. Overigens beschikken bewindslieden over de nodige strategische opties om de beleidskeuzen door te zetten wanneer deze, naar het oordeel van de betrokken overheidsjuristen, in strijd met het recht zijn.

Of de oriëntatie op de rol van de advocaat rechtsrelativering oplevert is overigens nog niet vanzelfsprekend. In de eerste plaats betekent tot of op de grens van het (positieve) recht nog niet in strijd met het (positieve) recht. Wel kan worden gesteld, zoals ik elders al deed met een beroep op Waldron, dat dit in strijd is met de eisen van de rechtsstaat die immers dicteren dat de overheidsbevoegdheid beperkt is tot dat wat haar wettelijk is toegestaan. De rechtsstatelijkheid is echter (nog) niet in ons positieve recht opgenomen.¹²⁴

4.4 OVERIGE CASUS

Tijdens de interviews werden nog enkele voorvallen genoemd die volgens de directeuren relevant zouden kunnen zijn voor een verdere verkenning – of slechts als illustratie – van rechtsrelativering door de overheid. In deze paragraaf beschrijf ik deze casus in het kort en ga daarbij na of zij inderdaad wijzen op rechtsrelativering. Hiermee wordt niet alleen een vollediger beeld gegeven van wat in de interviews naar voren is gekomen, maar het geeft ook de mogelijkheid om na te gaan of het begrip rechtsrelativering voldoende eenduidig is geweest in de gesprekken. Zouden de casus om iets heel anders blijken te gaan dan rechtsrelativering dan moet achteraf worden geconcludeerd dat dit begrip voor de geïnterviewden mogelijk voldoende onhelder is geweest. De uitgesproken herkenning en relevantie van rechtsrelativering is dan geheel of gedeeltelijk gericht geweest op iets anders.

De genoemde casus verschillen in omvang en beleidsterrein. De eerste casus gaat over de kredietcrisis, waarbij het gaat om een van de meest ingrijpende beslissingen van het laatste decennium. De casus over de Hedwigepolder is een provinciaal probleem, zij het met gevolgen voor het landelijke en zelfs Europese niveau. De aanbesteding in de thuiszorg, de derde casus, betreft een initiatiefontwerp van wetgeving gericht tegen de op Europees niveau geregelde

124 Inmiddels wel voorgesteld door de commissie.

marktwerking. De vierde en laatste casus maakt deel van het integratiedebat, waarbij de vraag is of de Wet Inburgering ook van toepassing is op Turkse onderdanen. De (departementale) beleidsterreinen zijn Financiën (kredietcrisis), Economische Zaken, Landbouw en Innovatie (Hedwigepolder), Volksgezondheid, Welzijn en Sport (aanbesteding thuiszorg) en Veiligheid en Justitie (Wet Inburgering).

4.4.1 Kredietcrisis

Om de kredietcrisis van eind 2009 het hoofd te bieden hebben overheden van diverse landen ingrijpende maatregelen genomen om bedrijven, in het bijzonder banken, overeind te houden. Ze behoren zonder twijfel tot de meest ingrijpende maatregelen van het laatste decennium, alleen al gelet op de financiële consequenties ervan. Tientallen miljarden euro's waren gemoeid met de volgende overheidsinterventies:¹²⁵

1. Interventies Fortis/ABN AMRO, w.o.:
Deelname staat € 16,8 miljard
Deelname RFS Holding € 6,5 miljard
Langlopende lening € 9,5 miljard
2. Garantstelling voor hypotheekportefeuille ABN AMRO € 1,7 miljard
3. Kapitaalverstrekkingfaciliteit € 13,7 miljard
4. ING Back up faciliteit € 22 miljard
5. Garantiefaciliteit voor bancaire leningen € 50 miljard (€ 200 beschikbaar)
6. Depositogarantiestelsel € 1,2 miljard

De grote beslissingen werden in korte tijd genomen. Tot de financieel meest zwaarwegende interventies werd binnen een weekend besloten door de minister van Financiën in overleg met de minister-president. Was hier inderdaad sprake van rechtsrelativerend handelen door de overheid? Uiteenlopende rechtsnormen hebben betrekking op dit overheidshandelen. Als eerste noem ik het Europeesrechtelijk verbod van het verlenen van staatssteun, geregeld in artikel 87 lid 1 van het EG-Verdrag. Volgens deze bepaling is sprake van verboden staatssteun wanneer op kosten van een staat 'de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties' wordt vervalst of dreigt te worden vervalst. Of de hierboven genoemde overheidsinterventies marktconform zijn en dus niet een marktverstorende begunstiging van een bepaalde partij is zoals bedoeld in het genoemde artikel kan worden vastgesteld aan de hand van een zogeheten 'private investor test'. Volgens

¹²⁵ Ik ontleen de gegevens aan het eerste rapport van de Tijdelijke commissie onderzoek financieel stelsel, getiteld 'Verloren krediet', *Kamerstukken II* 2009-2010, 31 980, nrs. 3-4, p. 64.

Adriaanse c.s. bleek de Europese Commissie ten tijde van de crisis herhaaldelijk bereid een uitzondering als genoemd in het derde lid van artikel 87 toe te staan om zichzelf in de crisistijd niet buiten spel te zetten. Deze versoepeling van het beleid van de Commissie betekende overigens niet dat ze alles goed vond: 'Van een blanco cheque voor staatssteun in crisistijd is dus zeker geen sprake.'¹²⁶ Een tweede maatregel om zichzelf niet buiten spel te zetten in crisistijd is dat de Commissie zich bereid toonde in zeer korte tijd – zo nodig binnen 24 uur of binnen het weekend – een besluit tot goedkeuring van de interventie – of tot afkeuring – te kunnen nemen.

Op nationaal niveau lijkt een dergelijk besluittempo van de bevoegde organen niet mogelijk. De minister van Financiën nam de grote besluiten, zo blijkt ook uit het onderzoek van de commissie-De Wit, weliswaar in afstemming met de minister-president. De volksvertegenwoordiging, maar ook de voltallige regering, speelden bij juist de belangrijkste besluiten, waarmee tientallen miljarden waren gemoeid, geen enkele rol. Op de momenten waarop zij werden geïnformeerd waren de besluiten al genomen. De ruim 270 miljard euro (zie staatje) stonden niet op de door het parlement goedgekeurde begroting van het ministerie van Financiën en zijn dus in strijd met artikel 105 van de Grondwet besteed. Daarnaast heeft de minister in strijd gehandeld met artikel 68 van de Grondwet (informatieplicht aan parlementariërs) voor zover we ervan uit kunnen gaan dat dit artikel de regering ook verplicht tot het geven van ongevraagde informatie. Staatsrechtelijk behoort dat wel tot de heersende leer. Inmiddels kan niet meer worden gesteld dat alle Kamerleden hiermee akkoord gaan, gelet op de uitspraken van de fractiespecialisten voor de commissie-De Wit. Zij hebben wel begrip voor een aantal van de genomen besluiten zonder voorafgaande instemming van de Kamer maar vinden niettemin dat de minister van Financiën tekort is geschoten in het voldoen aan zijn informatieplicht; een plicht die hij niet heeft aan de Kamer in zijn geheel, maar aan individuele Kamerleden. Dat de meerderheid van de Kamer geen bezwaar heeft gemaakt betekent daarom nog niet dat aan artikel 68 Grondwet is voldaan.

De minste twijfel over het handelen in strijd met een rechtsnorm betreft artikel 34 van de Comptabiliteitswet. Het vijfde lid van dit artikel bepaalt dat de als eerste interventie (in het schema) genoemde staatsdeelneming, gelet op de omvang van het bedrag, 'niet eerder (zal) plaatsvinden dan 30 dagen nadat van het voornemen daartoe aan de Staten-Generaal schriftelijk mededeling is gedaan.' Is voor deze overtreding een rechtvaardiging gegeven of is de rechtsregel hier simpelweg terzijde geschoven? Zonder twijfel hebben de betrokken overheidsjuristen gewezen op deze bepaling. Het is goed voorstelbaar dat het volgen ervan al op het eerste gezicht als onmogelijk is beschouwd. Minder goed voorstelbaar is waarom de mogelijkheid om zich te baseren op het in de Comptabiliteitswet geregelde noodrecht niet is benut.

126 Adriaanse, Barkhuysen en Van Emmerik 2008, p. 2623.

Artikel 97 geeft de mogelijkheid om snel, zo nodig binnen uren, te voldoen aan deze van toepassing zijnde regelgeving. We kunnen aannemen dat deze wettelijke weg zonder nadere rechtvaardiging terzijde is geschoven en kunnen om die reden spreken van rechtsrelativering. Ook over de eerdergenoemde informatieplicht op grond van 68 Grondwet kan worden geconcludeerd dat ook al kon wellicht niet altijd tijdig en in alle omvang worden geïnformeerd, ook hier niet het mindere en wel haalbare is gedaan.

Tijdens de verhoren van de commissie-De Wit wezen Kamerleden ook op het onvoldoende nakomen van de Grondwettelijke informatieplicht van de regering aan de Staten-Generaal. Niettemin toonden de fractiespecialisten Vendrik, Neré tot Babberich, Tang en Irrgang het nodige begrip voor de uiterst beperkte informatievoorziening.¹²⁷ Tang, partijgenoot van de toenmalige minister van Financiën spreekt van een dilemma tussen controle vooraf en achteraf. Vooraf is volgens de regels die niet onbelangrijk zijn, namelijk gericht op het nemen van democratische besluiten. Wanneer aan deze regels niet wordt voldaan staat het parlement buiten spel. Maar de problemen van de controle vooraf zijn tijd – regering noch parlement kunnen het besluitvormingstempo van de Europese Commissie garanderen – en koersgevoeligheid. Niet alleen tonen financiële specialisten van toenmalige regerings- en oppositiefracties begrip, maar zullen daarbij mogelijk ook overwegen dat de betrokkenheid van de Kamer bij de grote financieel-economische ontwikkelingen tot dan toe niet groot was geweest. In haar eerste rapport signaleert de commissie-De Wit over de betrokkenheid van de Kamer dat de leden tot dan toe ‘te weinig oog voor grote economische vragen en ontwikkelingen’ hebben gehad.¹²⁸

Naast de in het schema genoemde interventies werd in de interviews nog gewezen op een andere interventie in het kader van de kredietcrisis, ter bestrijding van *shortselling*, een vorm van speculatie op koersdaling. Binnen twee weken – een record – kwam een wet tot stand die het mogelijk maakt dat toezichthoudende autoriteiten *shortselling* van aandelen aan de beurs kunnen verbieden.¹²⁹ De wet geeft de toezichthouders een vrijheid om met terugwerkende kracht het misdrijf marktmanipulatie nader in te vullen. Daarmee komt de wet materieel ook in strijd met het belangrijke beginsel dat in ons strafrecht niet met terugwerkende kracht feiten strafbaar kunnen worden gesteld. Doorenbos waarschuwt voor de gevolgen: ‘Anders holt de kredietcrisis behalve de Staatskas ook rechtsbeginselen uit.’¹³⁰

127 Zie de NOS-site voor samenvattingen van de hoorzittingen in november 2011 in het kader van het tweede deel van het onderzoek: <http://nos.nl/dossier/309498-kamerenquete-kredietcrisis/tab/313/samenvattingen/>

128 *Kamerstukken II* 2009-2010, 31 980, nrs. 3-4, p. 134. Het eerste rapport gaat over de oorzaken van de kredietcrisis. De commissie zit nu, begin 2012, in de tweede fase van het onderzoek dat gaat over de crisismaatregelen die de regering heeft genomen en de rol van de Tweede Kamer daarbij.

129 Wet van 9 oktober 2008, *Stb.* 2008, 394.

130 Zie Doorenbos 2008.

Analyse casus Kredietcrisis

Bij de besluitvorming over de interventies ter bestrijding van de kredietcrisis lijken van toepassing zijnde rechtsnormen geen deel te hebben uitgemaakt van de overwegingen. Daarmee is het handelen in strijd met rechtsnormen zonder rechtvaardiging gebleven en is deze besluitvorming terecht genoemd als voorbeeld van rechtsrelativering. Is het niet evident dat de aandacht voor het juridische normenkader beperkt of achterwege blijft wanneer zulke grote belangen in het geding zijn? Dat zou betekenen dat relativering van het recht juist bij belangrijke beslissingen evident is. En voor zover andere argumenten een (impliciete) rechtvaardiging zou zijn, zoals tijdsdruk en geheimhouding, dan resteert de vraag waarom de van toepassing zijnde rechtsnormen niet zijn toegepast voor zover die argumenten geen rol speelden. Kamerleden, die zich begripvol toonden voor de argumenten, wezen de commissie-De Wit op de mogelijkheden die de regering – in het bijzonder de minister van Financiën – wel had om aan de wettelijk verplichte consultatie van en informatie aan de Kamer te voldoen. Overigens valt het op dat de Kamerleden zich hierbij richten op hun eigen informatiepositie en op de democratische lacune bij de overheidsinterventies in dit kader. Ook zij maken zich weinig zorgen over de rechtsstatelijke kant van de zaak. Dat blijkt duidelijk uit het feit dat niemand de vraag oproept waarom de rechtsnormen die juist geschreven zijn voor noodsituaties niet zijn gevolgd.

4.4.2 De Hedwigepolder

Om de groter wordende schepen richting de Antwerpse haven niet te laten stranden moet de vaargeul in de Westerschelde andermaal worden verdiept. De besluitvorming richt zich op het ontpolderen van de Hertogin Hedwigepolder ter compensatie van de schade aan de natuur als gevolg van de uitdieping. De Zeeuwen verzetten zich tegen de ontpoldering van het gebied dat juist door de strijd tegen het water is verworven.¹³¹ De Belgen – de Vlaamse regering en de havenautoriteit van Antwerpen – dringen aan op nakoming van de verdragsrechtelijke afspraak om uit te diepen en te ontpolderen.

Bij de Westerschelde hebben Nederland en België een gezamenlijk belang. Het Nederlandse belang is die van scheepvaartverkeer, van veiligheid en gezondheid. Voor België is het belang van de Westerschelde vooral gekoppeld aan de Antwerpse haven, waarvoor het de enige toegang vormt. Na de scheiding van Nederland en België zijn daarover afspraken gemaakt in het Tractaat van 19 april 1839. Het gemeenschappelijk beheer van de Westerschelde leidde in de loop van de geschiedenis tot nadere afspraken, soms in de vorm van een verdrag, zoals in het verdrag van 1948 waarbij de instelling van de 'Techni-

¹³¹ Ook bij de overstromingsramp in 1953 liep het verloren land van Saeftinghe, waar de Hedwigepolder is gelegen, nog onder water.

sche Scheldec commissie' werd geregeld ten behoeve van 'uitvoeren van studies omtrent het beheer van de Schelde.' Toenemende eisen van doorvaart, veiligheid en ecologie waren in 2005 aanleiding tot het

'Verdrag tussen de Vlaamse gemeenschap en het Vlaamse gewest, enerzijds en het Koninkrijk der Nederlanden, anderzijds betreffende de samenwerking op het gebied van het beleid en het beheer in het Schelde-estuarium.'¹³²

In dit verdrag werd een bestuurlijke structuur afgesproken waarmee de beveiliging tegen overstromingen, de optimale toegankelijkheid van Scheldehavens en de bevordering van een gezond ecosysteem systematisch kan worden aangepakt. Er kwam een Politiek college, een Ambtelijk college en een Uitvoerend secretariaat.

In hetzelfde jaar werd een tweede verdrag gesloten, het 'Verdrag tussen het Vlaams Gewest en het Koninkrijk der Nederlanden betreffende de uitvoering van de Ontwikkelingsschets 2010 Schelde-estuarium'. In artikel 3 lid 1 werd vastgelegd dat een verruiming van de vaarweg tussen zee en Antwerpen tot 13,10 meter tij-gebonden diepgang zou worden uitgevoerd. In lid 2 onder b van artikel 3 spraken partijen af dat in de Hertogin Hedwigepolder een intergetijdengebied¹³³ zal worden ontwikkeld.¹³⁴

Bij de behandeling van de verdragen bleek al de nodige weerstand te bestaan tegen de ontpoldering van de Hedwigepolder. In de motie Van der Staaij werd de regering uitgenodigd naar alternatieven om te zien en niet over te gaan tot onvrijwillige onteigening in de Hedwigepolder.¹³⁵ De motie was aanleiding voor de eerste commissie van onderzoek, de commissie Maljers. De commissie vraagt de Zeeuwen om alternatieven voor de ontpoldering van de Hedwigepolder. Zij ontvangt maar liefst 80 alternatieven. Na uitgebreide studie en vergelijking komt de commissie met enkele nader te onderzoeken alternatieven. Het nader onderzoek wijst al snel uit dat het toch geen alternatieven zijn voor de ontpoldering van de Hedwigepolder.

De minister kan ook niet voldoen aan de eis van de Kamer – zoals verwoord in de genoemde motie Van der Staaij – om de Hedwigepolder te bemachtigen op vrijwillige basis. De weerstand tegen de ontpoldering blijft, zowel in Zeeland als in de Kamer. Die weerstand in de Kamer leidt tot een motie van Koppejan waarin wederom wordt aangedrongen op de instelling

132 Trb. 2005, 310.

133 Dat betekent dat het gebied bij hoogtij onder water komt te liggen.

134 Ter uitvoering van dit verdrag werd in 2005 ook instemming bereikt over het 'Derde Memorandum van Overeenstemming tussen Vlaanderen en Nederland met betrekking tot de onderlinge samenwerking ten aanzien van het Schelde-estuarium'. In de memorandum bonden partijen elkaar om 'ten laatste in 2007 van start te gaan' met deze derde verdieping van de vaargeul in de Westerschelde en de projecten waaronder die in de Hedwigepolder.

135 *Kamerstukken II* 2006-2007, 26 980 nr. 30.

van een commissie om het onderzoek naar alternatieven voor te zetten.¹³⁶ Het wordt een commissie onder leiding van oud-minister Nijpels.

‘De commissie heeft de ruimte gekregen om tot het uiterste te gaan bij het verkennen van de ruimte die het Europese kader biedt, inclusief ecologisch goed onderbouwde mogelijkheden om het herstel van het Schelde-estuarium elders – buiten de Westerschelde – te realiseren.’

De commissie verzamelt 78 alternatieven (‘potentiële maatregelen’). Daaruit selecteert zij ‘5 kansrijke alternatieven’, die vervolgens uitgebreid worden geanalyseerd en vergeleken met het alternatief Hedwigepolder aan de hand van vier criteria: natuurlijkheid, draagvlak, realisatietijd en kosten. Maar ook de commissie Nijpels kan de Nederlandse regering niet vrijwaren van een moeilijke beslissing: de ‘Hertogin Hedwigepolder scoort het hoogst’, zo concludeert de commissie in haar eindrapport.¹³⁷

Niettemin besluit het Kabinet in april 2009, nadat de Kamer de nodige druk had uitgeoefend op de minister van LNV, de Hedwigepolder niet te ontpolderen. Nadat de Grontmij de bevindingen van de commissie Nijpels nog eens had bevestigd en de Antwerpse haven een schadeclaim aankondigde besloot het Kabinet in oktober 2009 om alsnog over te gaan tot ontpoldering.

In 2010 treedt het nieuwe Kabinet-Rutte aan. In het Regeerakkoord wordt het besluit tot ontpoldering weer teruggenomen met de zinsnede:

‘Nu de verdieping van de Westerschelde is afgerond, wordt er in overleg met Vlaanderen een alternatief ontwikkeld voor de ontpoldering van de Hedwigepolder in Zeeuws-Vlaanderen. Daarbij wordt ook gedacht aan de plannen die eerder door de Zeeuwse waterschappen zijn ontwikkeld.’¹³⁸

Staatssecretaris Bleker laat ter uitvoering van dit punt in het Regeerakkoord andermaal onderzoek doen naar ‘alternatieven voor natuurherstel in de Westerschelde anders dan de ontpoldering van de Hertogin Hedwigepolder’. Met de Provincie Zeeland en het Waterschap Scheldestromen draagt hij dit onderzoek op aan Deltares. In mei 2011 rapporteert Deltares dat het noodzakelijk natuurherstel toch noopt tot ontpoldering, maar dat ontpoldering van de Braakman-Noord een goed alternatief is voor die van de Hedwigepolder. In 2006 meende de commissie Maljers dit alternatief te moeten ontraden ‘om maatschappelijke en economische redenen’.¹³⁹

Ten tijde van dit schrijven, februari 2012, is de kwestie Hedwigepolder nog niet afgerond. Zowel vanuit België, in het bijzonder de Vlaamse regering, en vanuit de Europese Commissie krijgt de Nederlandse regering kritiek. De

136 *Kamerstukken II* 2007-2008, 30. 862, nr. 8.

137 Nijpels 2008.

138 Vrijheid en verantwoordelijkheid; Regeerakkoord VVD-CDA, september 2010, p. 29.

139 Maljers 2006.

Vlaamse minister-president Peters eist nakoming van de verdragsrechtelijke verplichting om de Hedwigepolder te ontpolderen. Ook de nieuwe minister-president van België heeft deze aanmaning kracht bijgezet. Daarnaast dringt ook de Europese Commissie aan op deze ontpoldering. De Commissie baseert zich niet op de verdragen tussen België en Nederland, maar op de verplichting tot compensatie van natuurschade op basis van de Habitatrictlijn.¹⁴⁰ EU-commissaris Potocnik laat per brief van 13 oktober 2011 de Nederlandse regering weten dat hij twijfelt aan de wetenschappelijke betrouwbaarheid van het Deltaresrapport en dat wetenschappers het eens zijn over de keuze voor ontpoldering van de Hedwigepolder. In zijn antwoordbrief van 20 januari 2012 schrijft staatssecretaris Bleker dat op grond van het Deltaresrapport een goed alternatief voor ontpoldering van de Hedwigepolder voorhanden is en dat artikel 6 van de Habitatrictlijn het desbetreffende land – in casu Nederland – ruimte laat in de keuze van het alternatief.¹⁴¹ Vervolgens schrijft de staatssecretaris dat hij het rapport van Deltares heeft voorgelegd aan ‘een aantal internationale experts’ die hebben aangegeven dat ‘er geen enkele twijfel kan bestaan over het wetenschappelijke gehalte van het door Deltares geleverde rapport.’ In de media relativeren de beide experts, Heyer en Van Beusekom hun oordeel en hun wetenschappelijke status. De laatste laat bovendien via de media weten dat hij zelf zou kiezen voor de ontpoldering van de Hedwigepolder, de ‘elegantste oplossing’.

Analyse casus Hedwigepolder

De vraag is of de casus inderdaad een treffend voorbeeld is van rechtsrelativering, zoals verondersteld door de directeuren die op deze casus wezen. Er is sprake van tweërlei normschending, namelijk artikel 3 eerste lid van het Verdrag tussen het Vlaams Gewest en het Koninkrijk der Nederlanden betreffende de uitvoering van de Ontwikkelingsschets 2010 Schelde-estuarium en artikel 6 (meerdere leden) van de Europese Habitatrictlijn. Over de laatste normschending zijn partijen – de Europese Commissie en de Nederlandse regering – het niet eens. De Nederlandse regering wijst erop dat artikel 6 van de richtlijn slechts een resultaatverplichting inhoudt en dat zij dus zelf mag kiezen welke maatregel zij neemt. Daartegenover staat de opvatting van de Europese Commissie dat inmiddels vaststaat dat de ontpoldering van de

140 Richtlijn 92/43/EEG van de Raad van 21 mei 1992 inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna. De compensatieverplichtingen waarom het hier gaat zijn geregeld in artikel 6 van de richtlijn. Ook bij de tweede uitdieping van de vaargeul in de Westerschelde zag de Europese Commissie aanleiding om Nederland op de natuurcompenserende verplichtingen op grond van deze Habitatrictlijn te wijzen.

141 ‘Op grond van de Habitatrictlijn heeft de Nederlandse regering een resultaatverplichting. De Europese Commissie kijkt of een lidstaat de doelen realiseert, niet hoe een lidstaat dat doet. (...) De Habitatrictlijn (artikel 6 lid 1 en 2) eist uiteraard niet het onmogelijke of onredelijke van een lidstaat (...)’

Hedwigepolder de enige optie is omdat gelijkwaardige alternatieven ontbreken. De uitkomst van dit dispuut laat zich moeilijk voorspellen.

Bij afwegingen aan Nederlandse zijde tref je overigens nergens enige zorg om eventuele strijdigheid met het Europese recht, waardoor een rechtvaardiging daarvan ook achterwege blijft en zal blijven. Dit laatste is nog duidelijker het geval bij de andere strijdigheid met het recht die het overheidshandelen hier laat zien, namelijk die in strijd met verdragsbepalingen. Zelfs in het juridische advies dat een deel vormt van het Deltaresrapport treffen we in de afweging niets over dit juridische bezwaar. Terzijde merk ik hierbij op dat het ook hier weer opvalt dat het juridische advies aan een externe instantie is gevraagd, in casu een advocatenkantoor. Zij tonen geen scrupules om de juridische vraagstelling te versmallen naar de vraag of artikel 6 uit de Habitatrichtlijn op zichzelf dwingt tot het Hedwigepolder-alternatief.

Er is hier, kortom, zeker sprake van rechtsrelativering; in elk geval relativering met betrekking tot de verdragsrechtelijke normering. We zien hier een discussie die weliswaar inbreuk op rechtsnormen betreft, maar waarin eventuele schending van het recht geen onderwerp van aandacht blijkt te zijn. Niet onvermeld moet blijven dat enige discussie mogelijk is over de vraag op welk moment sprake is van de hier bedoelde schending van de verdragsrechtelijke verplichting. Is dat het tijdstip waarop is afgesproken dat met de werkzaamheden moet worden begonnen, aanvankelijk in 2007 en later opgeschoven naar 2010? Of wordt het moment van schending naar achteren geschoven wanneer onderzoek wordt gedaan naar een gelijkwaardig alternatief? Wanneer dit laatste als mogelijk uitstel van de normschending wordt opgevat komt in deze casus de vraag aan de orde of die schending steeds weer wordt opgeschoven wanneer een van de partijen beslist tot weer een nieuw onderzoek. De commissie Maljers, de commissie Nijpels en de Grontmij kwamen steeds met dezelfde conclusie, wat de Nederlandse regering niet belette om een vierde onderzoek-opdracht te verstrekken met dezelfde vraag: zoeken naar een alternatief voor de ontpoldering van de Hedwigepolder.

Naast relativering van recht zou je in deze casus ook over relativering van wetenschap kunnen spreken. Want ook hier wordt niet gekeken wat in de wetenschappelijke kring op dit terrein wordt gezien als de aangewezen oplossing, in casu het wel of niet bestaan van een aanvaardbaar alternatief voor ontpoldering van de Hedwigepolder. Er wordt lang gezocht naar een wetenschapper die bereid blijkt een legitimatie te geven voor een alternatief en dat standpunt maakt de politieke bestuurder onmiddellijk tot de zijne met een beroep op de wetenschap. Hierop richt zich ook een bezwaar van Eurocommissaris Rehn, waar deze de Nederlandse regering erop wijst dat het advies van Deltares afwijkt van wat in wetenschappelijke kring als de juiste oplossing wordt gezien.

4.4.3 Aanbesteding van gemeentelijke thuiszorg

Op grond van de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo) zijn de gemeenten met ingang van 1 januari 2007 verantwoordelijk voor de huishoudelijke zorg. Zij laten deze zorg zoveel mogelijk door derden – in casu thuiszorgorganisaties – uitvoeren, zo stelt de wetgever in artikel 10 Wmo. Al bij de totstandkoming van deze wet werden bezwaren geopperd tegen de verplichting tot aanbesteding die de gemeenten in acht zouden moeten nemen volgens de bepalingen van de Europese Richtlijn 2004/18/EG.¹⁴² De regering bleef, bij monde van staatssecretaris Ross-van Dorp, van mening dat aan de verplichte aanbesteding niet te tornen valt. Daarop dienden de SP en Groen Links een motie in waarin werd aangedrongen op een afzonderlijke spoedwet om in de Wmo op te nemen dat Europese aanbesteding niet verplicht is. De motie haalde geen meerderheid. Vervolgens kwam het Kamerlid Kant, destijds fractievoorzitter van de SP, met een initiatiefontwerp ‘tot beëindiging van de verplichting tot het aanbesteden van maatschappelijke ondersteuning.’¹⁴³

Het initiatiefvoorstel bevat een aan de Wmo toe te voegen artikel 10a met de volgende tekst: ‘Bij het laten verrichten van maatschappelijke ondersteuning door derden, kan het college van burgemeester en wethouders afwijken van nationale en Europese regelgeving die betrekking heeft op aanbesteding.’

In zijn advies concludeert de Raad van State ‘dat het voorgestelde artikel 10a Wmo in strijd is met het Europese recht.’¹⁴⁴ De initiatiefnemer laat vervolgens artikel 10a vervallen, maar voegt vervolgens een derde lid toe aan het bestaande artikel 10 waarin onder meer staat: ‘Het college is daarbij niet verplicht tot het uitschrijven van een aanbesteding.’

Aan dit initiatiefontwerp zijn nog twee andere ontwerpen toegevoegd, een waarin vaste basistarieven voor huishoudelijke verzorging worden vastgesteld en een waarin de gemeenten het budget voor die verzorging moeten ontvangen in de vorm van een specifieke uitkering. Bij de behandeling van het wetsontwerp blijken, ondanks sympathie bij sommige fracties voor de strijd tegen de verplichte aanbesteding, de nodige twijfels te bestaan of het voorgestelde artikel 10a derde lid niet in strijd is met de eerdergenoemde Europese richtlijn. De bezwaren van het Kamerlid Kant dat zij deze kwestie voldoende heeft ‘uitgevogeld voor de behandeling van dit wetsvoorstel’ en dat ‘de meerderheid in de Kamer en vorige Kabinetten stelselmatig een verkeerde uitleg hebben gegeven aan de wet’ nemen de twijfel niet weg. De stelling van de indiener is hier dus dat het een kwestie is van interpretatie is. Haar interpretatie van

142 Richtlijn van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (2004/L0018). De richtlijn is in de Nederlandse regelgeving opgenomen met het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao)

143 *Kamerstukken II* 2007-2008, 31 353 nrs. 1 – 3.

144 *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 353, nr. 4, p. 4.

de richtlijn is dat de diensten waar het hier om gaat vallen onder de uitzonderingen, genoemd in de bijlage II-B van de richtlijn, op grond waarvan aanbesteding niet verplicht is.

Tijdens de behandeling van het wetsontwerp geeft staatssecretaris Bussemakers haar opvatting over het initiatiefontwerp (verslag 3 februari 2010, 50-4688). Evenals haar voorganger stelt zij dat moet worden uitgegaan van verplichte aanbesteding, tenzij de gemeente de zorg zelf ter hand neemt door zorgverleners in eigen dienst te nemen. Niettemin toont de staatssecretaris zich in het debat onzeker over haar eigen standpunt, zoals blijkt wanneer zij zegt: '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.' Die onzekerheid is voor de haar aanleiding geweest de Europese Commissie vragen te stellen over de plicht tot aanbesteding in dit kader.

In haar reactie op de gestelde vragen laat de Europese Commissie geen twijfel bestaan over de aanbestedingsplicht. Nadat de Commissie er nog even op wijst dat (prejudiciële) vragen over de uitleg van een Europese richtlijn niet het werk van de Commissie maar van het Hof van Justitie is, zet de commissie uiteen dat de gemeenten bij het inkopen van huishoudelijke verzorging boven een bedrag van 193.000 euro de Richtlijn 2004/18/EG in acht moeten nemen en dat het niet waarschijnlijk is dat de aan te besteden diensten vallen onder de uitgezonderde diensten als genoemd in bijlage II-B van de richtlijn. Indien toch sprake zou zijn van II-B diensten, dan is toch sprake van een – weliswaar lichtere – aanbestedingsplicht, omdat het hier om een grensoverschrijdend belang gaat, aldus de Commissie. Het is aan de gemeenten om, indien zij dat willen, de argumenten te vinden waarom de diensten toch onder II-B zouden vallen of toch niet een grensoverschrijdend belang betreffen.

Nadat de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport het advies van de Europese Commissie aan de Kamer heeft gezonden,¹⁴⁵ wordt de behandeling van het initiatiefontwerp weer voortgezet.¹⁴⁶ Het is het laatste parlementaire optreden van initiatiefneemster Kant. De PVV (De Mos) stemt in met het initiatiefontwerp en stelt voor het advies van 'bemoeial Europa (...) snel te prullemanderen.' De SP-fractie wil zich niet laten 'regeren door ambtenaren van de Europese Commissie.' Het CDA (Willemse-van der Ploeg) meent dat steun geven aan dit initiatiefvoorstel impliceert het 'opzijleggen' van wet- en regelgeving en denkt 'dat dit juridisch niet kan.' Evenals het CDA vindt de SGP het een 'lastige afweging' en laat het definitieve standpunt afhangen van de reactie van de initiatiefnemer en van de minister¹⁴⁷ op de brief van de Europese Commissie. Groen Links (Vendrik) meent dat het wel kan als 'wij met elkaar afspreken dat deze huishoudelijke hulp een II-B-dienst is.' 'Dan

145 Brief van 7 mei 2010 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer. *Kamerstukken II* 2009-2010, 31 353, nr. 10.

146 Handelingen II 2009-2010, 84, p. 7093 e.v.

147 Bij deze voortgezette behandeling treedt de minister op.

zou ik zeggen: minister, ga terug naar Brussel en zeg gewoon: stop met deze gekte; wij beschouwen in Nederland huishoudelijke verzorging als een II-B-dienst waar geen verplichte aanbesteding voor geldt.' Volgens de PvdA (Wolbert) is de uiteenzetting van de Europese Commissie 'een uiterst teleurstellende, mogelijk niet goed doordachte en bovendien ook nog te bestrijden visie.' De VVD (Van Miltenburg) kan zich geheel vinden in de opvatting van de Europese Commissie dat hier sprake is van een aanbestedingsplicht.

De minister zet, als adviseur tijdens dit overleg, nog eens uiteen dat het advies van de Europese Commissie het standpunt van de regering bevestigt. Tegen de woordvoerders die vinden dat de minister kritischer met dit advies had moeten omgaan zegt zij: 'Ik kan toch niet zeggen dat we niets met dat advies hoeven te doen?' Het komt erop neer dat de aanbesteding alleen achterwege kan blijven wanneer gemeenten dit in eigen beheer uitvoeren. Zodra zij aan derden opdracht geven moeten zij Europees (2A-dienst) of in lichte vorm (2B-dienst) aanbesteden. Van welke dienst sprake is kan worden vastgesteld aan de hand de bestaande codering. Het wetsvoorstel van mevrouw Kant is daarom 'contra legem'. Het weerhoudt de meerderheid van de Kamer niet om voor het wetsontwerp te stemmen.¹⁴⁸ Ook niet de mededeling van de minister dat hij zijn opvolger zal adviseren om het contraseign niet te geven wanneer beide Kamers zouden instemmen met dit initiatiefontwerp. Kamerlid Kant beleefde na tien jaar Kamerlidmaatschap 'op de valreep haar hoogtepunt', aldus fractiegenote Leijten.¹⁴⁹

Analyse casus Aanbesteding thuiszorg

Is er sprake van rechtsrelativering? Eerste vraag is dan die over de zekerheid dat het voornemen – in casu het wettelijke regelen dat geen verplichte aanbesteding bestaat – in strijd is met het recht. Die zekerheid kan worden aangenomen door (a) het interne advies van de overheidsjuristen (zelfde als die van de Europese Commissie), (b) standpunt van de vorige staatssecretaris bij de totstandkoming van de Wmo, (c) het advies van de Raad van State en (d) de praktijk van de gemeenten tot nu toe. Ondanks dit advies stelt de staatssecretaris bij de behandeling van deze wet dat nog de nodige onduidelijkheid bestaat (zie haar advies bij de wetsbehandeling in de Kamer). Het uiteindelijke handelen van de staatssecretaris kan nog niet worden beoordeeld omdat de regering nog niet aan zet is. De minister zegt later aan de Kamer dat hij zijn opvolger zal adviseren niet te contraseigneren. Niet duidelijk is of hier sprake is van het alsnog eerbiedigen van de rechtsnorm of dat de minister, door het aan de Europese Commissie te vragen, zichzelf heeft gebonden aan de beantwoording daarvan.

148 Voor stemden de fracties van de SP, de PvdA, GroenLinks, de PvdD, de SGP, de PVV en het lid Verdonk. Tegen stemden de fracties van het CDA, de ChristenUnie, D66 en de VVD.

149 Handelingen II 2010-2011, 80, p. 17-75 (interpellatiedebat). De Eerste Kamer heeft het initiatiefontwerp op het moment van schrijven (november 2011) nog in behandeling.

De Tweede Kamer gaat er wel toe over om willens en wetens in strijd met het recht te handelen – na de genoemde adviezen komt daar nog het advies van de Europese Commissie bij – zonder hiervoor een rechtvaardiging te geven.

In de interactie zien we dat de staatssecretaris respectievelijk de minister domineren – het advies van de overheidsjurist wordt in feite terzijde gelegd – en aanvankelijk geneigd zijn met de rechtsrelativerende Kamerleden mee te bewegen. Hun optreden kan allerm minst law driven worden genoemd. In plaats van zelf ‘nee’ te zeggen, verschuilen zij zich achter de Europese Commissie. De Kamerleden bekritisieren dat de minister het advies niet heeft geprobeerd te weerleggen. Evenzo zou kritisch kunnen worden gekeken naar het feit dat zij het advies ook niet hebben onderschreven.

De overheidsjurist in kwestie heeft zich niet rechtsrelativerend opgesteld. Hij heeft gewezen op de strijd met het recht. Wel komt hij in de knel wanneer hij wordt gevraagd de vragen aan de Europese Commissie te stellen. Nouhuys noemt het stellen van deze vragen terecht *gênant* voor onze overheid; meest *gênant* is het voor de overheidsjurist, die weet dat voor het beantwoorden van die vragen geen bijzondere deskundigheid is vereist.¹⁵⁰ Het is alsof een ervaren scheidsrechter door zijn organisatie wordt gedwongen een collega te vragen wat de buitenspelregel inhoudt. De overheidsjurist in kwestie wees mij erop dat de strategie van bewindslieden om in geval van een onwelgevallig advies een tweede of eventueel derde advies te vragen in opkomst is. In de voorafgaande casus over de Hedwige polder bleek zelfs het derde advies niet het laatste.

4.4.4 Inburgering Turkse immigranten

Volgens de op 1 januari 2007 in werking getreden Wet inburgering moeten alle vreemdelingen die in Nederland verblijven (oudkomers) of naar ons land komen (nieuwkomers) binnen een bepaalde termijn het inburgeringsexamen hebben gehaald. Voldoen zij hieraan niet dan krijgen zij een boete opgelegd van 500 euro. Uiterlijk binnen twee jaar moet dan alsnog het examen zijn gehaald. Niet halen van deze herkansing leidt tot een boete van 1000 euro. Die boete krijgen vreemdelingen vervolgens elke twee jaar opgelegd zolang zij het examen niet hebben behaald.

Op grond van het Associatieverdrag dat de toenmalige EEG sloot met Turkije¹⁵¹ en de daaruit voortkomende nadere regelgeving in een protocol¹⁵²

¹⁵⁰ Nouhuys 2011.

¹⁵¹ Het in 1963 gesloten verdrag werd goedgekeurd bij besluit van de Raad op 23 december 1963, Pb 1964, 217, p. 3685.

¹⁵² Het Aanvullend Protocol van 1970, goedgekeurd bij besluit van de Raad van 19 december 1972, Pb L 293, p. 1.

en in een besluit van de in het kader van het verdrag opgerichte Associatieraad¹⁵³ geldt voor Turkse onderdanen hetzelfde als voor de onderdanen van de lidstaten van de Europese Unie, namelijk dat zij op grond van artikel 5 lid 2.a van de Wet Inburgering niet inburgeringsplichtig zijn.

Bij de totstandkoming van de wet brachten de betrokken overheidsjuristen het Associatieverdrag al onder de aandacht van de bewindspersoon. Toen deze vond dat het niet zo kon zijn dat het verdrag de inburgeringsplicht van Turkse immigranten in de weg zou staan, motiveerden de juristen in de memorie van toelichting dat van dit beletsel geen sprake is. De motivering was dat het besluit van de Associatieraad uitging van onderdanen die al legaal zijn toegelaten in een lidstaat en aldaar tot de arbeidsmarkt. 'Het Besluit komt dus niet aan de bevoegdheid van een lidstaat inzake de eerste toelating, verblijf en de toegang tot de arbeidsmarkt,' aldus de toelichting. Als tweede argument wordt gesteld dat de verplichting om 'de minimaal noodzakelijke kennis en vaardigheden' te verwerven geen aanscherping is van de voorwaarden voor het verrichten van loonarbeid en wordt de uitoefening van de in het Associatierecht genoemde rechten niet belemmerd.

Het is de bewindspersoon bekend dat externe deskundigen daarover een ander oordeel hebben. De memorie van toelichting wijst al op een studie van de Universiteit van Tilburg waaruit blijkt dat geen zekerheid bestaat over de mogelijkheid om aan Turkse immigranten de inburgeringsplicht op te leggen. 'Naar de mening van de regering is dat niet het geval,' zo staat in de memorie van toelichting. De Raad van State wees in zijn advies van 3 augustus 2006 op het Associatieverdrag en het daaruit voortvloeiende beletsel om Turkse immigranten te verplichten tot het inburgeringsexamen. Daarnaast schreven achttien hoogleraren die zich aan verschillende universiteiten bezighouden met vraagstukken van migratie en integratie een open brief naar de leden van de Eerste Kamer, waarin zij, naast het ruimere punt over oudkomers, ook wezen op dit verdrag.¹⁵⁴

Voorspelbaar was dat de kwestie aan de rechter zou worden voorgelegd. Een Turkse vrouw – geboren in 1969 en sinds 1983 in Nederland – ging in beroep nadat de gemeente Vlaardingen haar bij besluit van 27 mei 2009 mededeelde dat zij uiterlijk 19 mei 2014 het inburgeringsexamen moet hebben behaald. De rechtbank Rotterdam verklaarde op 12 augustus 2010 het beroep gegrond en vernietigde het besluit van de gemeente Vlaardingen. Op dezelfde datum vonniste de Rotterdamse rechtbank overeenkomstig op het beroep van een in 1982 geboren Turkse man uit Rotterdam die sinds mei 2007 in Nederland verblijft, bij zijn echtgenote die vanaf 1978 in Nederland woont. Op 15 oktober 2010 concludeerde ook de rechtbank Roermond dat het Associatieverdrag en de daaruit voortvloeiende regelgeving een inburgeringsplicht in de weg staan. De rechtbank vernietigde het besluit van de gemeente Roermond

153 Besluit 1/80 van 19 september 1980.

154 HE/jv/0210062 (oktober 2006).

waarbij aan een Turks echtpaar – geboren in 1949 (man) en in 1955 (vrouw) en verblijvend in Nederland sinds 1976 respectievelijk 1990 – werd meegedeeld dat zij voor 19 maart 2014 het inburgeringsexamen moeten hebben behaald. De drie gemeentebesturen tekenen hoger beroep aan tegen de rechtbankvonnissen bij de Centrale Raad van Beroep (CRvB). De raad komt tot een zelfde conclusie als die de rechtbanken trokken. Het associatierecht verbiedt aan (niet tijdelijke) Turkse immigranten een inburgeringsplicht op te leggen. De CRvB wijst op eerdere uitspraken over de strekking van het Associatieverdrag (en nadere regelingen) van het Hof van Justitie van de EU, op grond waarvan

‘geen andere conclusie kan worden getrokken dan dat de in de Wet Inburgering neergelegde inburgeringsplicht voor Turkse staatsburgers die een beroep kunnen doen op artikel 41, eerste lid, van het Aanvullend Protocol dan wel op de artikelen 6, 7 of 13 van Besluit 1/80, in strijd is met die artikelen (...). Dat de inburgeringsplicht (ook) voor Turkse staatsburgers positieve effecten kan hebben voor hun integratie in de Nederlandse samenleving, kan niet leiden tot het oordeel dat de uit het associatierecht voor de lidstaten van de EU voortvloeiende juridische verplichtingen niet meer gelden.’¹⁵⁵

De gemeenten hadden ook de stelling ingenomen dat er tenminste ruimte was voor twijfel over de consequenties van het Associatieverdrag en nadere regelingen. Om die reden zou, aldus de gemeenten in hun beroepsschrift, aanleiding zijn om eerste een prejudiciële beslissing te vragen aan het Hof van Justitie. Volgens de CRvB is hier van twijfel geen sprake: ‘de Raad (is) van oordeel dat sprake is van een zogeheten acte éclairé, zodat er geen grond is voor het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof. Naast de gemeentebesturen was ook de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties¹⁵⁶ in hoger beroep gegaan. De centrale raad verklaarde de minister echter niet ontvankelijk omdat hij niet het bestuursorgaan was dat het in hoger beroep bestreden besluit had genomen.’¹⁵⁷

Analyse casus Inburgering Turkse immigranten

Is deze casus terecht genoemd als voorbeeld van rechtsrelativering? Er kan geen twijfel bestaan dat hier bewust in strijd werd gehandeld met het desbetreffende juridische normenkader. Het advies van de overheidsjuristen, het advies van de Raad van State en de brief van de achttien hoogleraren waren eensluidend over de betekenis van het Associatieverdrag dat de EEG destijds sloot met Turkije en van het Aanvullend Protocol en het daaropvolgende besluit van de Associatieraad. Ten tijde van de besluitvorming is geen aandacht

¹⁵⁵ Centrale Raad van Beroep, 16 augustus 2011, LJN: BR4959.

¹⁵⁶ Bij indiening was dit minister Van Middelkoop. Ten tijde van de uitspraak van de CRvB was minister Donner de minister van BZK.

¹⁵⁷ Dit vereiste is geregeld in de Beroepswet, artikel 18, eerste lid. Zie voor de uitspraak: Centrale Raad van Beroep, 16 augustus 2011, LJN: BR 4701.

besteed aan een rechtvaardiging van dit handelen in strijd met het recht, maar is gezocht naar een juridische redenering. Ook nu steeds meer landen tot de EU zijn gaan behoren is het ook steeds minder overtuigend om te beweren dat het maken van een uitzondering voor personen van Turkse nationaliteit, naast die van 26 andere nationaliteiten, een groot politiek beleidsprobleem oplevert. Daarbij is denkbaar dat Turkije in de toekomst deel uitmaakt van de EU waardoor de inburgeringplicht voor Turken alsnog komt te vervallen. Mijn conclusie is daarom dat de casus hier terecht is genoemd als voorbeeld van rechtsrelativering. Zelfs de minister constateert achteraf dat haar besluit om ook personen van Turkse nationaliteit die hier duurzaam verblijven onder de inburgeringplicht te laten vallen te typeren is als rechtsrelativering.¹⁵⁸ De betrokken overheidsjuristen hebben in eerste instantie negatief geadviseerd wegens strijd met het Associatieverdrag c.a. en toonden zich in tweede instantie bereid zorg te dragen voor een motivering van het tegendeel.

Opvallend is overigens de pogingen die de overheid blijft ondernemen om de rechter te overtuigen van de juistheid van de besluitvorming en vervolgens om de rechterlijke besluitvorming te vertragen met een kansloos hoger beroep – de minister was evident niet het bestuursorgaan in kwestie – en door aan te dringen op het vragen van een prejudicieel advies aan het Hof van Justitie van de EU. Bovendien valt op dat de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties daags na de definitieve rechterlijke uitspraak van de Centrale Raad van Beroep concludeert dat Turkse onderdanen die hier duurzaam verblijven toch het inburgeringsexamen moeten behalen en dat hij daarom zal kijken naar een andere weg om dat te bereiken. De beoogde route staat in het Regeerakkoord VVD-CDA: ‘Het Kabinet zet zich ervoor in het Associatieakkoord EU-Turkije zodanig aan te passen dat inwoners van Turkije onder de inburgeringplicht komen te vallen.’¹⁵⁹

4.5 CONCLUSIE

Uit de voorafgaande analyse van de *liberi amicorum* en uit de interviews concludeer ik dat het voorkomen van rechtsrelativering als een – niet dé – handelingspraktijk binnen de overheid waarschijnlijk is. De uitspraken van de overheidsjuristen in de genoemde publicaties wijzen op een interactie met bewindslieden en op een beroepsopvatting van overheidsjuristen die wijzen op rechtsrelativering. Uitgaande van de regelmatig voorkomende motieven

158 In het interview over het boerkaverbod zei de toenmalige minister, mevrouw Verdonk, dat de besluitvorming over het boerkaverbod niet als rechtsrelativering zou zijn op te vatten, maar het hier besproken besluit over de inburgeringplicht voor Turken wel. ‘Wij vonden gewoon dat het maken van een uitzondering voor Turkse immigranten niet redelijk zou zijn.’

159 Vrijheid en verantwoordelijkheid: Regeerakkoord VVD-CDA, september 2010.

van bewindspersonen om het recht te relativieren wordt rechtsrelativering waarschijnlijk naarmate de (weerstands)macht van de overheidsjuristen minder sterk is en hun beroepsopvatting zich minder verzet tegen die relativering. Die macht wordt door henzelf als beperkt gepercipieerd. Daarbij heeft de directeur Wetgeving en Juridische Zaken vaak een onzekere positie¹⁶⁰ en wordt regelmatig (concurrerend) extern juridisch advies ingewonnen. De beroepsopvatting biedt bovendien de nodige ruimte voor rechtsrelativering. Deze opvatting is gericht op wat ik een *embedded* rechtsvisie noemde en op een positionering die zich in de loop van de tijd is gaan bewegen van een rechtersrol naar een advocatenrol. Overigens bestaat over die laatste rolontwikkeling geen eenstemmigheid; niet over de richting en niet over de plaats op het continuüm tussen beide rollen. Ofschoon de beroepsopvatting rechtsrelativering toelaat bestaat ook onzekerheid over het antwoord op de vraag hoe ver je kunt gaan.

Meer concreet wijzen de volgende handelwijzen op rechtsrelativering als handelingspraktijk binnen de overheid:

- Aan de rechtsstaat ontleende argumentatie en negatieve advisering (nee zeggen) worden als ontoelaatbaar gepercipieerd.
- Belangrijke overheidsinstanties als de Tweede Kamer, de Raad van State en het ministerie van Veiligheid en Justitie zijn minder werk gaan maken van juridische toetsing van beleidsvoornemens.
- Herhaaldelijk komt de opvatting naar voren dat negatieve adviezen van de Raad van State, ook waar het gaat om de rechtsconformiteit van het beleidsvoornemen, in afnemende mate als beletsel worden ervaren.¹⁶¹
- Risicoanalyse, waarbij de overschrijding van een rechtsnorm door de overheid alleen problematisch wordt geacht als hiervan ongewenste gevolgen zijn te vrezen, is een volledig geaccepteerde handelingspraktijk geworden die ook onder overheidsjuristen nauwelijks wordt geproblematiseerd.

Dat rechtsrelativering niet haaks staat op de beroepsopvatting maakt dat directeurs daarover wel met aandacht en betrokkenheid maar niet met afkeer hierover spreken. In het algemeen hebben zij er geen normatief geladen standpunt over. Dat wordt anders wanneer de bewindspersoon geen enkel gevoel toont voor het belang van de juridische afweging of een juridisch bezwaar benadert als een tekortkoming van de directeur of van de onder haar of hem ressorterende overheidsjuristen.

¹⁶⁰ Ik doel hier op de onzekerheid over de (continuïteit van zijn) zetel in de Ministerstaf, over de bevoegdheid zich rechtstreeks tot de minister te wenden en over het hebben van de positie van chief legal officer.

¹⁶¹ Bij (formele) wetgeving spreekt men wel van het wegschrijven van die adviezen. Feit is wel dat dit nog niet zo eenvoudig is vast te stellen. Onlangs wees Veerman (2011) daar nog eens op.

De meeste bewindslieden tonen niet een zo vergaand *dédain* en laten dergelijke ingebrekestellingen achterwege omdat zij ten minste enig belang hechten aan de overeenstemming van hun handelen en beleidsvoornemens met de daarop van toepassing zijnde rechtsnormen. Voor zover zij hechten aan juridische legitimering van hun beleidsvoornemen, maar de juridische gronden daarvoor (lijken te) ontbreken zien we bewindspersonen diverse strategieën bewandelen. Op grond van de analyse in dit en in het voorafgaande hoofdstuk kom ik tot de volgende vier legitimeringstrategieën:

- 1 Het claimen van een rechtsvrije ruimte.
Door dit te doen verklaart de bewindspersoon de juridische vraag buiten de orde, bijvoorbeeld door te stellen dat het probleem in kwestie geen juridisch probleem is.
- 2 Shoppen.
De bewindspersoon zoekt naar een jurist die voor de juridische legitimatie wil zorgen en mijdt de jurist die dat niet wil doen. Het laatste is aan de orde wanneer de bewindspersoon eerst verkend of hij een negatief advies kan verwachten om vervolgens de adviesvraag achterwege te laten. Zoeken naar een positief advies gebeurt niet zelden buiten de deur: een individuele expert, een commissie van deskundigen of juridisch bureau bij de keuze waarvan ook rekening kan worden gehouden met de opvattingen van de in te schakelen personen. Het kan hier gaan om incidenteel in te schakelen personen of organisaties of vaste externe relaties zoals die met de Extern Volkenrechtelijk Adviseur of de Landsadvocaat.
- 3 Een eigen juridische interpretatie geven die het eigen beleidsvoornemen legitimeert.
Deze strategie ligt meer voor de hand wanneer de minister zelf jurist is. De hantering ervan treffen we niet alleen bij het nemen van besluiten, maar ook bij het terzijde leggen van een advies van de Raad van State met de zinsnede dat de minister een andere opvatting of interpretatie heeft.
- 4 Het moment van normoverschrijding uitstellen.
Deze strategie komt overeen met die onder punt 2. Het verschil is dat het hier gaat om opeenvolgende pogingen om oplossingen te bereiken die wel in overeenstemming zijn met de van toepassing zijnde rechtsnormen. Hier wordt gezocht naar een mogelijkheid de feiten in overeenstemming te brengen met dat wat rechtens vereist is.

Het kiezen voor een van deze strategieën wijst erop dat de bewindspersoon enigerlei scrupules toont bij het overschrijden van rechtsnormen, anders dan in het geval van de bewindspersoon die aangeeft het zeker te doen als de overheidsjurist zegt dat het juridisch ontoelaatbaar is. Niettemin reken ik de strategieën toch tot rechtsrelativering voor zover duidelijk is dat het handelen of beleidsvoornemen niet in overeenstemming is met van toepassing zijnde rechtsnormen. Stellen dat militair optreden tegen een ongewenst regime geen

rechtsvraag is maar een politieke vraag (Irak) of dat de Europese Commissie moet worden gevraagd of van aanbesteding kan worden afgezien impliceert dat de steller simpelweg het negatieve juridische advies ontwijkt. Dat is niet anders wanneer een gelegeheidsinterpretatie wordt gekozen waar juristen op het desbetreffende terrein min of meer unaniem zijn over de juridische bezwaren. En ook het in beroep gaan tegen een beslissing die al door diverse rechterlijke uitspraken is bevestigd en het opnieuw laten zoeken naar alternatieven waar men zich al aan een bepaald alternatief juridische committeerde zijn voorbeelden van situaties waarin men willens en wetens niet bereid is te voldoen aan dat waartoe men juridisch verplicht is. Men zou hier van een juridisch vorm van filibusterring kunnen spreken.

5 | Over oorzaken en gevolgen

5.1 Inleiding

Aan het slot van deze studie zal ik dit hoofdstuk beginnen met het beantwoorden van de in het eerste hoofdstuk gestelde vragen (paragraaf 5.2.). Uit die antwoorden zal blijken dat zich onmiddellijk nadere vragen opdringen en dat nader onderzoek daarom de moeite waard lijkt. Voor een dergelijk vervolg lijkt het mij zinvol om niet alleen de omvang van de empirie te vergroten, maar ook die van de theorie. In het eerste hoofdstuk heb ik de theoretische verklaring voor het verschijnsel rechtsrelativering gezocht in de aanpassingsgeschiedenis van het recht. Die geschiedenis liep van de vermaatschappelijking van het recht in de tweede helft van de 19^e eeuw tot de ontwikkeling van het recht als instrument in handen van de overheid in de tweede helft van de 20^e eeuw. Rechtsrelativering is dan te begrijpen als een volgende aanpassingsfase.

Deze aan de rechtsgeschiedenis ontleende theorievorming volstaat niet omdat deze slechts een deel van de bestudeerde en te bestuderen werkelijkheid betreft. Rechtsrelativering is immers niet alleen een zaak van aanpassing van het recht aan het tijdsgewricht. Het is ook een element van een maatschappelijke ontwikkeling of modernisering waarin mogelijk sprake is van een toegenomen relativering. Ook is rechtsrelativering te beschouwen als element van democratisering, in het bijzonder waar spanning tussen democratie en rechtsstaat aan de orde is. Een derde verklaring voor rechtsrelativering kan worden gezocht in de ontwikkeling op het terrein van het bestuursrecht, vooral de ontwikkeling naar een horizontaler bestuur. In paragraaf 5.3. zal ik de mogelijke relevantie van deze theorievorming voor de (nadere) verklaring van rechtsrelativering aangeven.

Ten slotte geef ik een beoordeling van de resultaten onder de noemer 'eindconclusies en implicaties', waarbij ik – in aansluiting op het eerste hoofdstuk – onderscheid maak tussen rechtsstaat en functie van de overheidsjurist.

5.2 ANTWOORD OP DE VRAGEN

De in het eerste hoofdstuk gestelde vraag of rechtsrelativering voorkomt (vraag 2) en zo ja, of die zelfs voorkomt als handelingspraktijk (vraag 5) heb ik in het derde en vierde hoofdstuk positief beantwoord. Op het sterk vereenvoudigde speelveld waar bewindspersonen en overheidsjuristen met elkaar

samenwerken, althans samen werken, zien we dat de bewindspersoon in hoge mate gericht is op het realiseren van beleidsvoornemens en op behoud van de politieke positie. Voor het in acht nemen van rechtsstatelijke imperatieven hebben bewindspersonen in het algemeen veel minder of geen belangstelling. Uit de in paragraaf 4.5 geschetste strategieën komen verschillende rechtsopvattingen naar voren. Naast een afwijzende houding, zien we ook een meer gedistantieerde opvatting waarbij het recht als een aangelegenheid van overheidsjuristen wordt gezien, een kritische houding waarbij wordt gesteld dat de binding van de overheid aan het recht (in strijd met de bedoeling) overdreven wordt en een opvatting die uitgaat van het bestaan van een rechtsvrije ruimte. Ook zou hier nog een particularistische rechtsopvatting kunnen worden genoemd, waarbij de bewindspersoon een afwijkende – niet door (andere) juridische experts gedeelde – interpretatie van vermeend toepasselijke rechtsnormen geeft. Aannemelijk is dat deze opvattingen, zoals alle opvattingen, meer of minder positiebepaald of zelfs opportunistisch zijn.

De relatie tussen rechtsopvatting en positie lijkt ook zichtbaar bij de overheidsjuristen. Anders dan ik aannam in het eerste hoofdstuk, bieden zij minder (eenduidig) tegenwicht aan de ministeriële rechtsrelativering, omdat ook zij niet uitgaan van een autonomie van het recht ten opzichte van de politiek. Overigens gaan zij uit van het ideaal van flexibiliteit van het recht waardoor zij menen nooit nee te moeten verkopen of in elk geval de deur op een kier te kunnen of moeten zetten. Loyaliteit is kenmerkend voor de ambtelijke positiebepaling. Deze lijkt niet alleen te worden verklaard door de beperkte organisatiemacht, maar ook door het eigen constitutionele denken waarin de leer van de ministeriële verantwoordelijkheid centraal staat.¹ Het gaat te ver om de positie van overheidsjuristen zwak te noemen. Zo zien zij dat zelf in elk geval niet altijd. Dat hun machtspositie in de organisatie toch beperkt is blijkt uit het relatief lage organisatieniveau van de hoogste juridische adviseurs, uit de schopstoelpositie die de juridische directeuren innemen in de ministerstaf en in de bestuursraad en externe adviseurs – in het bijzonder die van het bureau van de Landsadvocaat – vaak een hoger deskundigheidsprestige hebben. Veelzeggend is ook dat directeuren niet altijd de bevoegdheid is toegekend zich rechtstreeks tot de minister te wenden wanneer zij menen dat dit geboden is en dat een deel van de besluitvorming – de Visitatiecommissie wees daarop – buiten juridische toetsing blijft.

Omdat ik in het eerste hoofdstuk de rechtsontwikkeling als theoretische verklaringsbron koos, lijkt het vanzelfsprekend om rechtsrelativering te beschouwen als een nieuwe en toenemende ontwikkeling. Dat van een dergelijke trend sprake is lijkt wel aannemelijk, het kwam ook naar voren in de interviews met de directeuren van de centrale juridische directies, maar het onderzoek waarover ik in het derde en vierde hoofdstuk rapporteerde is niet toerei-

1 Veerman (2011b) merkt op dat overheidsjuristen zich hiermee aan hun eigen opvattingen ophangen.

kend om die trend overtuigend aan te tonen. Evenmin kan aan de hand van dit verkennende onderzoek worden vastgesteld onder welke condities rechtsrelativering zich wel of niet voordoet. Naast rechtsrelativering (als handelingspraktijk) komt ook het tegendeel voor. Onlangs constateerde het Europese Hof voor de Rechten van de Mens nog extreem formalistisch handelen van de overheid.² In het eerste hoofdstuk wees ik al op voorbeelden waarbij de overheid zich strikt aan de wet hield. We kunnen aannemen dat dit in hoge mate voorkomt.

5.3 VERKLARINGEN

Naast de veronderstelling uit het eerste hoofdstuk, dat rechtsrelativering voortkomt uit de historische ontwikkeling van het recht schets ik hieronder nog een drietal mogelijke theoretische verklaringen. De eerste bevat de vraag of rechtsrelativering ook is op te vatten als een uiting van modernisering, waaronder postmodernisering. Vervolgens ga ik kort na of het mogelijk zou zijn rechtsrelativering te begrijpen als voortvloeiend uit een andere waardering van democratie, in het bijzonder de opkomende notie dat de democratie een sterkere legitimatie verschaft dan de rechtsstaat. Ten slotte plaats ik rechtsrelativering in het licht van de rechtsontwikkeling, in het bijzonder van die op het terrein van het bestuursrecht. Rechtsrelativering zou dan kunnen worden gezien als de tegenbeweging die volgde op de uitgebreide rechtsbescherming en op het uitgangspunt dat voor de overheid geen rechtsvrije ruimte bestaat. Het gaat hier om een globale verkenning van mogelijke theoretische verklaringen waarvan de waarde in verder onderzoek nader zal moeten worden aangetoond.

5.3.1 Rechtsrelativering als modernisering

Theoretische reflecties over modernisering bestaan in hoofdzaak uit kritische beschouwingen van het modernisme. Daarbij richten de pijlen zich op het streven naar vooruitgang dat, als product van de Verlichting, werd geschraagd door ideologie, door rationaliteit en door technologische ontwikkeling. De term postmodernisme geeft aan dat in deze theoretische reflecties het einde van het modernisme aan de orde of zelfs al achter de rug is. De tijd van de grote verhalen,³ waartoe de ideologieën behoren is voorbij. Op tal van terrein, zoals die van cultuur en wetenschap, zullen wij het moeten doen met een veelheid

2 EHRM 10 januari 2012, *G.R. t. Nederland*, nr. 22251/07.

3 De *grands récits* van Lyotard, de man die het begrip 'postmodernisme' in 1979 voor het eerst gebruikte.

van kleine verhalen. Die moeten in eerste instantie worden gezien als eigen verhalen, omdat van (objectieve) waarheid geen sprake kan zijn.

Rationalisering en technologie zijn in het postmoderne perspectief niet langer bepalend voor de vooruitgang, eerder voor de neergang van onze samenleving. Zij hebben onze samenleving op tal van terreinen onveilig gemaakt, waardoor we intussen van een risicosamenleving kunnen spreken. Deze laatste term is van de Duitse socioloog Beck. Hij schreef met Giddens en Lash over de transformatieperiode waarin het moderniseringsproces zich bevindt. In plaats van postmodernisme gebruiken zij de term reflexief modernisme.⁴

Nu relativisering een van de meest kenmerkende elementen ervan is, lijkt rechtsrelativisering bij uitstek verklaarbaar aan de hand van de postmoderne theorieën. De vraag of dat ook zo is begint met de vraag of ook het recht kan worden beschouwd als een van de grote verhalen die door de tijd achterhaald zijn en of de waarheid in het recht een volledig subjectieve aangelegenheid is geworden waardoor van een objectiveerbare interpretatie geen sprake meer kan zijn. Deze vraag wordt uiteenlopend beantwoord. Het eerste antwoord is dat postmoderne reflecties niet van toepassing zijn op het recht omdat het recht normen bevat die deel uitmaken van een (nagenoeg) eenduidige publieke moraal. Zij kunnen om die reden niet afhankelijk zijn van subjectieve interpretaties. Donaldson stelt dat er toch geen ruimte is voor tolerantie wanneer we het hebben over daden als genocide en racisme.⁵ Dat je over de juridische verwijtbaarheid van dit soort zaken niet verschillend kunt denken is voor hem het bewijs dat het recht niet een postmodern verschijnsel kan zijn.

Tegenover een ontkennend antwoord op de vraag of het recht vatbaar is voor postmoderne benadering staat de reactie van Rorty, die meent dat van objectiviteit binnen het recht geen sprake is. Loth noemt zijn benadering daarom radicaal postmodern.⁶ Het recht kan volgens Rorty niet verder komen dan intersubjectiviteit als een bepaalde mate van overeenstemming van subjectieve interpretaties. Ook de in hoofdstuk 2 genoemde Critical Law Studies gaan uit van de afwezigheid van objectiviteit met als doel te wijzen op het subjectieve – vaak ook het discutabele – van het positieve recht. Het gaat hier om een verzet tegen de dominantie van het recht, waarop in ons land onder meer 't Hart heeft gewezen. Hij doelt op het instrumentele gebruik van het recht, wat 'zou meebrengen dat, met het einde van het moderne tijdperk, ook het recht een einde neemt.⁷

4 De socioloog Houtman (2004) noemt, naast postmodernisering en reflexieve modernisering de term detraditionalisering.

5 Donaldson 1995.

6 Loth 2012, p. 8.

7 't Hart 1993, p. 56. Hij trekt vervolgens ook conclusies over de eindigheid van de functie van de jurist. Kort gezegd komt hier zijn benadering neer op de stelling dat juristen niet de eerst aangewezen professionals zijn wanneer het recht slechts instrumenteel is.

Veel lijkt te zeggen voor de sympathie die Loth toont voor wat hij een gematigd postmodernisme noemt. Deze komt erop neer dat de mate waarin we van postmodernisme kunnen spreken verschilt per maatschappelijk terrein. Loth acht het mogelijk dat het radicale postmodernisme geldig is op het terrein van literatuur, poëzie of Franse filosofie, maar niet op tal van andere terreinen, bijvoorbeeld op dat van het recht.

Het lijkt mij voorstelbaar dat we ook binnen het terrein van het recht zelf nog verschillen kunnen aantreffen in de mate waarin we er postmoderne opvattingen tegenkomen. Zo achten sommigen subjectieve interpretaties van de legitimiteit van het recht denkbaar, zoals blijkt uit de leuze 'Uw rechtsstaat is de onze niet.' Zoals ik eerder heb aangegeven meende Hertogh dat ook bestuurders deze stelling hebben ingenomen. Daarnaast lijkt sprake van een postmodern element wanneer verschillende interpretaties van het recht aan de orde komen. Je zou hier van een relativering van het recht als systeem kunnen spreken. Op privaatrechtelijk terrein plaatst Smits de mogelijkheid van meerdere interpretaties, van open normen en van daarmee samenhangende terugtred van de wetgever in postmodern perspectief.⁸ Hij meent overigens dat deze postmodernisering van het privaatrecht niet zo ver is gegaan dat 'diverse organen elk voor zich een eigen interpretatie aan de wettelijke regeling mogen geven.' Zolang we uitgaan van de meerwaarde van een rechtsstatelijk gelegitimeerde rechtsbron, is nog geen sprake van postmodern privaatrecht, zo luidt de conclusie van Smits.

Uit het betoog van Smits komt ook de opvatting naar voren dat postmoderne opvattingen op privaatrechtelijk terrein minder toepasselijk zijn dan op het strafrechtelijke terrein. Het eerdergenoemde standpunt van Donaldson wijst eerder op het tegendeel. Het lijkt erop dat de aandacht voor het postmoderne denken in het strafrecht meer onderdeel is van een verweer tegen bepaalde ontwikkelingen in het strafrecht. Dat komt ook naar voren in het genoemde verzet van 't Hart tegen het toenemende instrumentele gebruik van het strafrecht door de overheid.

Het gaat menig auteur niet om de beschrijvende en analytische betekenis van (post)moderniseringstheorieën maar om een normatieve hantering van het begrip postmodernisme. Dat geldt in ons land niet voor Frissen die op het terrein van staat en bestuur herhaaldelijk theoretische beschouwingen vanuit postmodern perspectief heeft geschreven. Anders dus dan Lyotard, wiens pleidooi als een strijd voor rechtvaardigheid kan worden opgevat, gaat het bij Frissen om een liberale beperking van het staatsoptreden, en wel een absolute beperking, zoals de titel van zijn boek uit 1999 – *de lege staat* – aangeeft. In zijn latere boek zal hij dat pleidooi vooral richten op een terughoudendheid in het streven van de overheid naar gelijkheid. Dit gelijkheidsbeginsel ziet Frissen als dé oorzaak van de omvangrijke regulering van overheidswege. De staat moet de differentiatie, de verschillen ongemoeid laten, zo luidt zijn

8 Smits 1997.

pleidooi voor een incrementeel pragmatisme,⁹ voor 'bescheidenheid, voorlopigheid en terugtred.'¹⁰

Hoewel Frissen zich niet expliciet uitlaat over de betekenis van de rechtsstaat en van het legaliteitsbeginsel daarbinnen, kan uit zijn verzet tegen een instrumentele overheid worden afgeleid dat hij in elk geval een belangrijke aanleiding tot rechtsrelativering weg wil nemen. Het instrumentalisme leidt immers niet alleen tot een instrumentele hantering van het recht, maar percipieert het recht ook als weg te nemen hindernis bij het realiseren van de gestelde overheidsdoelen. Of dit de benadering van Frissen is moet echter worden betwijfeld nu het rechtsstatelijke bij hem wordt gerelativeerd door de instrumentaliteit.¹¹ De bescherming tegen de overheidsmacht is bij hem niet meer, althans niet primair, aan het recht maar aan de pluraliteit, aan het onderhandelbare en aan het gefragmenteerde. Deze drie factoren maken relativisme noodzakelijk. Eenzijdige dominantie, risico's van wreedheid en dergelijke worden juist vermeden door het ontbreken van een 'een overkoepelende waarde en een overkoepelend criterium.' 'Actoren kunnen onderhandelen, kunnen overeenstemming bereiken, kunnen uitkomsten accepteren. Maar nimmer hoeft daaraan een morele legitimatie te worden verbonden dat het resultaat juist en rechtvaardig in een of andere moreel superieure betekenis is.'¹²

Ofschoon post- en reflexief moderne concepten de nodige verklaringsmogelijkheden lijken te bieden voor de in dit onderzoek aangetroffen rechtsrelativering, komen bij een eerste verkenning al de nodige twijfels op. Niet alleen blijft de consequentie ervan voor recht en rechtsstaat nogal impliciet, in ruimere zin ontbreekt het hier aan toetsbare theorieën. De eruditie en vindingrijkheid van de postmoderne beschouwingen leiden vaak naar wat we een non-theorie zouden kunnen noemen, een relativering van theorie door juist een verscheidenheid aan niet systematische beweringen toe te laten. In de woorden van Frissen kan bij postmoderne benaderingen geen sprake zijn van een 'eenduidige verzameling van theorieën (...), dat zou zelfs in strijd zijn met het postmodernistische zelfbegrip.'¹³ Dat maakt deze invalshoek zeker niet oninteressant voor het thema rechtsrelativering, maar vergt nadere verkenning om na te gaan of deze kan dienen als bron van theorieën aan de hand waarvan

9 Frissen 2007.

10 Frissen 2008.

11 Zoals onder meer blijkt uit zijn constatering dat 'het bureaucratische ethos van de rechtsstaat zich verbindt met het paternalistische ethos van de verzorgingsstaat.' Zie Frissen 2007.

12 Frissen 1996, p. 282 e.v.

13 Frissen 1996, p. 9.

verklaringen kunnen worden ontleend. In dit kader gaat het mij slechts om een eerste verkenning van mogelijkheden daartoe.¹⁴

Ook de kritische reflecties op het post- en reflexief modernisme lijken niet geschikt voor het zoeken van verklaringen voor het verschijnsel rechtsrelativering. Ik doel hier op reflecties waarbij verzet naar voren komt tegen het kenmerkende relateren. Een voorbeeld daarvan is het boek van Van den Brink over moderniteit.¹⁵ Zoals uit de ondertitel¹⁶ blijkt, tekent hij verzet aan tegen het – in zijn ogen negatieve – postmodernisme, waar ‘alles wordt weggerelativeerd’ met een teveel aan op de taalstudie geënte abstracties, wat bijdraagt aan het ‘historisch falen van sociaalwetenschappelijke analyses.’¹⁷ Ofschoon Van den Brink veel van zijn standpunten baseert op empirisch onderzoek is zijn pleidooi toch in hoge mate normatief.¹⁸ Ook dat leidt tot moeilijk toetsbare uitspraken zoals: ‘Laten we om te beginnen vaststellen dat de regels van de Nederlandse rechtsstaat niet meer ter discussie staan.’¹⁹ Volgens Van den Brink staat ook buiten twijfel dat het succesvol is gebleken dat het CDA het onderwerp waarden en normen op de agenda heeft gezet.

‘Vandaag de dag vindt iedereen dat meer onderling fatsoen belangrijk is, dat ouders hun kinderen beter moeten opvoeden, dat er strengere straffen nodig zijn enzovoort. (...) Met andere woorden: er zijn genoeg argumenten om te zeggen dat de modernisering van het bestaan voor een groot deel van de bevolking positief gewerkt heeft en dat we aan dat programma moeten vasthouden.’²⁰

Het non-theoretische karakter van de postmodernen en het normatieve karakter van de auteurs beperkt de mogelijkheid om op deze terreinen bruikbare theorieën aan te treffen die het verschijnsel rechtsrelativering een (wetenschappelijke) verklaring bieden. Daarmee heb ik de betekenis van de reflecties op dit terrein niet hun waarde ontnomen. Die waarde kan onder meer liggen in het verwerven van nader inzicht. Daarbij kan in het bijzonder worden gedacht aan het trekken van mogelijke parallellen met relativering op andere terreinen,

14 Het postmodernisme is in elk geval interessant voor zover deze kan worden beschouwd als de heersende ideologie. Een tweede vraag die ik hier dus stel is of postmoderne theorieën ook kunnen dienen als verklaring van het verschijnsel rechtsrelativering.

15 Van den Brink 2007.

16 Deze luidt ‘Een antwoord aan relativisme en conservatisme.’

17 Van den Brink 2007, p. 10 (voorwoord van James Kennedy).

18 Men zou kunnen zeggen dat dit evident is voor een pleidooi.

19 Van den Brink 2007, p. 190.

20 Van den Brink 2007, p. 213 en 230.

bijvoorbeeld die op het terrein van de letterkunde²¹ en op die van de wetenschap in het algemeen.²²

5.3.2 Rechtsrelativering als democratisering

Verklaringsmogelijkheden voor het verschijnsel rechtsrelativering kunnen ook worden gezocht in de uiteenlopende theoretische concepten over democratisering. Ik doel hierbij vooral op concepten die directe implicaties hebben voor het rechtsstatelijke functioneren van de overheid. Deze concepten worden bruikbaar wanneer wij rechtsrelativering opvatten als het handelen van de overheid waarbij de democratie wel wordt gediend maar de rechtsstaat genegeerd. We zijn daarmee bij de spanning tussen democratie en rechtsstaat waarop theoretische concepten over democratisering zich vaak richten.

De term democratische rechtsstaat, waarmee vaak (ook) het Nederlandse staatsbestuur wordt getypeerd, doet eerder een samenhang dan een spanning vermoeden tussen democratie en rechtsstaat. In elk geval suggereert de term een noodzakelijk verband tussen beide. Onlangs bevestigde Hirsch Ballin dit verband met de uitspraak dat democratie en rechtsstaat niet los verkrijgbaar zijn.²³ Beschouwingen over democratisering laten zien dat de binding tussen democratie en rechtsstaat minder vanzelfsprekend is. Zo wijst Zakaria²⁴ op

21 Zo biedt 'De revanche van de roman' van Thomas Vaessens (2009) de mogelijkheid voor het trekken van diverse parallellen tussen de relativering van kunst en die van het recht. Zo wijst hij op de periode waarin kunst in het algemeen belangrijk werd gevonden zonder dat zij die het belangrijk vonden konden veel konden zeggen over de inhoud ervan. Het pleidooi van Vaessens lijkt in zijn kritische benadering van het postmodernisme op dat van Van den Brink. Wat hen beide onderscheidt is dat Vaessens zich niet verzet tegen de veelheid van postmoderne uitingen, maar daarnaast – niet daarvoor in de plaats – pleit voor literatuur die bijdraagt aan het maatschappelijk debat.

22 Dijstelbloem en Hagendijk (2011) schrijven over de problematisch geworden legitimiteit van de wetenschap, waarbij onder meer ter sprake komen het selectief en oneigenlijk gebruik ervan en ook het hanteren van wetenschappelijke formuleringen om politieke wensen te verhullen. Ook hier dus interessante parallellen tussen wetenschapsrelativering en rechtsrelativering. Dat wil overigens niet zeggen dat de legitimiteitsvragen aan de wetenschap dezelfde zijn als die aan het recht. Een conclusie van Dijstelbloem en Hagendijk is dat wetenschappers meer bereid moeten zijn tot dialoog met politici en met 'gewone' burgers en daarbij ook betekenis toe te kennen aan de (afweging van) belangen die een rol spelen. Enerzijds is die dialoog voor overheidsjuristen – voor het recht in het algemeen – vanzelfsprekender, anderzijds heeft het recht naar zijn aard meer normatieve aanspraken omdat we niet in een wetenschapsstaat maar wel in een rechtsstaat leven.

23 Ter gelegenheid van de eerste 'Nacht van de rechtsstaat' op 19 november 2010. Een jaar later, tijdens de tweede 'Nacht van de rechtsstaat' op 25 november 2011 repleceerde toenmalig minister Donner dat democratie en rechtsstaat 'misschien wel los verkrijgbaar' zijn, ook al 'levert (dat) geen gematigde en stabiele regeringsvorm op.' Zie: <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>.

24 Zakaria 2004.

de vele samenlevingen waar wel enigerlei democratie functioneert maar de rechtsstaat ver te zoeken is. Hij duidt ze met de term 'illiberal democracies.'²⁵ Met deze term doelt hij op landen die in hun staatsbestuur een mix tonen van verkiezingen en autoritair bestuur. Ook wijst Zakaria op een positieve correlatie tussen democratieën en oorlog voeren. In het kader van deze studie is nog interessanter de spanning tussen democratie en rechtsstaat waarop Zakaria wijst. Hij citeert Stuart Mill die in zijn *On Liberty* al wees op het verschijnsel dat zodra landen democratiseren mensen geneigd zijn te geloven dat

'too much importance had been attached to the limitation of (government) power itself. That ... was a response against rules whose interests were opposed to those of the people.'²⁶

Dat was wat zich, naar het oordeel van Donner, voordeed bij de Franse revolutie. De democratie beperkende rechtsbinding werd geassocieerd met het Ancien Régime, waardoor een 'democratische willekeur en terreur' ontstond.

'Democratie zonder rechtsstaat was daardoor zo gediscrediteerd dat het meer dan een halve eeuw en de introductie van het concept van de rechtsstaat vergde, om democratische besluitvorming weer enigszins aanvaardbaar te maken als politiek systeem.'

In werkelijkheid kunnen democratie en rechtsstaat dus gescheiden zijn. Ook theoretisch zijn zij te beschouwen als gescheiden grootheden, zoals de meeste auteurs op staatsrechtelijk terrein ook wel doen. Dat blijkt ook uit het overzicht dat Voermans en Van Emmerik²⁷ geven van de bepaling van de begrippen democratie en rechtsstaat in de 'meest gezaghebbende staatsrechtelijke handboeken.' Enkele auteurs leggen een vaste relatie door democratie als element van de rechtsstaat te beschouwen.²⁸ In het bijzonder het legaliteitsbeginsel dat het meest direct wordt geraakt in gevallen van rechtsrelativering bindt in feite democratie en rechtsstaat. Het is de binding van het bestuur aan de wet (rechtsstaat) en daarmee aan het besluit van de democratisch gekozen volksvertegenwoordigers. Een andere binding is het opnemen van het bereiken van resultaten in de definitie van de rechtsstaat, waarop ik al wees in het eerste hoofdstuk.²⁹ Hierbij gaat het om de binding van de rechtsstaat aan politiek – in de betekenis van langs democratische weg bereikt – resultaat.

Dat democratie en rechtsstaat in onze staatsleer niet strikt worden gescheiden, vaak in een adem worden genoemd, neemt niet weg dat bij de democra-

25 Zakaria 2004, ch. 3.

26 Zakaria 2004, p. 101.

27 Voermans en Van Emmerik 2011 in: Voermans en Gerard 2011, bijlage 3, p. 83 e.v.

28 Andersom is het niet gebruikelijk de rechtsstaat als element van de democratie te beschouwen.

29 Paragraaf 2.3.2.

tische rechtsstaat het accent ligt op de rechtsstaat als beperking van de macht of op de democratie als versterking en gebruik van de macht; in de lijn van Montesquieu- of in de lijn van Rousseau.³⁰ In zijn eerdergenoemde rede blijkt Donner een verklaard voorstander van de eerste lijn. Hij meent dat het concept van de democratische rechtsstaat is vervormd in de lijn van Montesquieu, dat wij

‘de democratische rechtsstaat steeds meer zijn gaan associëren met de trias politica, de scheiding der machten. In die perceptie is de rechtsstaat steeds meer vereenzelvigd met het legaliteitsbeginsel – een wettelijke grondslag voor overheidshandelen – en met onafhankelijke rechterlijke controle.’³¹

Met deze benadering zijn volgens Donner doeltreffendheid en doelmatigheid

‘als zelfstandige criteria van bestuur en gerechtigheid uit het zicht verdwenen. En vergeten is dat de rechtsstaat niet primair in de rechtspraak, maar in het beleid en uitvoeringspraktijk tot uitdrukking komt. (...) De essentie van goed bestuur in de rechtsstaat is (...) dat ieder overheidsbesluit ook zonder controle en rechtspraak gerecht en doelmatig is.’

Het lijkt erop dat de tegenstelling democratie en rechtsstaat, in het bijzonder de rechtsstaat als plaaggeest van de democratie, een (weer) opkomend thema is. Ik noem vier voorbeelden:

- 1 verzet tegen – wat ik noem – rechtsstatelijke instituties wanneer deze de democratische meerderheid in de weg staat. Een milde vorm zou je het verzet van bestuurders tegen de rechter kunnen noemen, waarop ik in het eerste hoofdstuk al wees. Het pleidooi is gevolgd door maatregelen om het ‘teveel aan recht’ te beperken.³² Minder mild is de tegenstelling die Baudet maakt tussen democratie en rechtsstaat om zich vervolgens te verzetten tegen het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Rechters die niet voldoen aan democratische eisen – ze zijn niet gekozen – zijn in de opvatting van Baudet niet gelegitimeerd om de wel gekozenen te overrulen. Hij noemt het Hof een ‘allesverslindend monster’ wiens optreden heeft geleid tot ‘een ernstige inbreuk op onze democratie.’³³ Academici tonen soms het nodige gevoel voor het niet in acht nemen van juridische

30 Destijds begon Böhrling (1958) zijn rede over de rechtsstaat al met wat hij noemde ‘de lijn van Montesquieu (...) en de lijn van Rousseau.’

31 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.

32 Ik doel hier op regelgeving waarin rechtsbescherming wordt gestroomlijnd en beperkt, zoals dat is gedaan in de Crisis- en herstelwet. Niet is uitgesloten dat vooral de mogelijkheid om bezwaar te maken tegen overheidsbesluiten verder en drastisch zal worden beperkt.

33 *NRC Handelsblad* 13 en 14 november 2010, p. 5-6.

belemmeringen. In algemene zin stelde Marc Hertogh dat de wens van bestuurders die hierop aandringen volkomen legitiem is, ook al moeten we dan constateren dat zij er dan een eigen rechtsstaat op nahouden.³⁴ Kinneging pleitte voor een aanzienlijke beperking van de persvrijheid – door het uitbannen van televisie op het Binnenhof – ten gunste van de democratie.³⁵ In haar oratie pleitte Stoter voor aanpassing van het legaliteitsbeginsel omdat wetgeving in de weg staat aan innovatie.³⁶ Zouridis geeft een tussenoplossing voor het probleem dat het staatsbestuur ten prooi is gevallen aan het recht. In zijn oratie stelt hij een meer gescheiden, maar wel op elkaar afgestemd optreden van bestuur en recht voor. Gescheiden en afgestemd, een ‘contrapuntische’ relatie.³⁷

- 2 Regelmatig treffen we uitlatingen van parlementariërs zie zijn op te vatten als een zekere verabsolutering van de democratie. Voorbeelden daarvan zijn het benadrukken van het politieke primaat, het ‘witwassen’ van onrechtmatig geoordeelde praktijken door wetgeving en het aankondigen van overrulende wetgeving onmiddellijk na een rechterlijke uitspraak.
- 3 Waar de tegenstelling tussen rechtsstaat en democratie in de eerste plaats gezien wordt als een tegenstelling tussen rechter en wetgever, vooral in de landen met een common law stelsel, zien we een verschuiving in waardering van rechter naar wetgever. De grotere waardering voor de laatste betreft dan de meerwaarde in rationeel opzicht. In het wetgevingsproces zijn de kansen op inbreng van uiteenlopende gezichtspunten en belangen groter. Dat levert een rationaliteitsvoordeel, waarmee wetgeving meer voldoet aan het verlichtingsideaal. Waldron wees op deze meerwaarde van de wetgever.³⁸ Later heeft Vermeule deze stellingname van Waldron voorzien van een sociaalwetenschappelijke bewijsvoering.³⁹
- 4 Op mondiaal terrein zien we de bevinding dat rechtsstatelijkheid veelal geen garantie is voor welvaart. Integendeel, zo constateert Fukuyama. Hij noemt als elementen van staatsontwikkeling: sterke staat, rule of law en controleerbaarheid.⁴⁰ De eerste zorg van Fukuyama is dat welvaartsgroei, zoals we die in China zien, vooral samenhangt met het zijn van een sterke

34 Hertogh 2002.

35 In diverse media, eind februari 2012, naar aanleiding van een column met die strekking van Naema Tahir. In haar column werd de beperking van de media overigens beperkt tot de ‘brutale en onfatsoenlijke’ media.

36 Stoter 2011. In haar recente oratie stelt Dorbeck Jung (2012) juist dat wetgeving dienstig is aan innovatie.

37 Zouridis 2008.

38 Waldron 1999.

39 Vermeule (2009, p. 22) karakteriseert het werk van Waldron, dat ‘will be apparent throughout’ in zijn studie, als theoretisch en idealistisch en noemt zijn eigen benadering pragmatische en realistisch.

40 Accountability.

staat. Daarmee wordt de ‘authoritarian transition’⁴¹ – mogelijk zelfs niet alleen als overgangsstadium – een aanbevelenswaardig voorbeeld. De tweede zorg van Fukuyama is dat bij liberale democratieën het staatsbestuur vaak zwak blijkt. Hij ziet de toekomst (de toekomstige waarborg?) meer in de controleerbaarheid dan in de rule of law.

Naar aanleiding van de uitspraak van Hirsch Ballin dat democratie en rechtsstaat niet los verkrijgbaar zijn heeft Foqué aandacht gevraagd voor de wijze waarop in deze tijd democratie wordt bedreven. Hij onderschrijft de verbondenheid van democratie en rechtsstaat als ‘twee kanten van dezelfde medaille’.⁴² Weliswaar ziet hij in het hedendaagse populisme een ontwikkeling die gaat – of dreigt te gaan – in de richting van een totalitaire democratie, een ontwikkeling waarvoor Montesquieu al vreesde. Foqué bepleit een oriëntatie op de bedoeling van de democratie en vraagt daarom aandacht voor de Griekse oorsprong ervan.

Naast de aandacht voor (toegenomen) spanning tussen democratie en rechtsstaat en voor de wijze van democratie bedrijven noem ik nog een aspect dat in het kader van democratisering herhaaldelijk van reflecties wordt voorzien en dat is de beperking van het democratische speelveld. Rechtsstatelijke voorzieningen kunnen in hun machtsbeperkende functies alleen van invloed zijn waar sprake is van een overheidsverantwoordelijkheid. Deze is in de voorbije decennia afgenomen door verschuiving naar het private terrein en een ander (internationaal) publiek terrein. Daarover is in de afgelopen decennia zorgelijk geschreven. Het is de zorg over de ondergang van de op gelijkheid gerichte democratie door een op ongelijkheid gericht marktdenken.⁴³ Naast privatisering is de overheidsmacht in uiteenlopende richtingen verschoven of verbrokken, zo dat van een lege staat wordt gesproken. Niet in de hiervoor genoemde betekenis die Frissen daaraan geeft – een staat die niets moet willen – maar als een ‘shift away from the centre of the decision making’, in de woorden van Van Bijsterveld die spreekt van een ‘empty throne’.⁴⁴ Eerder hadden Mark Bovens c.s. al aandacht gevraagd voor dit thema. Zij spraken over ‘verplaatsing van de politiek’.⁴⁵

41 Een term van Huntington naar wie Fukuyama verwijst. Huntington schreef al in positieve termen over een dergelijke ontwikkelingsstap.

42 Foqué 2011.

43 Zie bijvoorbeeld Marquand die deze stelling van Tawney tot uitgangspunt neemt bij zijn aanklacht tegen de omvangrijke privatisering in Engeland, gesteund door ‘the market fundamentalists of the New Right’ en vervolgens door ‘their New Labour imitators.’

44 Van Bijsterveld 2002, p. 13. Loose (2004) meent dat zij beter had kunnen spreken van een versplinterde troon – *a throne fallen to pieces* – omdat Van Bijsterveld zelf immers ook onderkent dat ‘somewhere the decisions are taken. The throne is empty, but somewhere, somehow the reigning goes on.’

45 Bovens e.a. 1995.

Met de versnippering van de macht over statelijke en niet statelijke eenheden maakt dat rechtsstatelijke normering maar beperkt en in zekere zin toevallig van toepassing is, namelijk daar waar de macht nog binnen de staat is gebleven. Twee van de consequenties die Van Bijsterveld aan de orde stelt zijn in het bijzonder van belang voor rechtsrelativering. De eerste is dat het legaliteitsbeginsel, als centraal element van die rechtsstatelijke normering, aan betekenis inboet. Zij stelt voor om daar waar dit beginsel tekort schiet het bredere beginsel van transparantie te gaan hanteren. 'Transparency is a strong candidate for a redefinition of the rule of law.'⁴⁶ Voor de drie casus uit mijn derde hoofdstuk zou dat betekenen dat de besluitvorming over de wettelijk te verplichten buitenhoekspiegel wel aan dit criterium voldeed; de beide andere casus niet, ervan uitgaande dat niet aan het beginsel is voldaan door het veel latere onderzoek naar de betreffende besluitvorming.

Een tweede consequentie die Van Bijsterveld trekt is dat de spreiding van de oorspronkelijke overheidsmacht over tal van organisaties heeft bijgedragen aan wat we het horizontale overheidsbestuur zijn gaan noemen, waarbij de overheid meer en meer als 'gewone' partij optreedt. Hierna kom ik, bij enkele aantekeningen over het bestuursrecht, nog terug op deze herpositionering van de overheid.

Verbrokkeling en verspreiding van de overheidscompetentie zoals beschreven in publicaties als die van Marquand en Van Bijsterveld behoeft niet per definitie te worden gezien als afbrokkeling van de democratie. Dat is althans de opvatting van Keane die hij beschrijft in zijn *Life and death of democracy*. Hij meent dat de democratie na de Tweede Wereldoorlog een geheel nieuwe fase is ingegaan, namelijk die van wat hij noemt de *monitory democracy*. Keane verschilt niet van mening met de eerdergenoemde auteurs over de verspreiding van macht over gouvernementele en niet-gouvernementele organisaties waardoor het terrein waarop de democratie functioneert steeds verder wordt verkleind. De democratisch uitgebrachte stem richt zich dus maar op een beperkte hoeveelheid toekomstige beslissingen, wat een beperking van de democratische invloed van de burger impliceert. Maar Keane wijst op de opkomst van organisaties die de besluitvormers in die gouvernementele en niet gouvernementele organisaties voortdurend monitoren en daarmee – al dan niet via de publieke opinie – die besluitvorming kunnen beïnvloeden.⁴⁷ Door aan meerdere organisaties verbonden te kunnen zijn krijgen burgers ook meerdere invloeden. Je moet je dus niet blindstaren, zoals Fukuyama en vele anderen, op het electorale systeem van de formele democratie met zijn *one*

⁴⁶ Van Bijsterveld 2002, p. 63.

⁴⁷ Voorbeelden van monitoring organizations zijn consumentenorganisaties en Greenpeace. Hoe sterk de invloed van een monitoring organization kan zijn zien we, bijvoorbeeld, bij het monitoren van de kredietwaardigheid van landen. De invloed van een rapportage van Standard & Poor over de kredietwaardigheid van Frankrijk is vermoedelijk groter dan uitspraken daarover van de Franse president.

man one vote. In de *post-electoral democracy* is sprake van one man, many interests, many votes, aldus Keane.⁴⁸ Dit betekent geen beperking, maar een verruiming van de democratisering van samenlevingen.

Ik ben hier nader ingegaan op enkele opvattingen over democratisering omdat de betekenis ervan voor het verklaren van het verschijnsel rechtsrelativering vermoedelijk groot is. Een mogelijke ontwikkeling naar een losser verband tussen democratie en rechtsstaat, naar een ontwikkeling in de richting van een democratisch absolutisme en naar een afnemende betekenis van het legaliteitsbeginsel lijken van verklarende betekenis voor het bestaan van rechtsrelativering. Zij zijn ook van betekenis voor de beoordeling ervan. Moeten we rechtsrelativering beschouwen als een bedreiging voor onze rechtsstaat waartegen we ons teweer moeten stellen, zoals Foqué voorstelt, of hebben we hier te maken met een overgangsfase waar – ook rechtsstatelijke – aanpassing geboden is, zoals Van Bijsterveld voorstelt, of waar we – met Keane – al kunnen constateren dat we de transitie naar het betere al hebben gemaakt, in elk geval in democratisch opzicht?⁴⁹

In het algemeen kan worden gezegd dat de theorievorming over democratisering zich beter leent voor toetsing dan die over modernisering. Niettemin bevatten deze beschouwingen vaak nog een grote openheid naar de toekomst waardoor uitspraken een meer visionaire en voorlopige dan een meer feitelijke en bestendige (maar wel weerlegbaar) inhoud hebben. Daarmee vinden we hier nog geen verklaringsgrond voor het feit dat rechtsrelativering zich weliswaar meer dan incidenteel voordoet, maar regelmatig ook sprake is van het tegendeel ervan. Deze twee parallelle werkelijkheden zijn vanuit de hier besproken theorieën niet goed verklaarbaar. Stellen dat het een overgangsperiode is waarin nu eenmaal zowel het een als het ander kan voorkomen lijkt toch teveel op de onweerlegbare constatering dat het kan vriezen en het kan dooien.

5.3.3 Rechtsrelativering als rechtsontwikkeling

In het eerste hoofdstuk is de relatie tussen rechtsontwikkeling en rechtsrelativering al gelegd. Aanpassingen van het recht aan de maatschappelijke omstandigheden hebben vanaf de tweede helft van de negentiende eeuw een ontwikkeling van toenemend rechtsrelativisme en vervolgens richting rechtsrelativering laten zien. De impliciete veronderstelling van een lineair verloop is niet onomstreden en bovendien is een historisch ontwikkeling zoals geschetst globaal, met het risico dat ruimte bestaat om in eigen richting te interpreteren. Boven-

⁴⁸ Keane 2009.

⁴⁹ Hierbij moet wel worden opgemerkt dat de opvatting van Keane niet is dat we het democratische paradijs zijn binnengetrepen, maar nog in een experimenteerfase verkeren.

dien is de suggestie van consistentie van verschijnselen in een bepaalde periode in een historische schets haast onontkoombaar, maar daarom nog niet waar.⁵⁰

De historische schets in hoofdstuk 1 ging over de ontwikkeling van het recht in algemene zin. Voor een concreter begrip, mogelijk ook van verklaring, van rechtsrelativisme kan ook de ontwikkeling binnen specifieke rechtsdomeinen of binnen afzonderlijke juridische disciplines het nodige opleveren. Naar mijn indruk geldt dat in het bijzonder voor het domein van het bestuursrecht en voor de discipline rechtssociologie.

De doctrine zoals die zich op het bestuursrechtelijke terrein heeft ontwikkeld, is in belangrijke mate bepalend voor de vraag of en zo ja, in welke mate een klimaat wordt geschapen waarin de overheid de ruimte krijgt, wellicht zelfs een juridisch legitimatie, voor rechtsrelativering. Interessant in dit kader is het discours tussen bestuursrechtjuristen over de vraag of de verhouding tussen overheid en burgers kan worden opgevat als een rechtsbetrekking en of de relatie overheid – burger als een wederkerige relatie kan worden beschouwd. Bij de totstandkoming van de Algemene wet bestuursrecht gaf de wetgever, in navolging van de commissie Scheltema,⁵¹ daarop een positief antwoord:

‘de betrekking tussen bestuur en burger (is) te beschouwen als een rechtsbetrekking, weliswaar tussen naar hun aard verschillende partijen – omdat het bestuur het algemene belang vertegenwoordigt en daarbij dienstbaar is aan de uitvoering van democratisch genomen besluiten, terwijl de wederpartij een individueel belang naar eigen inzicht mag behartigen –, maar toch een rechtsbetrekking waarin beide partijen in een wederkerige relatie staan, zodat zij rekening moeten houden met de positie en de belangen van de andere partij.’⁵²

Traditioneel was de wederkerige rechtsbetrekking kenmerkend voor het privaatrecht waar gewoonlijk twee gelijke – in elk geval voor het recht gelijke – partijen tegenover elkaar staan. Kenmerkend voor het publiekrecht was nu juist de ongelijkheid van de partijen, overheid en burger, waarbij de aandacht zich richtte op de overheidsbevoegdheid om de burger te binden, in het bijzonder op de vraag of de overheid daarbij over een rechtsvrije ruimte beschikt. Met de aanname van een wederkerige rechtsbetrekking op publiekrechtelijk terrein kon de conclusie worden getrokken dat het met die rechtsvrije ruimte gedaan is.⁵³ Met erkenning van de eigen aard van de overheid koos de wetgever er bij de codificatie van het bestuursrecht in de Awb voor dat de gehele overheidsbesluitvorming aan het recht gebonden is.

50 Denk, bijvoorbeeld, aan het samengaan van secularisering (afnemende deelname aan traditionele religies) en desecularisering (nieuwe religies en ‘ietsismen’).

51 Commissie Wetgeving algemene regels van bestuursrecht.

52 In de memorie van toelichting. Zie: *Kamerstukken II* 1988-1989, 21 221 nr 3, p. 12.

53 Zie de conclusie van Hirsch Ballin 1989b, p. 2.

De aanname van de wederkerige rechtsbetrekking op bestuursrechtelijk terrein is de juridische verwoording van wat men op bestuurskundig terrein de horizontalisering van de verhouding overheid – burger noemt. De eerste oproep om de verticale verhouding te verlaten was het preadvies van Scheltema in 1975.⁵⁴ Nadat hij constateert dat de overheidstaak in omvang en in complexiteit sterk is toegenomen, kenmerkend voor de verzorgingsstaat, concludeert Scheltema – nog in voorzichtige bewoordingen – dat deze

‘ontwikkelingen in het bestuursrecht tot een wat andere benadering van de verhouding bestuur-burger (moeten komen). Zuiver eenzijdig bestuursoptreden wordt minder goed aanvaard (...). Men moet in de huidige situatie zoeken naar wegen die het mogelijk maken de bestuurde als een meer gelijkwaardige partner van het bestuur te benaderen.’⁵⁵

Het uitgangspunt van de wederkerige rechtsbetrekking heeft – mogelijk voorspelbare – weerstand opgeroepen. De door de commissie Van Kemenade ingezette kritiek dat de burger hiermee teveel positie (door rechtsbescherming) kreeg en daarom het overheidsbestuur teveel wordt beperkt, is nooit verstomd. Het is niet alleen maar bij kritiek gebleven. Er is een effectieve tegenbeweging, leidend naar wetgeving die gericht is op beperking van rechtsbescherming⁵⁶ en voorstellen om van burgers een constructieve opstelling te eisen.⁵⁷ Maar er is nog een tweede beweging, minder zichtbaar maar niet met minder ingrijpend gevolg. Dat is dat het uitgangspunt van de wederkerige rechtsbetrekking als juridische vormgeving aan een horizontale bestuurspositie, de overheid niet dwong tot het zijn van een gewone maatschappelijke speler zonder eigen rechtsvrije ruimte, maar juist legitimeerde om te doen alsof zij een gewone speler is. Op deze ontwikkeling is eerder gewezen door Simon die vreesde dat door het aannemen van die wederkerigheid de werking van het legaliteitsbeginsel in gevaar zou kunnen komen.⁵⁸ Het aannemen van wederkerigheid zou dan kunnen betekenen dat de overheid zich als een gewone speler op het maatschappelijk veld zou kunnen gaan gedragen. Maar die gewone speler is natuurlijk wel een sterkere speler. ‘Met een burger die met een monopolist als de overheid moet wheelen en dealen zal het dikwijls slecht aflopen,’ concludeert Allewijn naar aanleiding van de constatering van Simon.⁵⁹ In mijn gesprekken met overheidsjuristen werd wel gewezen op

54 Scheltema 1975.

55 Scheltema 1975, p. 9.

56 In het kort verwijs ik hier naar de Crisis- en herstelwet, waaraan al de nodige wetgeving voorafging die, met name op het terrein van de ruimtelijke ordening, al rechtsbescherming beperkte. De wet is ook aanleiding voor het Kabinet Rutte om beperkingen, zoals het relativiteitsvereiste, voor het gehele bestuursrecht te laten gelden.

57 Zoals de commissie Elverding (2008, p. 13) dat deed.

58 Simon 1995.

59 Allewijn 2011, p. 36.

de door Scheltema gevestigde wederkerigheid en de daaraan verbonden legitimatie dat de overheid als partij optreedt. Allewijn wijst erop dat sommige auteurs hebben gesuggereerd dat dit als lokaas voor bestuurders zou hebben gefunctioneerd om in 1994 met de Awb in te stemmen. Wederkerigheid als een 'politiek handigheidje'.⁶⁰

In gesprekken met hen wezen overheidsjuristen ook op deze consequentie die de overheidsfunctionarissen legitimeerde zich primair of zelfs uitsluitend te richten op het overheidsbelang, waarbij het algemeen belang uitsluitend wordt ontleend aan de democratisch besluitvorming. Regelmatig vernemen we in de media dat een bestuurder de grenzen van de wet c.q. het recht opzoekt om zijn beleidsvoornemens te realiseren. Het zal duidelijk zijn dat de overheid als gewone partij nog geen gelijke partij is. Juist vanwege de overmacht van de overheid geldt de rechtsstatelijke spelregel dat de burger alles mag wat niet wettelijk verboden is en de overheid niets mag wat wettelijk niet is toegestaan. Het lijkt me niet aannemelijk te stellen dat de overheid alle machtsvoordeel kwijt is geraakt door de ontwikkeling naar een (formeel) wederkerige rechtsverhouding.

5.4 DE VRAAG NAAR DE GEVOLGEN

De vraag naar de gevolgen wil ik hier in simpele, beoordelende vorm formuleren als de vraag of het erg is. In het eerste hoofdstuk signaleerde ik dat er alarmerende signalen zijn die wijzen op rechtsrelativering bij het overheidshandelen. Na de constatering dat inderdaad sprake is van rechtsrelativering door de overheid stel ik de vraag of dit inderdaad zo alarmerend is. Met de vraag of de geconstateerde rechtsrelativering erg is ga ik voorbij aan het positiefrechtelijke probleem. Dit laatste is immers evident omdat rechtsrelativering impliceert dat voldaan is aan het handelen in strijd met de van toepassing zijnde rechtsnorm, wat in het algemeen een onrechtmatige daad maar vaak ook een strafbaar feit oplevert.⁶¹

De beantwoording van deze vraag is vanzelfsprekend subjectief en tijdgebonden. Ook de betekenis van de rechtsstaat is *in the eyes of the beholder* en onderhevig aan actuele opvattingen. De tijdgebondenheid in relatie tot de rechtsstaat zien we, bijvoorbeeld, in de periode na 9/11 bij het nemen van tal van veiligheidsmaatregelen. Cole laat zien dat niet alleen politici maar ook juristen van faam opschuiven ten koste van de rechtsstaat.⁶²

De subjectiviteit speelt bij een beoordeling in rechtsstatelijke termen een grote rol omdat de rechtsstaat niet alleen een juridische maar ook een morele

60 Allewijn 2011, p. 37.

61 Wanneer het handelen voldoet aan de delictomschrijving in 355 Wetboek van Strafrecht.

62 Cole 2008, p. 99-129.

gedaante heeft.⁶³ Het is vermoedelijk deze gevoelige snaar van de rechtsstaat die ervoor heeft gezorgd dat deze volgens menige auteur al menig maal in gevaar is gekomen, in een crisis heeft verkeerd of herhaaldelijk zelfs ten onder is gegaan. Ik wil bij het geven van mijn antwoord op de gestelde vraag zoveel mogelijk dergelijke weinig informatieve cris de coeur vermijden en zal mij daarom richten op de formulering van een aantal mogelijke gevolgen, die naar mijn indruk verbonden zijn aan rechtsrelativerend handelen van de overheid. Subjectiviteit en tijdgebondenheid kan ik niet wegnemen, maar wil wel aangeven dat mijn beoordeling in termen van risico's niet de enige benadering is (paragraaf 5.3.3.). Er is zeker ook een benadering mogelijk waarin rechtsrelativerend handelen door de overheid niet als een potentieel probleem wordt opgevat (5.3.1.). Ook kan worden gesteld dat we niet weten hoe dit handelen te duiden is (5.3.2.).

5.4.1 Rechtsrelativering is niet erg

Nadat hij in zijn afscheidsrede een reeks van voorbeelden heeft genoemd die we kunnen opvatten als rechtsrelativering door de overheid stelt Kortmann de vraag of dit erg is. 'Nee', luidt zijn verrassende antwoord. 'Waar gehakt wordt, vallen spaanders, en de overheid staat vaak voor complexe en zware taken' constateert Kortmann, die het belangrijker vindt dat ambtenaren vakkundig, onkreukbaar en eerlijk zijn dan dat zij voldoen aan de rechtsstatelijke uitgangspunten. Wel hebben wij, volgens Kortmann 'als jurist concepten als de trias, de democratie en de rechtsstaat hard nodig' en moeten wij 'kritisch blijven als overheidsinstellingen vaak enkel met de mond waarden en normen (...) prediken.'⁶⁴ Een beoordeling als deze is niet uitzonderlijk onder juristen, ook niet onder overheidsjuristen.⁶⁵ De beperking is wel dat van zijn kritiek weinig effect buiten het juridische terrein te verwachten is, wanneer de (overheid)jurist stelt dat het probleem alleen een juridisch probleem is.

Een vergelijkbare gelijkmoedigheid ten opzichte van rechtsrelativering kan worden verwacht van hen die de rechtsstaat niet primair als een verplichtend, maar als een aspiratief concept beschouwen. Hun relativering van rechtsrelativering ligt niet zo zeer in de overweging dat er belangrijkere verplichtingen zijn dan de rechtsstatelijke, maar dat deze rechtsstatelijke verplichtingen niet zo absoluut zijn. Een streefnorm behoeft immers niet altijd te worden gehaald. De vraag kan nog zijn of dat ook geldt voor wat ik de kern van de rechtsstaat

63 De WRR (2002, p. 43) wees ook op die relatie tussen rechtsstaat en moraal. De raad formuleerde het aldus: 'De rechtsstaat markeert historisch en moreel een beschaafde manier van omgaan met staatsmacht, die gebonden wordt aan de regels van het recht.'

64 Kortmann 2009, p. 19.

65 Je zou haar zelfs klassiek kunnen noemen. Zo oordeelde ook Böhtlingk (1958) destijds dat rechtsstatelijkheid juridisch wel relevant is maar dat het toch vooral belangrijk is om mensen op te voeden tot goed staatsburgerschap.

kan noemde, het legaliteitsbeginsel. Maar de 'aspiratieven' hanteren bij voorkeur een hoeveelheid gelijkwaardige normen of beginselen.⁶⁶

Het spreekt vanzelf dat zij die menen dat het recht juist teveel beperkend is voor het overheidsoptreden geen enkel kwaad zullen zien in voorkomende gevallen van rechtsrelativering. In het voorafgaand wees ik een aantal malen op dit standpunt, dat vooral onder politieke gezagsdragers wordt aangetroffen. Strikte binding van de overheid aan het recht inclusief rechtsbescherming bij overtreding daarvan achten zij niet passen bij de omvang van de huidige overheidstaken. Daarnaast menen zij dat met het recht zo flexibel kan worden omgegaan dat voor het door hen noodzakelijk geachte overheidshandelen altijd wel een juridische legitimatie te vinden is en dat daarom een negatief juridisch advies kan worden beschouwd als een gebrek aan welwillendheid van de juridisch adviseur.

Maar het zijn niet alleen bestuurders die deze opvatting hebben en uitdragen. Ook op wetenschappelijk terrein treffen we het nodige begrip voor de opvatting dat het recht hier (soms) moet wijken.⁶⁷ Regelmatig zetten ook de media vragen bij de afweging tussen beleidsrealisatie en juridische bezwaren, bijvoorbeeld naar aanleiding van het optreden van de rechter tegen infrastructurale maatregelen.⁶⁸ Ook treffen we in de media wel een expliciete instemming met het uitgangspunt van een rechtsvrije ruimte voor de overheid.⁶⁹ Zo sterk is de rechtsstaat nu ook weer niet verankerd.

De opvatting dat de vergaande juridisering van het overheidshandelen rechtsrelativering in enigerlei mate acceptabel – en dus niet erg – maakt, raakt overigens niet die gevallen waarin de substantiële strekking van de rechtsnormen vaststaat. In de casus die ik in het derde hoofdstuk aan de orde stelde gaat het niet om een dreigende verlamming van het overheidsbestuur door een overvloed aan regeltjes, maar simpelweg om regels die in een andere richting wijzen dan die waarin de bestuurder wil gaan. Ten slotte merk ik hier op dat de politieke gezagsdragers die rechtsrelativering om de genoemde redenen niet erg zullen vinden toch niet pleiten voor een bestuurlijke ongehoor-

66 Zie, bijvoorbeeld, Witteveen en van Klink (2002) die stellen dat geen kern van de rechtsstaat kan worden vastgesteld.

67 Ik vermeldde al het begrip van Hertogh (2002) voor het standpunt van bestuurders. Recent hoonde Stoter de juridische belemmeringen die werden opgeworpen tegen een recente innovatie, de Segway (Stoter 2011). Ook de WRR (2002, p. 261) toont begrip voor het teveel aan regels die het bestuur zouden verlammen en stelt voor 'waar mogelijk, met nieuwe vormen van regulering te starten en verder uit te bouwen. Gedacht kan worden aan het wettelijk vastleggen van beleid op hoofdlijnen.' Het voorstel van Zouridis (2008) om wat meer afstand te scheppen tussen recht en bestuur lijkt ook in die richting te gaan.

68 Gewoonlijk in termen van 'de rechter verbiedt' of 'de Raad van state verbiedt'.

69 Ook in het voor juridische berichtgeving best scorende dagblad, de NRC, die naar aanleiding van het doden van Osama Bin Laden onmiddellijk op de voorpagina berichtte dat dit gerechtvaardigd was. In een latere column concludeerde Kuitenbrouwer dat de rechtsstaat wel eens een stapje opzij moet zetten.

zaamheid. Dat blijkt ook uit het verhullende taalgebruik in de gevallen waarin in strijd met van toepassing zijnde rechtsnormen wordt gehandeld.

5.4.2 We weten niet of rechtsrelativering erg is

Wanneer we rechtsrelativering beschouwen in het licht van modernisering, dan ligt het in zekere zin voor de hand de mogelijkheid open te houden dat deze relativering moet worden gezien als de uiting van een overgangperiode. Er is dan geen sprake van een mindere of verdwijnende rechtsstaat, maar van een nieuwe rechtsstaat. Zolang we die nieuwe rechtsstaat niet kennen weten we ook niet of we de gang in die richting wel of niet moeten betreuren. Toen Pitlo een halve eeuw geleden sprak over relativering van recht meende hij te maken te hebben met een transitie naar betere tijden. Een dergelijke verwachting zou in algemene zin ook passen in de ontwikkelingsschets uit mijn eerste hoofdstuk waarin de stappen naar rechtsrelativering – via rechtsrelativisme – werden beschouwd als voortdurende aanpassing van het recht aan maatschappelijke ontwikkelingen.

Nu kan elke periode al gauw een overgangperiode worden genoemd en naarmate men positiever is ingesteld is al gauw de conclusie bereikt dat het gaat om overgang naar betere tijden. Concrete aanwijzingen daarvoor zijn schaars en bovendien treffen we op het terrein van de rechtsstaat maar een beperkt aantal initiatieven.⁷⁰ Uit deze initiatieven lijkt nog geen beeld te vormen van een nieuw rechtsstaatconcept. Het zou te makkelijk zijn om aan de eerdergenoemde historische ontwikkeling van opeenvolgende aanpassingen van het recht de conclusie te verbinden dat er altijd wel een nieuw evenwicht wordt gevonden. Vanuit juridisch oogpunt worden sommige fasen beschouwd als een verrijking van de rechtsstaat – bijvoorbeeld de fase van aanpassing aan opvattingen van maatschappelijke behoorlijkheid – terwijl andere fasen, zoals die naar een instrumentele hantering van het recht, vaak negatief worden gewaardeerd.

⁷⁰ Een uitzondering vormt het programma *Law of the Future*, uitgevoerd door The Hague Institute for the Internationalisation of Law (HIIL). In het kader van dit programma is een drietal toekomstscenario's voor de periode tot 2030 ontwikkeld. Daarnaast is het boek 'The law of the future and the future of law' (zie Muller e.a. 2011) gepubliceerd. Uit de grote hoeveelheid *thinkpieces* die in dit boek zijn opgenomen ontstijgt nog niet een beeld van de toekomstige rechtsstaat. Eerder toont het een veelheid van beelden. Voor een beeld van de toekomstige rechtsstaat behoeven we niet te volstaan met het raadplegen van scenario's. Ook aanpassingen van elementen van de rechtsstaat zijn in dat licht interessant, zoals, bijvoorbeeld, een functionele invulling van het legaliteitsbeginsel waarvoor Voermans (2011) pleitte.

5.4.3 Rechtsrelativering zou erg kunnen zijn

De vraag of rechtsrelativering erg is kan niet goed vanuit het juridische kader zelf worden beantwoord, gelet op het zelfreferentiële karakter van dit kader. Wel kunnen in het kader van een rechtstheoretische benadering uitspraken worden gedaan over de implicaties van het herhaaldelijk en bewust niet volgen van rechtsnormen. Daarbij is te denken aan de stelling van Hart dat rechtsnormen ophouden te bestaan wanneer zij bij herhaling niet worden gevolgd. Die conclusie kan voor het legaliteitsbeginsel (nog) niet worden getrokken op basis van deze studie en is zelfs niet waarschijnlijk omdat de indicaties erop wijzen dat rechtsrelativering weliswaar herhaaldelijk voorkomt maar niet altijd en zelfs niet in de meeste gevallen.

Rechtssociologen komen van oudsher vaak tot de conclusie dat sprake is van een verschil tussen beeld en werkelijkheid in termen van *law in the books* versus *law in action*. Dat is ook de conclusie van deze studie. Maar daarmee is nog niet alles gezegd over het verlies van betekenis. In de eerste plaats kan het vraagtekens zetten bij de *law in the books*. Die vraagtekens worden, zoals ik heb laten zien, in de overheidspraktijk – zowel op bestuurlijk als op bureaucratisch niveau – volop gezet. Maar daarnaast blijkt juist op het terrein van de rechtsstaat dat ook bij aanzienlijke verschillen tussen rechtsstatelijk beginsel en praktijk de waarde van het beginsel ongeschonden lijkt. Een sprekend voorbeeld daarvan is de trias politica, waar de bewering dat het hier om een betekenisvol beginsel van onze rechtsstaat gaat steeds gevolgd wordt door het aangeven van de vele afwijkingen daarop.

Gelet op deze overwegingen wil ik de vraag waarom rechtsrelativering erg is of althans kan zijn concretiseren tot de vraag naar het verlies dat we (kunnen) lijden door relativering van het recht.

Als eerste wil ik dan noemen het verlies van waardeoriëntatie. Ik ontleen de term van Foqué⁷¹ die deze betekenis verbindt aan het functioneren van de rechtsstaat. Het gaat dan om de betekenis van collectief gedragen normen waaraan vertrouwen kan worden ontleend, in het bijzonder om de functie van sociale cohesie waaraan traditioneel de naam van Emile Durkheim is verbonden. Die functie is verbonden aan een afbreuk van de samenlevingsorde bij verlies van waardeoriëntatie. De benadering van Durkheim is op uiteenlopende wijze vernieuwd⁷² maar tegelijkertijd actueel gebleven. Waar Hertogh wijst op het risico van rechtsvervreemding relateert hij zijn betoog rechtstreeks aan het anomiebegrip van Durkheim. Hertogh omschrijft zijn begrip rechtsver-

⁷¹ Foqué 2011.

⁷² Het gedachtegoed van Durkheim heeft velen geïnspireerd, zo dat van een Durkheimiaanse school kan worden gesproken, weliswaar niet sterk afgebakend door de uiteenlopende richtingen waarin de navolgers zijn gegaan. Een van de meest bekende is Merton die het anomiebegrip concreter formuleerde als de spanning tussen de maatschappelijke doelen en de maatschappelijke middelen om deze te realiseren.

vreemding als een 'juridische anomie', het gevoel dat overtreding van rechtsnormen eerder regel dan uitzondering is. 'Dit gevoel wordt nog versterkt als u de indruk heeft dat ook juridische professionals zich niet meer door het recht laten sturen.'⁷³

Een tweede risico dat aan rechtsrelativering is verbonden komt voort uit de veronderstelde voorbeeldfunctie van de overheid. Het gaat hier niet om verlies van betekenis van het rechtsstatelijke normenkader als gevolg van juridische anomie, maar om burgerlijke ongehoorzaamheid omdat de overheid publieke ongehoorzaamheid toont. Als het waar is dat de overheid voor de burger een voorbeeldfunctie vervult⁷⁴ en dat dus de opvatting over wederkerigheid levend is,⁷⁵ dan is het aannemelijk dat rechtsrelativering door de overheid leidt tot rechtsrelativering door haar burgers. De gevolgen daarvan kunnen aanzienlijk zijn nu de overheid haar beleid vooral met juridische middelen – wetten, beschikkingen, overeenkomsten – vormgeeft en handhaaft. Verlies van normconformiteit bij de burgers betekent dan verlies van beleidsresultaat. Burgers zullen in elk geval het overheidshandelen niet gelegitimeerd achten omdat deze op rechtsnormen is gebaseerd.⁷⁶ Het belang van het recht voor beleidsrealisatie zal niet minder worden zodra de al decennialang nagestreefde beperking van regelgeving een feit zou worden. Ook of juist in de voorzienbare *enabling state*, waarin de overheid zich op een voorwaardenschepende functie heeft teruggetrokken, zal handhaving van beleid via de juridische weg van belang zijn.⁷⁷ De weg via de rechter is dan immers nog vrijwel de enige waarlangs de overheid de nieuwe maatschappelijke spelers kan dwingen of tegenhouden.

⁷³ Hertogh 2006, p. 5.

⁷⁴ Zoals Kreveld (in: Kraan 2005) beweert (eerder geciteerd in paragraaf 4.2.1.). We komen deze opvatting ook tegen bij Eijlander (1993, p. 225): 'Calculerend gedrag van de overheid ten aanzien van de toepassing van de regels roept vergelijkbaar gedrag van de burger op.' Ook de WRR (2002, p. 248) wijst op de samenhang tussen rechtsbinding van de overheid en gehoorzaamheid van de burgers: 'Als deze voorwaarden in voldoende mate aanwezig zijn, dan versterken ze de rechtsstaat: de overheid en de publieke gezagsdragers eerbiedigen de regels en de burgers onderwerpen zich aan de plicht tot gehoorzaamheid aan de regels.'

⁷⁵ Zoals Fuller (1964, p. 39) stelt. Zie noot 186.

⁷⁶ Dit verlies aan legitimiteit is des te groter wanneer men bedenkt dat het legitimatiebelang met de groei van de overheidsbemoeienis was toegenomen. Voermans wijst hierop waar hij uiteenzet dat het legaliteitsbeginsel juist in dat opzicht is verbreed ten opzichte van de strekking ervan in de negentiende eeuw. In de discussie over de vraagpunten naar aanleiding van zijn preadvies formuleert hij het als volgt: 'Maar tegenwoordig heeft het legaliteitsbeginsel daarenboven ook betekenis gekregen voor de *legitimatie* van het recht. Overheidsbestuur dat rust op wettelijke grondslag wordt eerder aanvaard. Het legaliteitsbeginsel draagt er tegenwoordig aan bij dat wij eerder geneigd zijn om al dat recht dat over ons heen komt, al die overheidssturing die over ons heen rolt, te accepteren.' Zie: Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging, 141^e jaargang / 2011-2, p. 23.

⁷⁷ Barkhuysen verwijst (in zijn voorwoord in *NJB* 2011, p. 972) naar deze en andere aanwijzingen voor een legalistische opstelling van de overheid, niet alleen – zoals in dit geval – op het terrein van het vreemdelingenrecht. Hij verbindt er een vermoeden aan dat de overheid met twee maten meet. Een andere riskante ontwikkeling.

De gevolgen als hier geschetst zijn zeker erg te noemen, maar het lijkt er niet op dat zij al zijn ingetreden. Het geloof in de rechtsstaat wordt nog gedeeld onder de Nederlandse burgers⁷⁸ en de acceptatie van burgerlijke ongehoorzaamheid lijkt, voor zover daarvan al sprake was, nog te zijn afgenomen. Daarmee kunnen we komen in de situatie die Vermeule ooit omschreef als *esoteric legalism*,⁷⁹ waarbij je de burger onkundig houdt van het feit dat de rechtsstaat, in elk geval het legaliteitsbeginsel, niet meer bestaat om zijn gehoorzaamheid niet te verspelen. Ook al zijn de gevolgen als hier bedoeld nog niet zichtbaar, dan blijft de mogelijkheid open dat we te maken hebben met een ontwikkeling die zich laat vergelijken met die van de smeltende ijskap.⁸⁰

De ijskap zou sneller kunnen smelten wanneer in de samenleving het beeld ontstaat dat de overheid het recht eenzijdig relativeert, dus alleen wanneer dit recht haar handelen beperkt en het recht verabsoluteert wanneer het zich op private personen richt. Onlangs kwam een dergelijk meten met twee maten ter sprake toen het Europese Hof voor de Rechten van de Mens de Nederlandse overheid wees op 'excessief formalisme' bij de beoordeling van een asielaanvraag op grond van gezinshereniging.⁸¹

5.5 GEVOLGEN VOOR DE JURIDISCHE PROFESSIE (OVERHEIDSJURIST)

De gevonden rechtsrelativering bij het overheidshandelen is in het eerste hoofdstuk geplaatst in een langdurig proces van aanpassing van het recht aan maatschappelijke opvattingen, aan de macht en aan het beleid. In dit hoofdstuk is relativering van het recht verbonden aan processen van modernisering en democratisering en aan de ontwikkeling op bestuursrechtelijk terrein. De aanpassing van het recht is geschetst als een langdurige ontwikkeling van toenemend rechtsrelativisme, waarbij het recht concurrentie krijgt van doelmatigheid en andere normatieve concepties, naar rechtsrelativering waarbij het recht in voorkomende gevallen het onderspit moet delven. De ontwikkelingen op het terrein van modernisering, democratisering en horizontalisering van bestuur bieden niet alleen mogelijke verklaringen voor rechtsrelativering, maar laten ook zien dat onder politieke gezagsdragers een opvatting over recht en rechtsstaat is ontstaan die rechtsrelativering waarschijnlijk maakt. In de casus blijkt deze zich wijzigende opvatting nog vaak enigszins verborgen omdat onze politieke gezagsdragers zich vaak bedienen van juridische termen, ook in de gevallen waarin zij het recht relativeren. Voor de beslissing over

78 Zo stelde de WRR nog in 2003 vast.

79 Vermeule 2007.

80 Keane (2009) trekt deze vergelijking in verband met de democratie.

81 EHRM 10 januari 2012, appl.nr. 22251/07. Barkhuysen gebruikte in dit verband de term 'met twee maten meten'. Zie *NJB* 27 januari 2012, p. 253.

de Nederlandse steun aan de oorlog tegen Irak en voor de instemming met het initiatiefontwerp waarin gemeenten worden ontheven van een aanbestedingsplicht geven Kabinet respectievelijk Tweede Kamer een juridische overweging, ook al gaat deze in tegen alle juridische adviezen. Dat zij zich niet richten op de norm zoals deze door alle juridische instanties wordt geïnterpreteerd blijft verhuld achter een quasi juridische formulering.⁸² Nieuw is dat politieke gezagsdragers explicieter worden over hun rechtsrelativerende opvattingen. Eerder noemde ik al het betoog van de voormalig minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Donner, waarin hij een meer op de democratie en minder op de rechtsstaat gerichte oriëntatie bepleitte. Een andere explicatie treffen we in de recente uitgave 'Onbetwistbaar recht' van de Teldersstichting.⁸³ De liberalen vinden dat de juridisering, waarbij het recht tot doel verheven is, moet worden teruggedrongen omdat 'het openbaar bestuur bekneld raakt en het democratisch proces verlamd raakt.'⁸⁴ Zij laken vooral het toegenomen gewicht van de rechter en het afgenomen gewicht van de volksvertegenwoordiging.

Mijn vraag hier is wat de gewijzigde – of meer expliciete – opvatting van de politieke gezagsdragers betekent voor de juridische professionals. Als politieke gezagsdragers de rechtsstatelijke gebondenheid aan het recht niet accepteren en menen – in strijd met de door de wetgever geformuleerde opvatting – dat hun wel een rechtsvrije ruimte toekomt, wat is dan de positie van de overheidsjurist? Moet hij deze opvatting van de politieke gezagsdragers tot de zijne maken op grond van zijn ambtelijke loyaliteitsplicht of moet hij hieraan tegenwicht bieden op grond van zijn professionele verantwoordelijkheid als jurist? In het voorafgaande is die spanning herhaaldelijk aan de orde geweest en heb ik geconcludeerd dat overheidsjuristen op uiteenlopende wijzen en in een bepaalde mate meebewegen, zowel in hun opvatting als in hun optreden. Uit hun publicaties en uit de interviews is wel duidelijk naar voren gekomen dat de spanning tussen ambtelijke loyaliteit en professionele opdracht duidelijk wordt ervaren en dat het antwoord daarop ook niet stellig en eenduidig is. Zoals aangegeven spelen vele aspecten een rol, maar twee onzekerheden bleken mij dominant bij het zoeken naar de juiste opstelling. De eerste betreft de rechtsrelativering zelf. De opvattingen onder overheidsjuristen lopen hierover uiteen. Ze variëren van een min of meer rotsvast geloof in het recht – of in elk geval de opvatting dat het uiteindelijk te verkiezen is om consequent aan het recht vast te houden – tot de opvatting waarin het recht in hoge mate wordt gezien als een set regeltjes die op soms toevallige of zelfs duistere wijze

82 Een bewindspersoon zei me dat hij mijn thema rechtsrelativering weliswaar interessant vond, maar dat het besluit dat hij nam daar zeker geen voorbeeld van was. Hij had zijn besluit immers gebaseerd op een juridische overweging. Daaraan voegde hij desgevraagd toe dat hij nooit anders zou hebben beslist.

83 Wiebenga 2012.

84 Wiebenga 2012, p. 131.

in de politieke keuken tot stand komen en waarvan er bovendien teveel zijn. Het is vaak een verschil in opvatting of besturen op basis van rechtsnormen leidt tot een ordelijke of juist onbestuurbare samenleving.

Een tweede onzekerheid die ik tegenkwam betreft de professionele opstelling ten opzichte van de politieke gezagsdragers. Daarbij ligt de keuze tussen een met de advocaat vergelijkbare opstelling met het accent op partijdigheid en een met de rechter vergelijkbare opstelling waarbij zoveel mogelijk neutraliteit wordt betracht.

Wanneer we beide keuzen met elkaar confronteren treffen we vier verschillende beroepsbeelden⁸⁵ aan, die we alle ook in de praktijk tegenkomen. In onderstaande matrix zijn deze beelden weergegeven. De vier keuzen kunnen ook worden gezien als strategieën of handelwijzen die de overheidsjurist kiest om aan de eerdergenoemde positiespanning het hoofd te bieden. Naast deze vier kan nog een vijfde opstelling worden gekozen, namelijk die van het zoveel mogelijk op afstand blijven. Het is bepaald niet gebruikelijk dat de overheidsjurist deze strategie kiest. Eerder is het zo dat de overheidsjurist tegen zijn wil buiten de besluitvorming wordt gehouden.⁸⁶ Al decennialang vragen overheidsjuristen regelmatig aandacht voor het belang dat zij eerder in het proces worden ingeschakeld. In het kader van het recente programma Versterking juridische functie rijk is andermaal gebleken dat het niet eenvoudig is dit appel succesvol over te laten komen bij de beleidscollega's.⁸⁷ Andermaal werd geconstateerd dat zij zich terughoudend tonen omdat de overheidsjurist, naar het oordeel of de ervaring van de beleidsambtenaren, in het begin van het beleidsproces de creativiteit kunnen verstoren door voortijdig juridische zwarigheden te signaleren. Beleidsambtenaren en bewindslieden zijn regelmatig beducht voor juridische bottlenecks. Zij laten nog wel eens na de jurist om advies te vragen wanneer zij, na globale verkenning, een negatief advies zien aankomen. Het is aan ministeries goed mogelijk dat de directeur van de centrale juridische directie niet in de gelegenheid is waar nodig bemoeienis te hebben met het ministeriële handelen, bijvoorbeeld omdat hij niet in de Ministerstaf zit of niet bevoegd is zich rechtstreeks tot de minister te wenden voor juridisch advies. In het eerdergenoemde programma hebben directeurs

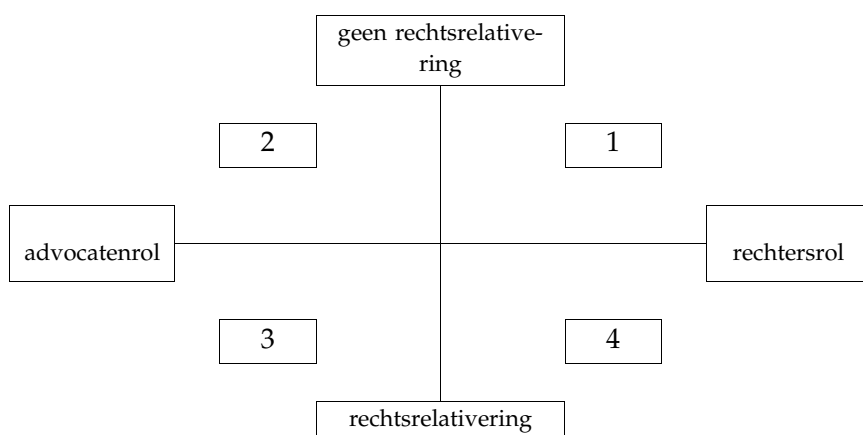
85 Jeliaskova en Hoppe (1996) geven een vergelijkbare typering, maar dan beleidsambtenaren. Zij baseren zich op eerdere typologieën, waarbij het in hoofdzaak gaat om het verschil tussen professiegericht (technicians) en politiekgericht (politicians) optreden. De beroepsbeelden van de beleidsambtenaar zijn niet helemaal vergelijkbaar met die van de overheidsjurist. Wel zien we een overeenkomstige keuze tussen een advocaatachtige versus een neutrale opstelling. Maar in plaats van de keuze tussen wel of niet relativeren van recht komen we bij de beleidsambtenaren de keuze tussen een rationaalgerichte en een procesgerichte benadering tegen. Jeliaskova en Hoppe komen tot vijf typen beleidsambtenaren: procesregisseurs, beleidsfilosofen, advocaten, neo-weberianen en experts.

86 De visitatiecommissie wees daar ook op. Zie: Visitatiecommissie 2007.

87 Partner in beleid 2010b.

ervoor gepleit wel in de positie te zijn om een algehele juridische verantwoordelijkheid te kunnen nemen als, wat wordt genoemd *chief legal officer*.

Het is dus allerm minst vanzelfsprekend dat de overheidsjuristen kiezen voor distantie wanneer de genoemde spanning oploopt. Uitzonderingen daarop zijn de gevallen waarin de overheidsjurist er zelf toe bijdraagt of zelfs het initiatief neemt om het juridisch advies aan de bewindspersoon te laten geven door externe juridische adviseurs, in het bijzonder de Landsadvocaat. Voor de volgende vier handelingsopties kiezen overheidsjuristen wel.
geen rechtsrelativering



5.5.1 Adviseren en uitvoeren: de klassieke adviseur

Ik begin hier met de klassieke strategie. Deze komt erop neer dat de jurist zich nauwgezet richt op zijn juridische verantwoordelijkheid en de politieke verantwoordelijkheid van de bewindspersoon beschouwt als de eindverantwoordelijkheid. De overheidsjurist die deze strategie volgt zal de minister in eerste instantie neutraal adviseren. Ook deze jurist heeft vanzelfsprekend oog voor de politieke opdracht van de minister, maar meent dat de minister zijn verantwoordelijkheid het beste kan waarmaken wanneer hij goed op de hoogte is van alle juridische overwegingen. Dat voorkomt namelijk dat de minister onvoldoende op de hoogte is van de juridische risico's en om deze reden schipbreuk zou kunnen leiden. Dat is het ergste wat de hier aangeduide jurist in professioneel opzicht kan overkomen, gericht als hij is op het optimaal laten functioneren van de ministeriële verantwoordelijkheid. Voor deze juristen vormt het leerstuk van de ministeriële verantwoordelijkheid de kern van hun professie.⁸⁸

⁸⁸ Uitvoerig beschreven in: Visser 2008. Van Visser wordt gezegd dat hij de nieuw aangetreden minister placht te begroeten met de zinsnede: 'Ik ben Rob Visser, mijn functie is u tegen te spreken.'

In deze klassieke strategie wordt tegenspraak wel de hoogste vorm van loyaliteit genoemd. Deze verzoening van ambtelijke loyaliteit en professioneel tegenwicht, waarin de overheidsjurist zich opstelt als de neutrale, professionele adviseur, beperkt zich in het algemeen tot de eerste fase. De ministeriële eindverantwoordelijkheid neemt met zich mee dat het aan de minister is of hij het juridische advies volgt of niet. Mocht dat niet het geval zijn en dus worden besloten tegen het recht in te handelen, dan beschouwt de jurist het als zijn verantwoordelijkheid aan de uitvoering van het besluit mee te werken.

Het komt wel eens voor dat overheidsjuristen die deze professionele lijn volgen wat langer vast houden aan hun negatieve advies. Maar, zoals in het vorige hoofdstuk al aangegeven, is vasthouden aan een 'nee' in de loop der tijd zeer uitzonderlijk geworden. Bij vele overheidsjuristen is het 'nee' zeggen, ook in eerste instantie, al gauw op de grens. Als men het al doet, dan moeten er wel onmiddellijk alternatieven bij worden aangegeven, aldus de huidige opvatting. Van verzet of zelfs van vertrek wanneer het negatieve advies niet wordt gevolgd is al zeker geen sprake in ons land. In Den Haag treffen we hoogstwaarschijnlijk geen evenknie van Elisabeth Wilmshurst.⁸⁹

5.5.2 Strategisch handelen: de creatieve adviseur

De overheidsjurist die kiest voor deze wijze van handelen wil zich niet beperken tot de rol van neutraal adviseur. Hij acht het zijn professionele opdracht om de rechtsstatelijkheid van het overheidshandelen te bevorderen en zal menen dat je dit niet aan de politieke gezagsdragers kan overlaten. In het vierde hoofdstuk noemde ik al de stelling van Van Kreveld dat de overheidsjurist streeft naar juridische effectiviteit 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 tevens alles op alles (moet) zetten om te bereiken dat daadwerkelijk alleen rechtmatige besluiten worden genomen.'⁹⁰

De overheidsjurist maakt echter weinig kans in zijn streven te slagen wanneer hij zijn politieke gezagsdrager in meerdere instanties wijst op de rechtsstatelijke

89 Zij kwam aan de orde bij mijn bespreking van de casus Irak in het derde hoofdstuk. Elisabeth Wilmshurst nam ontslag als plaatsvervangend juridisch directeur aan het Britse ministerie van Buitenlandse Zaken. Je zou haar handelwijze zowel in deze eerste, maar ook in de hiernavolgende kunnen plaatsen. Zij blijft de neutrale jurist (1) die weliswaar ook in tweede instantie blijft aandringen op rechtsconform handelen (2). Zij is inmiddels benoemd tot hoogleraar Internationaal recht aan de University College London.

90 Van Kreveld, zelf voormalig 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: Van Kreveld 2008, p. 75.

bezwaren tegen diens beleidsvoornemen. Het is aannemelijk, gelet op de eerder besproken opstelling van deze gezagsdragers, dat de jurist in toenemende mate weerstand zal oproepen met marginalisering van zijn positie als resultaat. De hier bedoelde overheidsjurist kiest er daarom voor om zijn juridische bezwaren te vertalen in politieke bezwaren, in elk geval in bezwaren waarvoor zijn bewindspersoon gevoelig zal zijn. Als een bewindspersoon zich, bijvoorbeeld, voorneemt het beginsel van gemeenschapstrouw in het Europese recht⁹¹ bij wet te beperken, dan zal de jurist die negatief wil adviseren succesvoller zijn met een beroep op het economische belang dat Nederland heeft bij een goed functionerende internationale mededinging dan met een beroep mogelijke strijd met het Europese recht. In voorkomende gevallen kan de jurist ook wijzen op het kosteneffect of op het gevolg van een voorgenomen regeling voor de administratieve lasten van burgers.

Het hier geschetste strategisch handelen van de overheidsjurist vormt het spiegelbeeld van het handelen van politieke gezagsdragers wanneer zij hun politieke bezwaren uiten in juridische overwegingen. Het verschil tussen beide is weliswaar dat de jurist ermee probeert de politieke gezagsdrager te overtuigen. Andersom is dit niet aan de orde. Bewindsliden en Kamerleden behoeven vanzelfsprekend niet de overheidsjuristen te overtuigen.

5.5.3 Meedenken en meebesturen: de politieke adviseur

Voor de hier bedoelde juristen is nee zeggen, ook in eerste instantie, geen optie. Zij vinden hun verantwoordelijkheid voor het welslagen van het beleid van de minister ten minste deel van hun professionele opdracht en daarmee ten minste gelijkwaardig aan hun verantwoordelijkheid voor de rechtsstatelijkheid van het ministeriële optreden. Sterker nog, zij hebben niet zoveel ontzag voor wat zij de regeltjes noemen en vinden bovendien dat de rechtsstaat al gauw wordt gebruikt als een weinig overtuigende hyperbool. De meedenkende en meebesturende overheidsjuristen hebben een zienswijze die in belangrijke mate overeenkomt met die van de politieke gezagsdragers. In de eerdergenoemde typologie van Zamboni zou deze opvatting als *embedded* kunnen worden aangeduid.

Het gaat te ver om te stellen dat deze juristen het recht niet belangrijk vinden. Eerder is het zo dat ze het zien als dienend aan het (politieke) beleid en niet als een 'doel op zich'.⁹² 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

91 Artikel 4 van het Verdrag betreffende de Europese Unie. In de eerdergenoemde uitgave van de Teldersstichting wordt gepleit voor een beperking van dit beginsel. Zie: Wiebenga e.a. 2012, p. 130.

92 Wiebenga e.a. 2012, p. 129.

opvatting. Ze duiden ze aan als de ‘neezeggers in vaste dienst’. De hier bedoelde overheidsjuristen zijn niet bang om nee te zeggen, zij kijken er op neer.⁹³

Mogelijk geeft deze korte beschrijving de indruk dat overheidsjuristen die kiezen voor deze opstelling wel erg ver van hun professionele kern verwijderd zijn. Toch is dat maar zeer ten dele het geval. Zoals uit de historische schets in het eerste hoofdstuk blijkt, is de aandacht voor doelmatigheid⁹⁴ al vanaf eind 19^e eeuw opgevat als deel van de juridische professie. Wel is de betekenis van het begrip doelmatigheid verschoven van een min of meer neutrale beleidsafweging in de context van bestuur en bureaucratie naar een partijdige beleidsafweging in de context van de politieke wilsvorming. Deze hangt samen met de komst van de sociale staat, waarin bestuur en bureaucratie steeds minder een gescheiden systeem vormden naast het systeem van politieke wilsvorming, maar meer ten dienste van die wilsvorming gingen functioneren.⁹⁵ Naast deze – op de politieke meerderheid gerichte – partijdigheid van de overheid staat de partijdigheid van de overheid in de betekenis van het optreden als gewone speler, waarop ik wees in het kader van de bestuursrechtelijke ontwikkelingen.

In de hier kort geschetste tendens naar een partijdiger opstelling van de overheid is een tendens te zien in de opstelling van de overheidsjurist van een op de rechter lijkende neutrale positie naar een met de advocaat overeenkomende partijdige positie. De meedenkende en meebesturende overheidsjurist gaat het verst in een advocaatachtige oriëntatie. Voor deze overheidsjurist is het uitvoeren van risicoanalyses, waarbij het niet zozeer gaat om de vraag of het beleidsvoornemen strijd met het recht maar om de vraag wat daarvan de risico’s zijn, een standaard handelwijze. In hoofdstuk 4 gaf ik aan dat het hier om een bij uitstek rechtsrelativerende handelwijze gaat.

Een vraag die zich in het kader van de meedenkende en meebesturende overheidsjurist laat stellen is of aan deze meewerkende houding grenzen zijn en zo ja, waar die dan liggen en hoe die worden bepaald. Zou de hier bedoelde opstelling kunnen leiden tot het schrijven van memo’s als die John Yoo en andere Amerikaanse overheidsjuristen schreven ter legitimering van de martelpraktijken in Guantanamo Bay?⁹⁶

93 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 recent 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 Kamerstukken II* 2011-2012, 33 000 VI nr. 76.

94 In de loop van de tijd ook wel aangeduid met ‘nut’ of met ‘beleid’.

95 Ik ontleen de terminologie en de beschrijving van deze ontwikkeling aan Forsthooff 1954.

96 Elders ben ik uitvoeriger op deze vraag ingegaan. Zie: Van Lochem 2012b.

5.5.4 Alles afwegen: de flexibele adviseur

De overheidsjurist als hier bedoeld wijst vooral op de flexibiliteit van het recht en op het recht als open systeem. Als je goed luistert blijkt dat het recht voor hem niet een systeem maar een taal is, en wel een taal waarmee veel, zo niet alles kan worden beredeneerd en daarmee ook gerechtvaardigd. De in het eerste hoofdstuk geschetste ontwikkeling is ook op te vatten als een ontwikkeling naar een steeds grotere interpretatieruimte, waarbij het recht steeds minder vooraf normeert en daarmee veel moet overlaten aan het interpreterende discours achteraf. Deze overheidsjurist komt niet tot een rechtvaardiging van het beleidsvoornemen op grond van een partijdige, meewerkende opstelling, maar komt alles afwegend tot de conclusie dat wat de gezagsdrager wil niet (volstrekt) onhoudbaar is gelet op een veelheid van normen en van interpretaties ervan. Zodra vaststaat dat met het recht nagenoeg alles kan worden beredeneerd – ‘de jurist kan alles’ zo luidt het credo van een gevierd overheidsjurist⁹⁷ – moet de conclusie zijn dat juridische legitimering in hoofdzaak een kwestie van goede wil is.⁹⁸

De flexibiliteit en openheid van het recht, zoals benaderd door de hier geduide overheidsjurist, leidt er wel toe dat ook het rechtsstatelijke normenkader nagenoeg geen grenzen kent. Daarvan is sprake wanneer, naast de traditionele criteria als legaliteit, grondrechten en dergelijke, ook andere normatieve opties aan dit normenkader worden toegevoegd. Zo stelde voormalig minister van Binnenlandse Zaken, mevrouw Dales, voor om de deugd ‘integriteit’ te beschouwen als onderdeel van het rechtsstatelijk normenkader. Voorafgaand aan haar bekende uitspraak ‘Een beetje integer bestaat niet’ stelde de minister: ‘Nederland is een democratische rechtsstaat. Dat begrip draagt uitdrukkelijk het element integriteit in zich.’⁹⁹ Een tweede voorbeeld van een dergelijke toevoeging is het transparantiebeginsel. Van Bijsterveld zag in dit beginsel zelfs een alternatief voor het legaliteitsbeginsel: ‘Transparency is a strong candidate for a redefinition of the rule of law.’¹⁰⁰

Hoe bonter het normenkader, naar inhoud en bepaalbaarheid, des te eenvoudiger is het om een passende interpretatie te vinden. In elk geval kan worden vastgesteld dat het van toepassing zijnde normenkader zodanig tegenstrijdig en onduidelijk is dat niet tot een juridisch beletsel kan worden

97 Zie Bierman 2006.

98 Die stelling wordt ook in politieke debat ingenomen. Dat was, bijvoorbeeld, het geval bij het in hoofdstuk 4 genoemde Kamerdebat over de aanbestedingsplicht van gemeenten in het kader van de Wmo.

99 Dales 1992.

100 Van Bijsterveld 2002.

geconcludeerd.¹⁰¹ Die consequentie wordt in de hier bedoelde opstelling van de overheidsjurist niet als een gebrek maar als een voordeel beschouwd. Ook het inspelen op nieuwe deugden of beginselen zoals integriteit en transparantie achten zij van toegevoegde waarde omdat het aansluit bij het actuele rechtsbewustzijn. Dat daarmee afstand wordt genomen van de wetmatigheid van het overheidshandelen zien zij als passend in deze ontwikkeling.¹⁰²

5.5.5 De goede adviseur

Met het naast elkaar zetten van deze vier handelwijzen of strategieën is niet gesteld dat zij in de praktijk altijd van elkaar zijn te onderscheiden. Wanneer ik ze voorlegde aan overheidsjuristen herkenden zij deze en konden daarbij collega's noemen als typische representant van een van deze vier, terwijl zij van mening waren zelf vaak onder meerdere strategieën te passen. In het algemeen bestaat er overeenstemming over dat de ontwikkeling in het algemeen te typeren als die van 1 (adviseren) naar 3 (meedenken en meebesturen). De onderscheiden handelwijzen zijn niet te onderscheiden in goede en slechte. Het zijn alle begrijpelijke strategieën om met de genoemde spanning om te gaan en hebben alle ook een eigen rechtvaardiging. Ook hebben alle handelwijzen extreme vormen die wel bezwaren oproepen. Zo kan de klassieke adviseur geloofwaardigheid verliezen bij het maken van de omslag van een kritische of zelfs negatieve opstelling naar een positief meewerkende houding. De opstelling van de Britse Attorney General Goldsmith bij de besluitvorming over deelname aan de oorlog tegen Irak lijkt hiervan een voorbeeld. De als tweede genoemde creatieve jurist kan zichzelf marginaliseren wanneer hij zijn gerichtheid op de rechtsstatelijkheid – ondanks de verhullende verwoording ervan – te lang volhoudt. In het meest vergaande geval leidt zijn aanpak tot een exit optie.¹⁰³ De memoranda waarin de Amerikaanse overheidsjurist John

101 Bij de eerdergenoemde casus over de aanbestedingsplicht wordt vooral in het debat in de Eerste Kamer bij herhaling een beroep gedaan op de onduidelijkheid over de juridische consequenties voor de conclusie dat het wettelijk regelen dat de aanbestedingsplicht vervalt (of eigenlijk: niet bestaat) dus niet in strijd is met het Europese recht. Zie: *Handelingen I*, 2011-2012, *Kamerstukken I*, 21 (6 maart 2012).

102 Dat wetmatigheid en niet in het positieve recht opgenomen beginselen moeilijk samengaan was destijds ook de conclusie van Bos toen algemene beginselen van behoorlijk bestuur werden opgevoerd maar nog niet in de wet waren opgenomen. Bos: '(...) is er geen sprake van gebondenheid van de overheid aan het recht als kern van het rechtsstaatsbegrip (...). Wetmatigheid van bestuur kan bijvoorbeeld wijken voor de toepassing van algemene beginselen van behoorlijk bestuur.' Zie: Bos 1990, p. 130.

103 Zoals eerder opgemerkt is dat in ons land niet waarschijnlijk. In de Irak-casus bleek onder Engelse overheidsjuristen deze optie wel te bestaan. Elisabeth Wilmshurst verwoordde haar bezwaren evenwel niet in verhullende termen, wat in de Engelse context kennelijk ook in tweede (en eventueel latere) instantie geen beletsel is om met de politieke gezagsdragers in communicatie te blijven.

Yoo het martelen van gevangenen in Guantanamo Bay juridisch legitimeerde kunnen we beschouwen als een vergaande vorm van meedenken en meebesturen. Ten slotte zou de flexibele adviseur zo ver kunnen gaan dat hij voldoet aan de jurist zoals Spitzer die beschrijft, namelijk als de jurist die op grond van rechtsoverwegingen alles en het tegendeel van alles kan beweren.¹⁰⁴ Niet alleen verliest de redenering van de overheidsjurist daarmee zeggingskracht, maar mag de politieke gezagsdrager ook verwachten dat de jurist alles juridisch kan legitimeren en heeft hij ook aanleiding om te menen dat een negatief juridisch advies moet worden opgevat als een gebrek aan goede wil.

Elk van de geschetste typen overheidsjurist kan worden beschouwd als een goed jurist wanneer daarmee wordt bedoeld dat hij een wijze van handelen heeft gevonden om met de spanning tussen de verplichtingen die de democratie (loyaliteit) en de rechtsstaat (bieden van tegenwicht in geval van strijd met rechtsstatelijkheid) stellen om te gaan. Maar moet van de goede jurist niet meer worden verlangd? Moet het professionele tegenwicht niet krachtiger zijn omdat het toch over niets minder dan de rechtsstaat gaat en de risico's van rechtsrelativering als geschetst in de voorafgaande paragraaf toch niet gering zijn? Een dergelijke opstelling lijkt in de lijn van wat Loth verstaat onder de goede jurist. Deze moet zich niet alleen onderscheiden door praktische wijsheid, maar ook door kritische zin en morele moed.¹⁰⁵ Loth moet bij het begrip van de goede jurist steeds denken aan de rol van het door Henry Fonda gespeelde jurylid in de speelfilm *Twelve angry men* en lijkt daarmee de eigenschap 'morele moed' centraal te stellen. Weliswaar onderkent hij dat de rolgebonden verplichtingen van de jurist als professional 'in beginsel prevaleren boven de eigen morele overtuigingen', maar als het erop aan komt moet de jurist

'bereid zijn om de rol (regel) te doorbreken indien daar goede morele redenen voor bestaan. Indien die bereidheid niet zou bestaan, zou zij (de jurist) – vooral in een bureaucratische context – gemakkelijk vervallen in een *Befehl ist Befehl* mentaliteit.'¹⁰⁶

De spanning tussen rolgebonden verplichtingen en eigen morele overtuigingen zal, volgens Loth, toe gaan nemen als gevolg van de 'afkalvende autonomie van de juristen', van een minder eenduidige groeps Moraal (door een afnemende homogeniteit van de groep) en van een afnemende overdracht van waarden (door meer nadruk op doelmatigheid en efficiency).

Het ligt naar mijn inzicht niet voor de hand dat de overheidsjurist een rol als die van Henry Fonda gaat spelen. Afgezien van het feit dat dit niet zou voldoen aan zijn eerder geschetste beroepsopvatting zou dit ook onrealistisch

104 Spitzer 2009.

105 Loth 2009.

106 Loth 2009.

zijn gelet op de eveneens geschetste (machts)positie binnen de overheidsorganisatie.

Het lijkt mij bovendien niet de verantwoordelijkheid van de overheidsjurist om de genoemde spanning, die voortkomt uit de spanning tussen de politiek (democratisch) bepaalde prestatieverplichtingen van de overheid en de rechtsstatelijk bepaalde terughoudendheid van de overheid, op te lossen.¹⁰⁷ Van deze plicht is hij ontslagen eenvoudigweg omdat het hier niet gaat om een oplossing, maar om het optimaal realiseren van die politieke en rechtsstatelijke desiderata. Nu de politieke gezagsdragers zich in toenemende mate aan die spanning lijken te onttrekken door primair te richten op de politieke doelen lijkt het voor de realisering van de rechtsstaat – ter voorkoming van de gesignaleerde risico's – dat overheidsjuristen zoeken naar wegen om de eerdergenoemde spanning zichtbaar te houden. Binnen de overheidsorganisatie zouden zij, naast de gebruikelijke, bescheiden wijze waarop positieversterking wordt gezocht,¹⁰⁸ kunnen zoeken naar mogelijkheden om de juridische overweging op een hoger echelon te verwoorden. Daarbij kan worden gedacht aan een sterkere, met het buitenland vergelijkbare, positie van de hoogste juridisch adviseur binnen de overheidsorganisatie, vergelijkbaar met die van de Attorney General.¹⁰⁹ Ook kan worden gedacht aan een parallel met het jaarlijkse artikel dat de secretaris-generaal van het ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie jaarlijks schrijft in het tijdschrift Economisch Statistische Berichten, waarbij hij in een zekere onafhankelijkheid kan waarschuwen voor ontwikkelingen die vanuit zijn professionele invalshoek zorgelijk zijn.

Voor het overige zal duidelijk zijn dat de ruimte voor overheidsjuristen voor een kritische, tegenwicht biedende rol beperkt is, ook naar eigen opvatting. Dat zou niet in de weg moeten staan, zelfs aanleiding kunnen zijn, om in professionele kring aandacht te vragen voor de ontwikkeling van de professie zoals die binnen de overheid wordt uitgeoefend, waarbij bijzondere aandacht voor het verschijnsel rechtsrelativering aanbevelenswaardig is. Terecht heeft Schuyt bij herhaling aandacht gevraagd voor de rol van juristen in het

107 In zijn eerdergenoemde opstel wees Forsthoff '(1954) al op het belang van de zichtbaarheid van deze spanning die bij hem de spanning tussen sociale staat en rechtsstaat was: 'Die Spannungsverhältnis zwischen Sozialstaat und Rechtsstaat ist fruchtbar.'

108 Zoals werd gedaan in het recente programma Versterking juridische functie rijk. De wijzen waarop naar meer ruimte voor de juridische inbreng werd gezocht waren (a) verbetering van de samenwerking met beleidsambtenaren, (b) invoering van een systeem van kwaliteitsborging, (c) ontwikkeling van opleidingen en (d) versterking van de positie van de juridische directeurs naar die van *chief legal officer*. Zie:

109 Voor hen die hierbij denken aan de Raad van State wijs ik erop dat de raad met zijn adviserende taak slechts een beperkt deel van de overheidsbesluitvorming bestrijkt, namelijk alleen bij wetgeving en dan nog op één moment in het proces. Dit moment is bovendien niet het meest invloedrijke. Voor zover de minister van Justitie in Kabinetvergaderingen de rol van Kabinetsjurist waarnam, is die functie in elk geval verleden tijd na de wijziging in ministerie van Veiligheid en Justitie.

maatschappelijk debat, in het bijzonder gericht op de ontwikkeling van het recht in de huidige samenleving.¹¹⁰ Dat aandeel in het debat zou moeten worden gevoerd, waarbij het wenselijk zou zijn open te staan voor veranderingen in recht en rechtsstaat. Ook zou het wenselijk zijn zo concreet als mogelijk aan te geven waar die veranderingen een probleem vormen, dus zonder gebruikmaking van juridische hyperbolen, ook al zou men, zoals Rubin, tot de conclusie komen dat we op het (juridisch) overheidsterrein veel begrippen en leerstukken hanteren waarvan het bestaan op zijn minst moet worden betwijfeld.¹¹¹ Daarbij lijkt het mij niet raadzaam om onze toevlucht te zoeken in verruiming en vervaging van het rechtsstatelijke normenkader.

110 Schuyt 1978 en 2006. In 2006 schrijft Schuyt over de mogelijkheid dat door uiteenlopende verdovingen weinig kritisch kanttekeningen zijn geplaatst bij de ontwikkeling van (onder meer) onze rechtsstaat. Voor overheidsjuristen geldt mogelijk het meest de 'verdoving (...) van het rationalisme, dat ten grondslag ligt aan zoveel goeds en groots in de moderne samenleving.' (p. 18).

111 Rubin (2005).

6 | Conclusies

6.1 RECHTSRELATIVERING ALS HANDELINGSPRAKTIJK

Rechtsrelativering door de overheid heb ik omschreven als overheidshandelen waarmee in strijd wordt gehandeld met de daarop van toepassing zijnde rechtsnormen en waarvoor geen serieuze rechtvaardiging wordt gegeven. Het begrip rechtsrelativering is geen eerder gehanteerd begrip.¹ Op juridisch terrein is de kritische aandacht voor het overheidshandelen overwegend gericht op het instrumentele gebruik van wet en recht en op rechtsrelativisme.² Dit laatste begrip verwijst naar overheidshandelen waarbij ook niet rechtsconform is maar waarbij wel een serieuze afweging plaatsvindt.

Uit de analyse van drie casus concludeerde ik dat rechtsrelativering door de overheid voorkomt, ook bij besluitvorming over belangrijke aangelegenheden en ook wanneer normen van ‘hoger’ recht – Europees recht en grondrechten – in het geding zijn. Op grond van publicaties van overheidsjuristen en van interviews concludeerde ik vervolgens dat rechtsrelativering meer dan incidenteel voorkomt en dat we kunnen spreken van een – niet dé – handelingspraktijk.

6.2 RECHTSRELATIVERING ALS RESULTAAT VAN INTERACTIE

Alle overheidshandelen is het resultaat van interactie waaraan vaak een groot en divers aantal actoren deelnemen.³ Ten behoeve van de inzichtelijkheid en onderzoekbaarheid heb ik de interactie vereenvoudigd tot die van bewindspersonen en overheidsjuristen. Zeker bij besluitvorming over belangrijke zaken vinden gewoonlijk meerdere interacties plaats en kan achteraf niet meer nauwkeurig worden vastgesteld wat het aandeel in de besluitvorming is van elke actor afzonderlijk. De veronderstelling dat de bewindspersoon bepalend is voor de relativering van het recht en de overheidsjurist daaraan tegenwicht

1 In elk geval niet in deze betekenis. Een enkele keer komt relativering van recht ter sprake in het kader van de gevolgen van internettoepassingen.

2 Ook dit begrip wordt slechts incidenteel gebruikt op het terrein van de rechtssociologie. In ons land is de term geïntroduceerd door Van Manen 1989.

3 Voor een recente schets over de toenemend aantal actoren en de complexe vormen van interactie heb ik verwezen naar het recente proefschrift van Van den Berg (2011).

biedt is in dit onderzoek niet bevestigd. Van tegenwicht is maar in beperkte mate sprake als gevolg van zowel de positie als de beroepsopvatting van de overheidsjurist.

De bewindspersoon domineert gewoonlijk de interactie. Hij bepaalt of en in welke mate hij de overheidsjuristen inschakelt en of daarnaast of voor hen in de plaats andere juridische adviseurs worden geraadpleegd. In sommige gevallen verkent hij vooraf of een negatief advies te verwachten is en kan dan beslissen het advies niet te vragen. Een andere optie is om alleen om de positieve juridische overwegingen te vragen. De overheidsjuristen geven gewoonlijk geen negatief advies, zeker niet zonder daarbij alternatieven aan te geven. De aard van het recht of de aard van de jurist brengt met zich mee dat juridische bezwaren vrijwel nooit in absolute termen worden geformuleerd. Beleidsvoornemens zijn dan hoogstens juridisch bezwaarlijk of 'flinterdun'. Daarmee blijft voor de bewindspersoon vrijwel altijd de mogelijkheid bestaan om aan te nemen dat zijn beleidsvoornemen juridisch toelaatbaar zijn.

Negatieve advisering komt wel voor op horizontaal ambtelijk niveau, bijvoorbeeld wanneer het ministerie van Buitenlandse Zaken aangeeft dat het beleidsvoornemen aan een ander ministerie in strijd zou zijn met het Europese recht.

Het komt wel voor dat een minister hun machtspositie inzetten en 'zijn' juristen op afstand houdt onder meer door de directeur buiten de ministerstaf te zetten of te houden. Veel vaker is sprake van gewone communicatie, waarbij de jurist er wel voor waakt om niet te snel en te vaak met rechtsstatelijke overwegingen te komen. In het algemeen is de opstelling van de overheidsjurist zeer loyaal. Daarvan onderscheidt hij zich niet van zijn collega's.

6.3 RECHTSRELATIVERING ALS OPVATTING

Bewindspersonen (zeggen te) hechten aan de rechtsstaat, maar verzetten zich tegen een absolute hantering van het legaliteitsbeginsel – hier opgevat als de binding aan het positieve recht – en claimen voor bijzondere gevallen een rechtsvrije ruimte. Deze opvatting is in strijd met het de heersende rechtsleer (legaliteitsbeginsel) en met de opvatting van de wetgeving (afwezigheid rechtsvrije ruimte). De overwegingen bij dit standpunt zijn (a) dat de overheid in een sociale rechtsstaat niet aan haar omvangrijke opdracht kan voldoen wanneer een uit de liberale staat afkomstige strikt juridische beperking wordt gehanteerd, (b) dat dit zeker het geval is nu een veelheid van soms gedetailleerde regels deel uitmaken van het recht dat de overheid in acht moet nemen en (c) dat het in deze tijd onmogelijk is om geen uitvoering te geven aan democratisch genomen beslissingen waartoe ook het regeerakkoord wordt gerekend.

De opvattingen over de relatie tussen politiek en recht onder overheidsjuristen lopen uiteen, maar bij velen van hen zien we wel een neiging in de richting

van die van de bewindspersonen, namelijk dat het rechtssysteem deel uitmaakt van het politieke systeem. Overheidsjuristen voelen zich vaak medeverantwoordelijk voor de realisering van het beleid. In hun visie staat het rechtssysteem niet geheel los en autonoom ten opzichte van het politieke systeem.⁴ Daarbij zien we ook een ontwikkeling in de opvatting over hun eigen functie, namelijk van een overwegend neutrale rol zoals die van de rechter naar een meer advocaatachtige opstelling.

6.4 VERKLARINGEN VOOR RECHTSRELATIVERING

Op theoretisch terrein zijn wel verklaringen te vinden voor het verschijnsel rechtsrelativering. In het eerste hoofdstuk koos ik die van de algemene ontwikkeling van het recht, aansluitend bij de theoretische benadering van Duncan Kennedy. Het gaat om een ontwikkeling van functionele aanpassing van het recht aan maatschappelijke behoeften. In eerste instantie lijkt die functionele aanpassing vooral de burger tegemoet te komen, omdat deze niet langer wordt geconfronteerd met een onredelijke, formalistische rechtsbedeling. In de naoorlogse periode lijkt de aanpassing van het recht – in instrumentele zin – steeds meer aan de functionele behoefte van de overheid te voldoen.⁵ Rechtsrelativering is dan te beschouwen als een volgend ontwikkelingsstadium waarin die aanpassing aan de overheidsbehoefte zo ver gaat dat het recht aan betekenis verliest. Het zal duidelijk zijn dat een ontwikkelingstheorie als deze alleen opgaat wanneer we ervan uitgaan dat de ontwikkeling min of meer lineair verloopt.

In het latere deel van deze studie heb ik nog drie theoretische concepten genoemd die een verklaring kunnen bieden voor het verschijnsel rechtsrelativering. De eerste zijn de (post)moderniseringstheorieën, waarin vooral de aandacht voor relativering in het algemeen een ontwikkeling lijkt aan te duiden waarbinnen ook rechtsrelativering kan worden begrepen. De beperking van dit theoretisch perspectief is dat (post)moderniseringsbenaderingen naar hun aard geen samenhangend en eenduidig concept bieden om als verklaring te kunnen dienen. Daarbij komt dat in deze benaderingen, meer dan bij andere theoretische benaderingen, de grens tussen objectieve en normatieve concepties fluïde is. Een tweede verklaringsgrond heb ik gezocht in wat ik aanduid als de democratiseringstheorieën, waarbij de opkomst van democratieën in de naoorlogse periode centraal staat. De notie van een democratie zonder of in elk geval met minder rechtsstaat lijkt aan waardering toe te nemen, niet alleen als tijdelijk groeimodel in ontwikkelingslanden. In landen waar de democratie op volle toeren is gaan draaien om het groeiende overheidsbeleid via omvang-

4 In dit kader verwees ik naar de term *embedded* van Zamboni (2004), waarmee wordt bedoeld dat het rechtssysteem deel is van het politieke systeem.

5 Tijdens de oorlog was sprake van een aanpassing aan de overheidsmacht in extreme zin.

rijke wetgeving uitvoerbaar en handhaafbaar te maken, komt de gedachte op dat die omvangrijke wetgeving vervolgens niet moet gaan fungeren als een beperking voor die democratie. Daarbij hebben de democratisch gekozenen er moeite mee dat die beperking, uit de aard van het recht, in handen van niet democratisch gekozen rechters, soms zelfs buitenlandse rechters, komt te liggen. Dit brengt hen tot de gedachte dat rechtsrelativering juist geboden is en dat de leer van Montesquieu, waarmee noties van legaliteit en van gelijkwaardige verhouding tussen wetgever en rechter verbonden zijn, niet meer van deze tijd is.⁶

Een derde theoretisch perspectief waarbinnen rechtsrelativering kan worden begrepen is de conceptuele ontwikkeling van ons bestuursrecht. Daarbinnen kan rechtsrelativering vermoedelijk worden verklaard als een reactie op de concepten van rechtsbescherming en die van de rechtsvrije ruimte. Deze concepten komen erop neer dat in ruime mate kan worden opgekomen tegen het handelen van de overheid en dat de overheid haar handelen steeds op het recht moet baseren. De verklaring van rechtsrelativering is naar mijn inzicht gelegen in het feit dat de formele bevestiging van die concepten⁷ een tegenbeweging, vooral onder bestuurders, op gang heeft gebracht die in feitelijke zin vermoedelijk meer bepalend is voor de feitelijke uitkomst dan het geformaliseerde recht. De opvatting van bestuurders treft men ook wel onder overheidsjuristen.

6.5 GEVOLGEN VAN RECHTSRELATIVERING

Rechtsrelativering heeft vanzelfsprekend juridische gevolgen omdat het per definitie in strijd is met rechtsnormen en met het rechtsstatelijke legaliteitsbeginsel.⁸ Het gaat in deze studie echter om de empirische vraag naar de gevolgen. Die vraag heb ik vereenvoudigd tot de vraag of rechtsrelativering erg is. Het antwoord op deze vraag heb ik zo concreet als mogelijk willen geven. Om die reden heb ik mij niet willen voegen bij de auteurs die menen te weten dat de rechtsstaat in crisis is of al is ondergegaan, ofschoon nu juist bij rechtsrelativering – veel meer nog dan bij instrumentalisering van het recht – de existentiële vraag zich wel laat stellen. Mijn antwoord is gericht op de risico's

6 Nog maar tien jaar geleden stelde de WRR (2002, p. 43): '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.'

7 In de Algemene wet bestuursrecht zijn de hoofdlijnen van de hier bedoelde rechtsbescherming geregeld. De afwezigheid van een rechtsvrije ruimte is opgenomen in de memorie van toelichting bij deze wet.

8 Het betreft dan de primair van toepassing zijnde normen in kwestie en de secundaire normen die aangeven dat de overheid niet in strijd met rechtsnormen mag handelen (zoals bijvoorbeeld artikel 94 van de Grondwet) of dit handelen van een strafbedreiging voorzien (zoals bijvoorbeeld artikel 355 Wetboek van Strafrecht).

die we – in de eerste plaats de overheid zelf – lopen door rechtsrelativering. Die risico's heb ik geduid in termen van een afnemende sociale cohesie, een toenemende rechtsvervreemding, van een opkomende burgerlijke ongehoorzaamheid en een afnemende legitimiteit van de overheid. Als het gevoel ontstaat dat zelfs de overheid zich niet meer aan het recht houdt komt mogelijk de vraag op: waarom wij wel? Als de overheid inderdaad een voorbeeldfunctie heeft dan is een toenemende onverschilligheid ten opzichte van het recht, in elk geval – in de woorden van Pitlo – een afnemende schaarste voor regelovertreiding een waarschijnlijk gevolg. Als rechtshandhaving dan al mogelijk blijft wordt zij in elk geval wel steeds moeilijker en erg duur.

Het is zeker ook mogelijk de schouders op te halen voor rechtsrelativering, bijvoorbeeld vanuit de opvatting dat de rechtsstaat niet consequent moet worden gepraktiseerd maar een globale en hanteerbare aspiratie moet blijven. Een dergelijk opvatting past echter niet goed bij het beeld dat door de overheid zelf wordt uitgedragen. Beeld en werkelijkheid van de rechtsstaat lopen wel erg uiteen wanneer de Nederlandse overheid rechtsrelativering niet als probleem opvat.

Ten slotte is het ook mogelijk om rechtsrelativering op te vatten als element van transitie van het concept van de rechtsstaat. Deze opvatting vind ik aansprekend. Zij nodigt wel uit – verplicht eigenlijk – tot bijdragen aan het discours hierover, tenzij men zou vinden dat elke richting die onze rechtsstaat kan gaan op voorhand acceptabel is.

6.6 RECHTSRELATIVERING EN JURIDISCHE PROFESSIE

Relativering van recht door de overheid raakt de kern van de juridische professie, in het bijzonder ook die van de overheidsjuristen die in deze relativering een aandeel hebben. Om die reden heb ik deze studie afgesloten met de vraag wat de goede jurist, in casu de goede overheidsjurist, te doen staat wanneer beleidsvoornemens niet verzoenbaar lijken te zijn met rechtmatige realisering daarvan. Daarbij heb ik onderscheiden de overheidsjurist als uitvoerder van de juridische functies binnen de overheidsorganisatie en de overheidsjurist als deel van zijn professionele gemeenschap. In zijn functieuitoefening komt de overheidsjurist de spanning tegen tussen de ambtelijke loyaliteit aan de democratisch gekozen politieke gezagsdrager en het professioneel rechtsstatelijke tegenwicht aan diezelfde gezagsdragers. Voor zover gezagsdragers koersen op de democratische legitimiteit, althans op het politieke terrein – wat zij in toenemende mate lijken te doen – komt het professionele, rechtsstatelijk georiënteerde functioneren van de overheidsjurist onder (toenemende) spanning te staan.

Overheidsjuristen verschillen in de mate waarin zij die spanning tussen ambtelijke loyaliteit en juridische professionaliteit ervaren en ook in de wijze waarop zij daarin positie kiezen. Dit verschil in ervaring en in positiekeuze

wordt in het algemeen bepaald door een tweetal keuzen. In de eerste plaats is dat de keuze voor wel of geen relativering van het recht. De tweede keuze is die tussen een neutrale, met de rechtersrol overeenkomende of een partijdige, met de advocaat overeenkomende rol. Op grond van deze basale keuzen heb ik vier typen overheidsjurist onderscheiden die elk een eigen strategie hanteren om met de genoemde spanning om te gaan. De professionele adviseur (geen rechtsrelativering, neutrale positie) geeft in eerste instantie een kritisch advies, maar zal de daaropvolgende beslissing van zijn politieke gezagsdrager – ook al volgt deze het advies niet – zonder aarzeling uitvoeren, gelet op de leer van de ministeriële verantwoordelijkheid. De creatieve adviseur (geen rechtsrelativering, advocaatachtige rol) legt zich minder makkelijk neer bij de afwijking van het juridische advies. Aannemende dat rechtsstatelijke overwegingen de politieke gezagsdrager niet zullen overtuigen, zal hij zich waar mogelijk bedienen van politieke overwegingen, in elk geval overwegingen die aansluiten bij criteria die door de politieke gezagsdrager relevant worden gevonden.

De politieke adviseur (wel rechtsrelativering, advocaatachtige rol) staat in zijn denken niet ver af van de politieke gezagsdrager. De inzet van zijn juridische professionaliteit is niet zozeer gericht op het voldoen aan rechtsnormen, maar op het analyseren van de risico's die aan het niet voldoen aan deze normen verbonden zijn, zo dat deze risico's vermeden kunnen worden. De flexibele adviseur (wel rechtsrelativering, neutrale opstelling) meent dat het recht voor vrijwel alles een passende redenering bevat en dat de jurist daarom alles kan, als hij maar wil. Hij is niet de man van de strikte redenering en trekt de grenzen van recht en rechtsstaat bij voorkeur ruim.

Voor zover een tendens waarneembaar is, dan is dat die van de overheidsjurist als professionele naar die van partijdige adviseur, waarvan de rolvervulling van John Yoo bij de advisering over de behandeling van gevangenen in Guantanamo Bay als een extreme of consequente variant kan worden gezien. Daarmee is het professionele risico van deze ontwikkeling aangegeven.

Dat de overheidsjurist in zijn functie-uitoefening wegen zoekt om de genoemde spanning te kunnen hanteren, lijkt mij functioneel gelet op zijn positie. Gelet op de eerdergenoemde risico's die aan rechtsrelativering zijn verbonden is het juist voor de overheid zelf van belang dat de spanning daarmee niet uit het oog wordt verloren. Die kans bestaat nu de overheidsjurist, vooral in de Nederlandse overheidsorganisatie, relatief laag in de organisatie is gepositioneerd. De hoogste juridische adviseur in de Amerikaanse of Engelse overheidsorganisatie zit enige organisatielagen hoger dan hun Nederlandse collega. Daarmee hangt samen dat politieke gezagsdragers regelmatig een beroep doen op externe juridische adviseurs die (daarmee) wel een hoger deskundigheidsprestige verwerven dan die binnen de overheid. Een met de

(deputy) Attorney General overeenkomende positie lijkt mij daarom aan te bevelen.⁹

De aan rechtsrelativering verbonden risico's en de mogelijkheid dat we hier te maken hebben met een belangrijke transitie van onze rechtsstaat maken het wenselijk dat overheidsjuristen en juristen in het algemeen vanuit hun professionele kaders een bijdrage leveren aan het discours hierover of waar nodig een dergelijk discours initiëren. Naast de actuele politieke praktijk zijn er, niet alleen op juridisch maar ook op bestuurskundig en rechtssociologisch terrein, al de nodige beschouwingen die om een reactie vragen. Naast publicaties en disputen op het eigen professionele terrein zouden overheidsjuristen ook vormen kunnen beproeven die weliswaar ongewoner zijn, maar die op andere terreinen mogelijk zijn gebleken, zoals het jaarlijkse artikel van de secretaris-generaal van Economische Zaken¹⁰ waarin de aandacht wordt gevraagd voor professionele zorgen ook al verhoudt dit zich kritisch tot het Kabinetsbeleid.

6.7 VERDER ONDERZOEK

Voor een aantal conclusies is dit onderzoek niet toereikend. Voor een trend in de zin van een toenemende rechtsrelativering zijn wel aanwijzingen, maar er is meer onderzoek nodig om dit met enige zekerheid vast te stellen. Er zijn wel aanwijzingen, die in de interviews naar voren kwamen. Daarbij is de verleiding groot de gevonden rechtsrelativering te verbinden met andere actualiteiten die wijzen op een andere waardering van het recht. Hierbij is te denken aan op de rechters en de rechterlijke macht gerichte uitlatingen van politici, zoals die over rechterlijke beslissingen, over mogelijk ontslag van rechters, over de niet benoembaarheid van leden van de Hoge Raad, over de wettelijke vastlegging van minimumstraffen en over verhoging van griffierechten. In dit licht valt ook op dat de politieke partij met de meeste juristen in de beide Kamers van het parlement onlangs voorstellen deed om de macht van het EHRM te verkleinen, om een einde te maken aan rechtstreekse werking van Europese verdragen en om elke benoeming van leden van de Hoge Raad onderwerp van parlementair debat te maken. Het is niet in strijd met de Trias politica wanneer de wetgever optreedt nadat de rechter heeft gesproken. Maar de aankondiging dat de wetgever optreedt zodra de rechter heeft gesproken of zelfs nog moet spreken getuigt op zijn minst niet van respect, zoals Drion

⁹ De Britse Attorney General is weliswaar nog sterker gepositioneerd dan de deputy Attorney General in de Verenigde Staten (waar de minister van Justitie nog formeel de Attorney General is), maar een dergelijke positionering past niet in het Nederlandse Kabinet dat alleen uit bewindslieden bestaat.

¹⁰ Inmiddels Economische Zaken, Landbouw en Innovatie.

opmerkt.¹¹ Maar het blijft speculatief om actualiteiten als deze te verheffen tot nieuwe ontwikkelingen die vervolgens zouden samenhangen met het verschijnsel rechtsrelativering. Wel is interessant om in verder onderzoek na te gaan of we hier met een bredere ontwikkeling te maken hebben die geduid kan worden als een relativering van recht en rechtsstaat.

Verder onderzoek is ook nodig om vast te stellen wat de betekenis is van de uiteenlopende theoretische benaderingen die hier zijn gegeven voor de verklaring van het verschijnsel rechtsrelativering. Is rechtsrelativering op te vatten als een (zoveelste) aanpassing van het recht aan de behoefte van de samenleving, als een verschijnsel van (post)modernisering, als een element van het 'herstel' van het evenwicht tussen democratie en rechtsstaat ten gunste van de eerste of past relativering in een countervailing power die het gevolg is van een te ver gaande rechtsbescherming en ontzegging van rechtsvrije ruimte aan de overheid? Voor een goed begrip van rechtsrelativering en voor een goede inschatting van de strekking ervan is een verdere verkenning van mogelijke verklaringen aan te bevelen.

In deze studie is naar voren gekomen dat soms wel en vaak niet sprake is van rechtsrelativering bij het overheidshandelen. Niet is onderzocht welke factoren bepalend zijn voor het zich voordoen van rechtsrelativering. Is de inhoud van de besluitvorming bepalend of het ministerie? Wat is de persoonlijke invloed van bewindslieden, overheidsjuristen en andere actoren op rechtsrelativering en is hun politieke opvatting medebepalend? Waar het de persoonlijke factoren betreft zouden ook de functie en de leeftijd een rol kunnen spelen. Zo zou onder jongere en leidinggevende overheidsjuristen het type politiek adviseur wel eens meer voor kunnen komen, terwijl de oudere juristen en de experts mogelijk in groter getale tot het type klassieke adviseur behoren. Ook zouden organisatorische factoren van invloed kunnen zijn of het commitment dat is aangegaan met externe partners, ook internationale. In de tweede Nacht van de rechtsstaat stelde een bezoeker dat het huidige probleem van de rechtsstaat voortkomt uit het feit dat in de Kamer maar een paar juristen zitten. Hoewel dit niet juist is, blijkt uit de opmerking een groot vertrouwen in juristen. Alleen dat is al nader onderzoek waard.

6.8 NABESCHOUWING

Het lijkt voor de hand te liggen om uit de gevonden rechtsrelativering door de overheid zorgelijke conclusies te trekken over de existentie van recht en rechtsstaat. Er is wel voor mindere zaken geconcludeerd tot de crisis in de rechtsstaat en tot de ondergang van het recht. Zo zijn grote zorgen over het recht en de rechtsstaat geuit om reden van multi-interpretabiliteit en meer nog van instrumentele hantering van het recht. Vooral op strafrechtelijk terrein

11 NJB 9 maart 2012, p. 653.

is in het inzetten van het recht als instrument ten behoeve van onze veiligheid herhaaldelijk aanleiding voor heftige disputen. Rechtsrelativering als een in rechtsstatelijk opzicht nog verdergaande vorm lijkt daarom niet zonder opinie te kunnen. Hij die relativering van het recht door de overheid agendeert, zou aan het slot van zijn betoog hierover een standpunt moeten innemen. Toch zal ik dat niet doen, met de volgende overwegingen.

Tijdens deze studie bleek mij steeds duidelijker hoezeer opinievorming in de weg kan staan aan het te weten komen en begrijpen van wat er aan de hand is. De rechtsstaat mag een interessant en waardevol concept zijn, maar de normatieve lading ervan leidt al gauw naar een impasse. Het gelijk van de volledige rechtsgebondenheid van de overheid staat dan tegenover het gelijk van het hogere, soms zelfs democratisch gelegitimeerde, belang. Bewindspersonen deugen niet als zij het recht overtreden of nemen hun verantwoordelijkheid niet als zij bepaalde belangen niet dienen, zeker als deze langs democratische weg zijn gesteld. Overheidsjuristen gedragen zich als formalistische gelovigen als zij op rechtsstatelijke imperatieven wijzen of hebben geen rechte rug als zij zich ten dienste stellen van politieke belangen.

Vanzelfsprekend bleken ook de bewindspersonen en overheidsjuristen waarmee ik sprak zich bewust te zijn van de normatieve lading van mijn object van onderzoek. Het leidde hen in eerste instantie tot terughoudendheid die zich dan uitte in relativering, soms in verdediging of zelfs tot ontkenning. Met deze studie heb ik willen laten zien dat een zo feitelijk als mogelijk benadering het mogelijk maakt om dit onderwerp beter te leren kennen en begrijpen. Daarom ben ik begonnen met rechtsrelativering in waarneembare elementen weer te geven en met het kiezen van al bekende casus die niet door de betrokkenen behoeften te worden geleverd. Ook de daaropvolgende secundaire analyse van *liberi amicorum* behoeft geen leveranciers. Deze beide subject-onafhankelijke bronnen waren vervolgens bepalend voor de keuze van de gesprekspartners: de bij de casus betrokken hoofdrolspelers en alle directeurs van de centrale juridische directies. Bij de afzonderlijke delen van het onderzoek heb ik aangegeven hoe ik de onafhankelijkheid van de onderzoeker zelf heb bewaakt. Dit laatste kent vanzelfsprekend beperkingen. Zo heb ik mogelijk profijt gehad van enige betrokkenheid op het terrein van onderzoek en is de bereidwilligheid van een aantal respondenten wellicht gunstig beïnvloed door voorafgaande bekendheid.¹² Aan de andere kant heb ik zonder twijfel risico van beïnvloeding gelopen en kan mijn terughoudendheid bij opinievorming zelfs worden gezien als een vorm van *going native*.¹³

Een tweede reden om in deze studie niet zo hoog van de rechtsstatelijke toren te blazen is dat ik simpelweg niet heb onderzocht wat de gevolgen zijn

12 Niettemin heeft een enkele ambtenaar – geen bewindspersoon – geweigerd en heeft een enkeling erop aangedrongen niet als respondent te worden vermeld.

13 Het begrip *going native* komt uit de fenomenologische onderzoekstraditie en wijst op het overnemen van opvattingen en houdingen van de onderzoeksgroep.

van de gevonden rechtsrelativering door de overheid. Voor zover ik heb waargenomen bleven de gevolgen op de korte termijn in elk geval uit. In het kader van deze nabeschuiving wil ik wel toegeven dat ik herhaaldelijk met verwondering – laat ik eerlijk zeggen: soms met enige teleurstelling – heb gezien dat maatschappelijke en ook professionele verontwaardiging uitbleef. Relativering van het recht door de overheid lijkt dus niet te worden ervaren als een inbreuk op de publieke moraal en dus ook niet altijd op de beroepsmoraal die met de publieke moraal verbonden is. Onder overheidsjuristen wordt soms wel betreurd dat het kwaad niet wordt gestraft, althans niet op korte termijn.

Wordt het kwaad wel gestraft op langere termijn? Als we rechtsrelativering door de overheid hier als het kwaad beschouwen dan is dat lang niet zo zeker. Als eerste straf is te denken aan het door de overheid te lijden legitimiteitsverlies. Dit is zonder twijfel een voorstelbaar risico. Zodra de burgers van een land tot de conclusie komen dat de overheid zich niet aan het recht gebonden acht, is het voorstelbaar dat zij die – door de overheid zelf geschapen – binding ook niet meer voelen en zich alleen nog laten dwingen. Het overheidsgezag wordt dan tot overheidsmacht gereduceerd. De overheid zal dan veel terrein moeten prijsgeven of dreigt te bezwijken onder haar eigen handhavinginspanningen. Ik heb hier niet over het bekende thema van afnemend overheidsvertrouwen en de mogelijke gevolgen daarvan, maar over een situatie waarin burgers menen dat de overheid niet meer het recht heeft aan hen verplichtingen op te leggen. Dat zich op dit moment een dergelijke situatie niet aandient – voor het thema burgerlijke ongehoorzaamheid is in ons land weinig belangstelling – is moeilijk te ontkennen. Dat zal vermoedelijk blijven zolang het beeld van de rechtsstaat in stand blijft, ook al kan men vinden dat de werkelijkheid niet meer met dat beeld overeenkomt.

Bij de constatering van een scheiding tussen beeld en werkelijkheid van de rechtsstaat komt wel de vraag aan de orde of op rechtstheoretisch¹⁴ terrein geen aanleiding bestaat tot herziening van de bestaande theorie. Het is immers niet aantrekkelijk, zeker niet functioneel, wanneer verschillen tussen theorie en praktijk in stand blijven. Ik bepleit vanzelfsprekend niet om na deze eerste verkenning van rechtsrelativering onmiddellijk over te gaan tot aanpassing van rechtsstatelijke concepten. De eerder genoemde behoefte aan feiten en inzicht betreft naar mijn mening de vraag naar de praktische haalbaarheid van de rechtsstaat in deze tijd. Het is eenvoudigweg (nog) niet mogelijk om op feitelijke basis vast te stellen of de binding van de overheid aan het recht, zoals die vooral in het bestuursrecht vorm heeft gekregen, een redelijke uitvoering van de – in eerste instantie democratisch ingegeven – bestuursverantwoordelijkheid mogelijk maakt. Eerste aanzetten voor deze discussie zijn er wel, vooral vanuit politieke en bestuurlijke zijde. Ik pleit voor een grote inzet vanuit de juridische professie bij deze discussie, zowel de juridische professie in het

14 Ik doel hier op het ruime begrip rechtstheorie, niet in de betekenis van rechtsfilosofie.

algemeen maar ook die van de overheidsjuristen in het bijzonder. Waar hun positie daarvoor hindernissen bevat doen zij er goed aan om toch naar wegen te zoeken. Elders heb ik in dit verband, als een voorbeeld, wel eens gewezen op het jaarlijkse tijdschriftartikel van de secretaris-generaal van het ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie, waarin hij wat verder gaat – in een enkel geval veel verder gaat – dan zijn ambtelijke ondergeschiktheid aan de bewindspersoon en aan het Kabinet voorschrijft.

Op het concretere niveau van de juridische professie pleit ik tenslotte voor een explicatie van het professionele handelen ten behoeve van verdere professionalisering en van nader onderzoek. Vergeleken met andere juridische professies hebben overheidsjuristen tot nu toe weinig gedaan om het professionele handelen te expliciteren. Advocaten hebben dit al lang geleden gedaan in de vorm van gedragsregels. Onlangs zijn de rechters hierin gevolgd. De opbrengst van die gedragsregels wordt gewoonlijk toegeschreven aan de samenleving in termen van transparantie en verantwoording, maar onlangs noemde Loorbach ook een belangrijke functie ervan voor de professie zelf, namelijk dat die gedragsregels regelmatige evaluatie en verandering mogelijk maken.¹⁵ Zo vroeg hij zich af of we in deze tijd waarin het beroep inmiddels ‘net zoals de wereld om ons heen, wat rauwer, directer en minder subtiel’ is geworden er nog van uit kunnen gaan dat cliënten nog accepteren dat aan de rechter geen informatie wordt gegeven uit de onderhandeling met de wederpartij, met name wanneer dit tegen het belang van deze cliënten ingaat. De parallel met de situatie waarin de overheidsjurist verkeert is vrij makkelijk te trekken.

De ontwikkeling van een heldere professionele standaard lijkt me raadzaam in een periode waarin democratie en rechtsstaat meer dan ooit en ook anders dan ooit in beweging zijn. Tot nu toe hebben de overheidsjuristen zelf en zij die over hun vakuitoefening schrijven deze handelwijzen of strategieën niet geëxpliciteerd. Met een verwijzing naar de rationaliteiten van Snellen werd in het algemeen geconstateerd dat het overheidshandelen altijd een combinatie van (onder meer) politieke en juridische rationaliteit moest zijn¹⁶ of dat de jurist eraan moet wennen dat de politieke rationaliteit nu eenmaal domineert.¹⁷ Onlangs concludeerde Zijlstra dat steeds moet worden gezorgd voor een compromis tussen deze rationaliteiten, waarbij de juridische overigens niet mag inleveren.¹⁸ Een verdere concretisering van het professionele handelen van de overheidsjurist wordt vervolgens niet gegeven. Gewoonlijk volstaan auteurs met de formulering van een algemene aanwijzing die neerkomt op een aanmoediging tot prudent handelen of tot het gebruiken van gezond verstand.

15 Loorbach 2012.

16 Zie in deze zin, op het terrein van wetgeving, Eijlander en Voermans 2000.

17 Aldus Veerman 2011.

18 Zijlstra e.a. 2012.

In het vijfde hoofdstuk heb ik een eerste voorzet gegeven voor een nadere explicatie van het professionele handelen van de overheidsjurist, verdeeld in vier handelwijzen of strategieën. Naast de genoemde externe en professionele opbrengst daarvan, bieden deze handelwijzen ook de mogelijkheid om een dominante ontwikkeling aan te geven en om de kritische grenzen per handelwijze te bepalen. De dominante ontwikkeling in het professionele handelen lijkt te gaan van de overheidsjurist als klassieke naar die van politiek adviseur. De kritische grens die hoort bij het laatste profiel is die van de Amerikaanse overheidsjurist die een juridische legitimatie formuleerde voor het martelen van politieke gevangenen.

Tijdens de Tweede nacht van de rechtsstaat in november 2011 stelde een van de aanwezigen dat het niet goed gaat met onze rechtsstaat en dat de oorzaak daarvan is dat er vrijwel geen juristen meer in ons parlement zitten. Deze stelling rust op twee aannamen: dat er weinig juristen in het parlement zitten en dat juristen bijdragen aan de rechtsstaat. Uit het eerste hoofdstuk blijkt dat de eerste aanname onjuist is. In de verdere hoofdstukken blijkt de tweede aanname allerm minst evident. Er zijn zelfs aanwijzingen die de stelling van Spitzer onderschrijven, namelijk dat de rechtsstaat eerder tegen dan met juristen moet worden beschermd, vooral als zij aan de politieke zijde opereren. In elk geval blijkt in voorkomende gevallen niet dat rechtsrelativering bij alle juristen in het parlement op tegenstand stuit. Dat doet het ook niet bij bewindslieden die jurist zijn. Verklaart dit de relatief sterke vertegenwoordiging van juristen? Mogelijk zijn juristen niet zo zeer welkom binnen de overheid en (vooral ook) de politiek vanwege hun professionele verhouding tot de rechtsstaat, maar vanwege hun eigensoortige geschiktheid voor het overheidsbestuur. Topadviseur Califano is daar, na jarenlange ervaring in en rondom het Witte Huis, van overtuigd. Hij meent dat

'God in His or Her infinite wisdom had endowed lawyers with special faculties for governance, policy development, and political leadership. Lawyers were somehow better equipped than other mortals to perform the chief tasks of high-level government: politics and persuasion, analysis and synthesis, management and implementation.'¹⁹

Califano's opvatting doet denken aan de positie die juristen binnen de overheid ooit hadden en waarmee ik mijn eerste hoofdstuk begon. Dat lijkt op een mooie afronding van het verhaal. Maar in werkelijkheid leidt het naar de vraag of overheidsjuristen hun positie binnen de overheid vooral waarmaken door de eigenschappen deze juristen wel hebben maar die men gewoonlijk juist niet als de kern van hun professie beschouwt. Mogelijk geldt dat ook voor de juristen die politicus of bewindspersoon zijn.

19 Aldus in Schuch 1998.

Summary

Brushing the law aside

An exploration of the disregard of the law within the public service

LAWYERS AND THE PUBLIC SERVICE

In the Netherlands lawyers have traditionally been strongly represented within the public service. Even though they do not hold the preeminent position they used to have for a long time, there are still a fair number of lawyers working as civil servants. The number of Members of Parliament with a law degree is also relatively high.

Notwithstanding the substantial amount of lawyers in the civil service and in parliament, there is a lot of criticism regarding the relationship between the law and the government. On the one hand some politicians are critical about the law. They argue that subjecting government actions to the rule of law is no longer feasible because of the ample opportunities for members of the civil society to obtain legal protection against these actions, the plethora of legal rules and the broad competences of the courts. On the other hand criticism is also raised by lawyers outside the government, who state that the government employs the law in an instrumental way. Some of them are of the opinion that the law is sold off and that a '*raison d'état*' regularly takes precedence over legal thinking. Others talk about 'disposable law' or the end of the rule of law.

DISREGARDING THE LAW

The criticism levelled at the relationship between the government and the law triggered the question whether a disregard of the law by the government is discernible. In this study 'disregard of the law' means any government action which ignores applicable legal norms without a serious justification. It is distinguished from 'legal relativism', which means that officials consider the law to be relevant or important, even though it may be balanced with other normative options. As such it seems plausible that there is something like a disregard for the law in the light of legal developments since the end of the 19th century. History shows an adaptation of the law to the needs of society,

which gradually resulted in an adaptation of the law to the needs of the government.

In this thesis I investigate the phenomenon of disregard of the law by the government. To that end four questions have been researched. In the first place a definition of 'disregard of the law' has been given, also in order to enable the observation of this phenomenon. In the second place the question was posed whether disregard of the law actually takes place and whether it is incidental or might be considered a practice. The third question concerns the way in which disregarding the law occurs in the interaction between ministers and government lawyers. The role of the government lawyers in these processes is also investigated. The final question regards the matter of cause and effect. The focus is in particular on the impact of the disregard of the law on the profession of the government lawyer.

OPERATIONALIZATION

The concept of 'disregard of the law' has been operationalized for research purposes. To be able to speak about a disregard of the law, it must in the first place be determined whether there is a conflict between a government action and applicable legal standards. Secondly, it must be investigated whether or not a serious justification has been given by the government.

The first element, regarding the violation of legal norms, has been operationalized by means of four terms which indicate whether a solution is untenable, arguable, defensible or optimal from a legal point of view. The second element, i.e. the seriousness of the given justification, has been operationalized using four more categories: no justification, strategic justification, policy justification and political justification. Thus maximum disregard of the law is defined as government action which is legally untenable and without any justification. The other side of the scale – no disregard whatsoever – is the case where government action is legally optimal and also politically justified.

In order to be able to determine whether disregard of the law took place, the context in which government action is taken must be considered as well. In this study this context is simplified to a large extent to the interaction between ministers and government lawyers. The assumption is that disregarding the law will mainly be the result of an interaction between these two groups. In this interaction a minister can be seen as the dominant party, prone to ignoring the law. A government lawyer is considered to be in a subordinate position. His ability to counterbalance the disregard of the law by the minister depends, hypothetically, on two aspects. In the first place the lawyer will tend to counterbalance only when he believes that law is autonomous from politics and not embedded in political discourse. Secondly, the more the lawyer is loyal to the minister, the less he will be inclined to counterbalance. Thus, in this study there is an operationalization of the approach of the government

lawyer to the law (in terms of autonomous versus embedded) and of his attitude towards the minister (in terms of loyalty, voice or exit).

DISREGARDING THE LAW AS AN INCIDENT

Three cases

Armed with this operationalization of 'disregard of the law' I looked for instances in which this phenomenon occurs. To that end relevant documents and literature were examined and ministers and higher civil servants interviewed. As disregard of the law is considered to be a delicate matter, these civil servants initially showed reluctance to mention recent or current cases. Thus I selected some cases which have already been discussed extensively. The cases vary with regard to the source of law which is impinged upon, though all pertain to rules of a higher level (human rights, European law and international law). They also differ with regard to the departments involved and the sentiments they provoked within government. The cases are (1) the Burqa ban case, (2) the Blind spot mirror case and (3) The Iraq case.

The Burqa ban case concerns the decision by the Minister for Immigration and Integration on a motion by Parliament which urged the government to prohibit the wearing of burqas by Muslim women. Government lawyers as well as an external committee of legal experts advised against a ban on the grounds of a conflict with the freedom of religion. However, on behalf of the Cabinet the Minister decided to go along with a ban, using ad hoc argumentation. In this case the Minister turned out to be less dominant and the government lawyers less counterbalancing than might have been expected, taking into account their approach and attitude.

The Blind spot mirror case is about the decision of the Dutch Minister of Transport to oblige trucks to be fitted out with that kind of mirror. Such an obligation was not in accordance with European law. In this case it turned out that, to a large extent, the Minister and the civil servants cooperated closely.

The Iraq case concerns the decision of the Dutch Government to support the American and British military attack on Iraq. Lawyers specialized in international law were unanimous in their conclusion that this attack violated international law. Nevertheless, the Minister of Foreign Affairs reached the conclusion that there was no breach of international law at all. Like the Minister for Immigration and Integration in the Burqa ban case, the Minister of Foreign Affairs stated afterwards that from the beginning he had been determined to support the attack. In both cases nothing, not even serious legal considerations, could have changed their minds and thus legal considerations did not have any impact.

The Iraq cases compared

In the study the decision by the Dutch Government on the Iraq attack has been compared with those taken by the governments of the United States and the United Kingdom.

In the US both the responsible ministers and government lawyers showed a substantial willingness to brush the law aside. The ministers did not need to dominate in the discussion, as high ranking lawyers had been appointed who were extremely loyal to the Bush Administration. Furthermore, the seat of the highest government lawyer, the Attorney General, had been kept empty for a long time. In the U.K. the Attorney General had a much stronger role, even though at the last minute he revised his opinion in favour of the government's desired position. Afterwards the British ministers stated before the Chilcot Commission that they would not have decided to join the military actions against Iraq if the legal advice of the Attorney General had been negative. The two highest legal advisers of the British Ministry of Foreign Affairs considered resignation. One of them, Elizabeth Wilmshurst, actually resigned.

The rank which Dutch government lawyers have in the hierarchy of the government organization is much lower than those of their British and American colleagues. The British Attorney General is positioned at the Cabinet level, the U.S. Attorney General functions at the level of senior civil servants, while the highest legal advisers within the Dutch Ministries are positioned at the middle management level. Another striking aspect of the situation in the Netherlands is that the Government frequently consults external legal advisers.

In the three cases, discussed before, it turned out that government lawyers counterbalance disregard of the law only in the initial stage of their advice on a certain matter – if they counterbalance at all. They generally believe it is not their responsibility to offer further resistance if a minister does not agree with their opinion that a decision impinges on legal standards, but contribute where necessary to implement the minister's decision. Dutch government lawyers also appear to build in some reservations in their reasoning, more so than their American and British colleagues. For example, a Dutch government lawyer will not write in his advice that the proposed decision is 'impossible', but will consider it 'nearly impossible'. Ministers tend to read this 'nearly impossible' as 'possible'.

DISREGARDING THE LAW AS A PRACTICE

Publications analysis

Does the government disregard the law incidentally or is it a common – though not the most common – course of action? To reach an answer to this question,

a secondary analysis of publications by government lawyers has been made. This analysis was followed up by interviews with 'chief legal officers' of the ministries, i.e. the directors of the central legal units.

The publications were read, looking for the three factors which, hypothetically, indicate disregard for the law as a practice, namely the ideas that government lawyers (1) have a subordinate position, (2) have an 'embedded' view of the law vis-à-vis political discourse and (3) have an obedient, even subservient attitude towards ministers. These factors were encountered regularly in these publications, which makes it plausible that disregard of the law happens as a practice. To corroborate this finding, the directors were interviewed, leading to a further confirmation of the assumption.

Interviews

In the interviews with the directors of the central legal units of the departments, the discussion frequently focussed on the question whether disregard of the law occurs more often. It turned out that ministers regularly wish to brush aside applicable but inconvenient legal norms. The directors do not put up a great deal of resistance to this. Their professional approach to the law appears to be that in most cases the law is embedded in political discourse. Thus, they do not resist political primacy. They also seem to become increasingly less impressed by the law over the course of their career within the civil service. However, this does not mean that they consider every instance of disregarding the law by their ministers as entirely unproblematic. Most of them frequently insist on limits to a disregard for the law which must not be crossed. Moreover, they feel very uncomfortable when disregard by a minister takes the form of a depreciation of the role of the law in the decision-making process, or even of the lawyers involved.

When interviewed, the directors made it clear that an appeal to the rule of law will quickly result in irritation from the ministers and that government lawyers – or at least the directors themselves – never say 'no' to their political superiors. Their opinions differ on this. Some directors are frequently concerned about the limited role the law plays in decision-making. Others suggest that often, if not always, the law offers alternative solutions. In the unlikely event that there is no alternative to the undesirable solution, they use their ability to translate their legal objections in terms of political problems, which the minister might be more receptive to.

In conjunction with the professional view of the embedded approach to the law, a development in attitude of the government lawyer is discernible. This development can be characterized as a gradual transition from a neutral role, similar to an arbitrator or judge, to an advocacy role.

Additional cases

Despite their initial reluctance to provide examples of disregard of the law, the interviews with the chief legal officers also yielded some more cases I was allowed to write about. I investigated four of these cases for this study.

The first case concerns the credit crisis of late 2009 and focussed on the (lack of) justification for a violation of the Accounting Act. The second case involves the decision-making with regard to the Hedwige polder. The Dutch Government failed to fulfil its legal obligations under a treaty with the Flemish Government, but did not appear to be worried by this failure. The question arose at what time the Government was supposed to have failed to fulfil its obligations when the decision-making is delayed by instigating new research. In this case also a breach of the European Habitats Directive was at stake. The third case is about a private member's bill to allow municipalities to purchase residential care for its citizens without the obligation to tender. Government lawyers, the Council of State and the Legal Service of the European Commission pointed out that this bill infringes European law. However, a majority of the parties in Parliament voted in favour of the bill. The fourth and final case involves the naturalization exam for Turkish immigrants. Again, three legal authorities had warned that incorporating the obligation to take this exam in the Integration Act is contrary to the Association Agreement between the European Union and Turkey. Their warning did not deter the minister to push the plan through.

Conclusion

This analysis of the publications of government lawyers and the interviews with the directors led to the conclusion that disregard of the law can be plausibly considered an existing practice within the government. Examples of such a practice are:

- a) the depreciation of considerations regarding constitutional law in legal advice;
- b) a diminishing attention of law-making institutions to a legal review of policies;
- c) shrugging off the failure to follow up on advice, given by the Council of State;
- d) providing risk analyses by government lawyers, which emphasize political consequences instead of conflicts with the law.

The analysis also showed that ministers repeatedly show a disdain for the necessity to make government actions conform with applicable legal standards. In so far as ministers value, or pretend to value, the idea that, despite the lack of legal grounds, their policies need to be legitimate from a legal point of view, four strategies appear to be adopted:

- 1 expressing the opinion that the law does not apply to the area in question;
- 2 shopping around for legal opinion and consulting various legal advisers (within and outside the government) until the desired advice has been obtained;
- 3 presenting a novel interpretation of the law, which does not need to be shared by other legal experts, and legitimizing a policy with this interpretation;
- 4 delaying the violation of a legal norm.

FURTHER RESEARCH

Other relevant questions

This study aims at setting a research agenda. It introduces the phenomenon of disregard of the law in government and shows that this phenomenon occurs in practice, more often than occasionally. However, the research which has been carried out cannot answer all relevant questions about disregarding the law, like, for example, how it developed over time or under which conditions it arises. Thus, it is still unclear whether disregard for the law depends on the individuals involved, their interaction, their perspective on and approach to the law, or their political beliefs. Other conceivable causes for the phenomenon might be found in organizational conditions or in the characteristics of the policy area in which the government action is taken.

Other causal theories

Further research is needed to answer those questions. That research can also test other hypotheses for the explanation of the phenomenon, in addition to the adaptation theory presented in the first chapter of this study. That theory considered the emergence of a disregard for the law as a by-product of the trend to adapt the law to the needs of society and ultimately to the needs of the government. In the fifth chapter three other theoretical frameworks have been considered as well, namely that of modernization, democratization and the development of administrative law. The explanatory powers of the latter two frameworks seem to be the most promising.

THE EFFECTS OF A DISREGARD FOR THE LAW

The problem with disregarding the law

The fifth chapter not only looks at the causes, but also at the possible consequences when the government brushes the law aside. There are a number of

perspectives. One notion is that disregarding the law is unproblematic. This view is based on the belief that the responsibilities of the government do not stop when legal restrictions arise. It also springs from a general tendency towards relativism which seems to be characteristic for modern lawyers, or from the point of view that the law should be considered a matter of aspiration, more than a matter of obligation. Another notion is that disregard of the law is a transitional phenomenon. Those who consider it as transitional are uncertain about its effects for the future. Yet another view is that disregarding the law has serious consequences, like as loss of value orientation, a loss of social cohesion or an increase in civil disobedience. People who are critical of the phenomenon may point out that the loss of legitimacy is particularly risky, as most governmental policies are realized by the creation of legal instruments, whose effectiveness depends on legitimacy.

Consequences for the government lawyer

Disregarding the law also appears to have consequences for the legal professionals within the government. In this respect there are two dilemmas facing the government lawyer. The first dilemma is that the government lawyer has to choose between, on the one hand, his loyalty as a civil servant, which means participating in the disregard of the law, and on the other his professional responsibility as a lawyer, which leads to counterbalancing such disregard. Ultimately the government lawyer has to decide whether or not to cooperate when the law is brushed aside. The second dilemma concerns the choice a government lawyer has to make between an advocacy role or a neutral, arbitrational role.

Taking these dilemmas into account, there are four possible strategies or positions which the government lawyer may adopt:

- a) the professional adviser (no disregard for the law and a neutral role);
- b) the creative adviser (no disregard for the law and an advocacy role);
- c) the political adviser (disregard for the law and an advocacy role);
- d) the flexible adviser (disregard for the law and a neutral role).

In so far as a trend can be observed, a development from position a to position c seems to occur.

For the future a strategic choice with regard to the role of the government lawyer must be made. In that respect attention must be paid to his position within the organization of the government. As disregarding the law entails serious risks and the Dutch government lawyer has a relatively humble position within the organization of the government, this study recommends the creation of a function which is comparable to that of the British or the American Attorney General. In addition, government lawyers should contribute more to the professional and social discourse about current constitutional developments. Less conventional contributions than the usual forms of publication in learned periodicals and debate among fellow civil servants may be

considered as well. An option is to publish articles about the development of the law by high ranking government lawyers which are comparable with the annual article by the Secretary-General for Economic Affairs, Agriculture and Innovation in which he discusses economic policy critically.

THE GOVERNMENT LAWYER AND THE RULE OF LAW

An empirical approach

Evidently an important pillar of the rule of law is taken away when the government ignores the law. However, this study does not reach the conclusion that the rule of law in the Netherlands is in a crisis or close to collapsing. In the first place these terms are not compatible with the approach of this study, which is mainly empirical, not normative. In the second place drawing normative conclusions may result in a deadlock between contrasting ideas. Examples of such contrasting ideas are the imperatives of democracy and the rule of law, or the work ethics of government lawyers with an accommodating mindset versus those in a formalistic vein. This study only intended to show that a difficult phenomenon like the disregard of the law can be described and understood by approaching it as factually as possible.

Threats to constitutional democracy?

An important reason not to speak in apocalyptic terms about the survival of constitutional democracy in the Netherlands is that this study did not examine actual threats to it. Potential effects of disregarding the law have been identified, but they have not been observed in reality yet, nor is there any indication that they will occur in the near future. Thus the image of the removal of a pillar seems to be really appropriate: its absence does cause the risk of a collapse, but no one is sure if this will actually occur.

The main risk of disregarding the law is that legal legitimacy is lost. This is an important risk, since a large part of government action takes the shape of legal instruments. This risk alone makes it worthwhile to conduct further research into the occurrence and the meaning of a disregard for the law. In that respect not only the question must be researched whether and how constitutional obligations can be fulfilled better, but also whether the concept of the rule of law needs to be adjusted. Is the rule of law, in particular the idea of binding the government to the law, still feasible and meaningful today?

Professional standards for government lawyers

Another outcome of this study is the recommendation to make explicit what professional conduct of government lawyers entails, especially when there

is a tension between a democratically legitimized policy and the constitutional constraints that apply to it. The four positions or strategies described in this study may be helpful. The idea is not so much to provide a directive regarding professional standards or to insist on transparency, but primarily to make this conduct receptive to reflection and modification. A motive for modification may be found in political, legal or social change, for example when the relationship between democracy and the rule of law is reappraised.

A final observation is that disregard of the law coincides with a substantial representation of lawyers in the public service. Apparently, those lawyers do not prevent this phenomenon. The conclusion may be that, although lawyers have an aptitude for public service, this is not primarily related to the core of their professional duties: realising the rule of law.

Literatuurlijst

Adriaanse, Barkhuysen en Van Emmerik 2008

P. Adriaanse, T. Barkhuysen en M. van Emmerik, 'Staatssteun en kredietcrisis. Staats(steen)rechtelijk noodrecht gewenst?' Nederlands Juristenblad 2008, p. 2622-2626.

Van Aeken 2005

Koen van Aeken, Legal instrumentalism revisited, in: Luc Wintgens (ed.), The theory and practice of legislation; essays in legisprudence, Aldershot/Burlington: Ashgate 2005, p. 67-92.

Albrecht 2009

Y. Albrecht, Leidse democraten, in: Leidraad voor aankomende studenten Universiteit Leiden, p. 34-39.

Allewijn 2011

Dick Allewijn, Tussen partijen is in geschil ...; de bestuursrechter als geschilbeslechter, proefschrift Universiteit Leiden, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.

Amendola 2008

Andrew F. Amendola, 'Can you hear me now? The myths surrounding cell Phone use while driving and Connecticut's failed attempt at a remedy', Connecticut Law Review, vol 41 (2008) nr. 1, p. 339-379.

Barendrecht e.a. 2004

M. Barendrecht e.a., 'Methoden van rechtswetenschap: komen we verder?', Nederlands Juristenblad, 2004, p. 1419-1428.

Barendrecht 1997

J.M. Barendrecht, 'De echte jurist', Aers Aequi 1997, p. 790

Beck, Giddens and Lash 1994

U. Beck, A. Giddens and S. Lash, Reflexive modernization. Politics, tradition and aesthetics in the modern social order, Cambridge: Polity press 1994.

Bekker 2009

R. Bekker, Liaisons dangereuses. Enige beschouwingen over de arbeidsverhoudingen bij de overheid, met name tussen politici en ambtenaren, oratie Universiteit Leiden. Den Haag: CAOP 2009.

Van den Berg 1983

J.Th.J. van den Berg, De toegang tot het Binnenhof. De maatschappelijke herkomst van de Tweede Kamerleden tussen 1849 en 1970, Weesp: Van Holkema & Warendorf 1983.

Van den Berg 2009

J.Th.J. van den Berg, De parlementaire orde is een politieke orde, in: Parlementaire zelfreflectie 2007-2009, Rapport Vertrouwen en zelfvertrouwen, Kamerstukken II, 2008-2009, 31 845, nrs. 2-3, p. 130-140.

- Van den Berg 2011
C.F. van den Berg, *Transforming for Europe: the reshaping of national bureaucracies in a system of multi-level governance*, dissertatie UL, Leiden: University Press 2011.
- Bevaart 1995
Willem Bevaart, *De Gouden Zon. De hogere vorming van officieren der Koninklijke Landmacht, 1868-1992*, 's-Gravenhage: Sdu 1995.
- Van Bijsterveld 2002
Sophie van Bijsterveld, *The empty throne. Democracy and the rule of law in transition*, Utrecht: Lemma Publishers 2002.
- Binnema 2007
Harmen Binnema e.a., *Jonge burgers en democratie. Kennis, houding en vaardigheden*. Amsterdam: UvA 2007.
- Blair 2010
Tony Blair, *A Journey*, London: Hutchinson 2010.
- Böhtlingk 1958
F.R. Böhtlingk, *De rechtsstaat Nederland*. Rede Universiteit van Amsterdam, Alphen aan den Rijn: Samsom 1958.
- Den Boer 2004
M.M. den Boer e.a. (red.), *Uit de openbare dienst: juridische schetsen op VenW terrein*, Den Haag: HDJZ Ministerie van VenW 2004.
- Borman 2000
T.C. Borman, 'De Aanwijzingen voor de regelgeving in het Nederlandse wetgevingsbeleid', in: P. Popelier e.a., *Wie waakt over de kwaliteit van de wet?* Antwerpen: Intersentia 2000, p. 73-105.
- Bos 1990
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.
- Bouwes 2011
M.Tj. Bouwes, *De vorming van de wetgevingsjurist; preadvies voor de Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid*, Den Haag: VWW 2011.
- Bové et Luneau 2004
José Bové et Gilles Luneau, *Pour la désobéissance civique*, Paris: Editions la Découverte 2004.
- Bovens 1990
M.A.P. Bovens, *Verantwoordelijkheid en organisatie. Beschouwingen over aansprakelijkheid, institutioneel burgerschap en ambtelijke ongehoorzaamheid*, Zwolle: Tjeenk Willink 1990.
- Bovens en Wille 2011
Mark Bovens en Anchrit Wille, *Diplomademocratie. Over de spanning tussen meritocratie en democratie*, Amsterdam: Bert Bakker 2011.
- Brink 2007
Gabriël van den Brink, *Moderniteit als opgave. Een antwoord aan relativisme en conservatisme*, Amsterdam: Sun 2007.
- Brinkman 2007
E. Brinkman, 'Overheid heeft veel dikkere bovenlaag dan bedrijfsleven', *PM Magazine* voor de overheid, december 2007.

- Brouwer (2005)
J.G. Brouwer (red.), Wat maakt een goed jurist? Over de academische vorming en het recht, Den Haag: BJu 2005.
- Bruff 2009
Harold H. Bruff, Bad advice. Bush's lawyers in the war on terror, Kansas: University Press 2009.
- De Bruijn, Ten Heuvelhof en In 't Veld 2007
J.A. de Bruijn, E.F. ten Heuvelhof en R.J. In 't Veld, Procesmanagement; over procesontwerp en besluitvorming, 3^e dr., Den Haag: Boom Lemma 2007.
- Van der Burg 2009
W. van der Burg, De professionalisering van juridische beroepen. Over het verlies aan rechtsstatelijke oriëntatie, in: N.J.H. Huls (red.), Ongedeeld integer, Den Haag: Bju 2009, p. 17-27.
- Burkens 1997
M.C. Burkens e.a., Beginselen van de democratische rechtsstaat, Deventer: Tjeenk Willink 1997.
- Bush 2010
George W. Bush, Decision points, New York: Crown Publishers 2010.
- Cluysenaer 1959
J.L.H. Cluysenaer, Recht in de welvaartsstaat. Rede Rijksuniversiteit Groningen, Groningen: Wolters 1959.
- Cole 2008
David Cole, Justice at war; the men and ideas that shaped America's war on terror, New York: New York Review of Books 2008.
- Cole 2009
David Cole, The torture memos. Rationalizing the unthinkable, New York/London: The New Press 2009.
- Dales 1992
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.
- Davids 2010
W.J.M. Davids (vz.), Rapport Commissie van onderzoek besluitvorming Irak, Amsterdam: Boom 2010.
- Deetman 1999
W.J. Deetman, 'De kiezende jurist', Nederlands Juristenblad, 1999, p. 107.
- Dijkstelbloem en Hagendijk 2011
Huub Dijkstelbloem en Rob Hagendijk (red.), Onzekerheid troef? Het betwiste gezag van de wetenschap, Amsterdam: Van Gennep 2011.
- Van der Does en Droogleever Fortuijn 1977
J.A.E. van der Does en E. Droogleever Fortuijn, De behartiging van de belangen van de overheid in recht, in: De jurist-ambtgenaar; bundel opstellen opgedragen aan mr. J.M. Kan, Zwolle: Tjeenk Willink 1977, p. 32-38.
- Van de Donk 2008
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.
- Donner 1957
A.M. Donner, Over de term welvaartsstaat. Mededelingen der Koninklijke Nederlandse Akademie van wetenschappen, afd. Letterkunde, Amsterdam: Noord-Hollandse Uitgevers Maatschappij 1957.
- Doorenbos 2008
D. Doorenbos, 'Crisiswetgeving: blanco cheques voor toezichthouders', Nederlands Juristenblad, 2008, p. 2360-2361.
- Van Doorn en Van Vught 1978a
Joseph van Doorn en Frans van Vught, Planning; methoden en technieken voor beleidsondersteuning, Assen/Amsterdam: Van Gorcum 1978.
- Van Doorn en Van Vught 1978b
Joseph van Doorn en Frans van Vught, Forecasting; methoden en technieken voor toekomstonderzoek, Assen/Amsterdam: Van Gorcum 1978.
- Dorbeck-Jung 2012
B. Dorbeck-Jung, Medische en nanotechnologie regulering-wegwijzers voor de toekomst van het recht, oratie Universiteit Twente 2012.
- Drexhage 2006
B. Drexhage, En alle schuren raakten vol ... Over het eerste advies van de Raad van Economische Adviseurs, In: Over de streep; liber amicorum ter gelegenheid van het afscheid van Hans Bierman, wetgevingsjurist van de buitencategorie, Den Haag 2006, p. 125-134.
- Driesprong 2000
Driesprong e.a. (red.), Lex aquarum, liber amicorum aan J.H.A. Teulings, Den Haag: CDJZ Minisgterie VenW 2000.
- Duk 2007
Wim Duk, Eindverslag. Herinneringen aan mensen, beesten, toestanden en voorvallen, Zutphen: Uitgeverij Paris 2007.
- Van Dunné, Boeles en Heerma van Voss 1977
J.M. van Dunné, P. Boeles en A.J. Heerma van Voss, Acht civilisten in burger. Gesprekken met Beekhuis, Dooijeweerd, Dorhout Mees, Kisch, Langemeijer, Petit, Pitlo en Veegens, Zwolle: Tjeenk Willink 1977.
- Dworkin 1977
Ronald Dworkin, Taking rights seriously, London: Duckworth 1977.
- Eijlander 1993
Ph. Eijlander, De wet stellen. Beschouwingen over onderwerpen van wetgeving, Zwolle: Tjeenk Willink 1993.
- Eijlander en Van Gestel 2006
Ph. Eijlander en R.A.J. van Gestel, Horizonwetgeving. Effectief middel in de strijd tegen toenemende regeldruk? Een onderzoek naar de functie van werkingsbeperkingen in wetgeving ter vermindering van regeldruk, Den Haag: Bju 2006.
- Eijlander en Voermans 2000
Philip Eijlander en Wim Voermans, Wetgevingsleer, Den Haag: Bju 2000.
- Elverding 2008
P. Elverding (vz), Sneller en beter. Advies Commissie Versnelling besluitvorming infrastructurele projecten, Den Haag, april 2008.

Evers 2002

G.J.M. Evers, *Blind vertrouwen? Een onderzoek naar de toepassing van certificatie ten dienste van de handhaving van wettelijke voorschriften*, Den Haag: Bju, 2002.

Ewick and Silbey 1998

Patricia Ewick and Susan S. Silbey, *The common place of law. Stories from everyday life*, Chicago and London: The University of Chicago Press 1998.

Van der Flier 2001

P.J. van der Flier, 'Juristen in overheidsdienst', *Nederlands Juristenblad* 2001, 171-173.

Florijn 2010

Nico Florijn, 'The instructions for legislation in the Netherlands: a critical appraisal', *Legisprudence*, Vol. 4 (2010) no 2, p. 171-192.

Fijnaut 2007

Cyrille Fijnaut, 'Islamistische terreur vergt uitzonderlijke maatregelen'. *Socialisme en Democratie*, 2007 nr 6, p. 39-47.

Fockema Andreae 1945

J.P. Fockema Andreae, *De visie van groote wetgevers. Lezing gehouden voor de vereniging voor academische lezingen te leiden op 25 april 1940 en van een naschrift van juli 1945 voorzien*, Alphen a.d. Rijn: Samsom 1945.

Foqué 1999

R. Foqué, 'Het rechtsbedrijf; een metafoor op drift', *Justitiële Verkenningen*, 1999 nr. 9, p. 10-25.

Foqué 2011

René Foqué, *De democratische rechtsstaat: een onrustig bezit?* Utrecht: Forum 2011.

Foqué en 't Hart 1990

R. Foqué en A.C. 't Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Arnhem: Gouda Quint 1990.

Forsthoff 1961

Ernst Forsthoff, *Verfassungsprobleme der Sozialstaat*, in: *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit: Aussätze und Essays*, hrsg. Ernst Forsthoff, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft 1968, p. 145-164 (oorspronkelijke uitgave 1961).

Forsthoff 1954

Ernst Forsthoff, *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*, in: *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit: Aussätze und Essays*, hrsg. Ernst Forsthoff, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft 1968, p. 165-200 (oorspronkelijke uitgave 1954).

Frissen 1996

P.H.A. Frissen, *De virtuele staat*, Schoonhoven: Academic Service 1996.

Frissen 1999

P.H.A. Frissen, *De lege staat*, Amsterdam: Uitgeverij Nieuwezijds 1999.

Frissen 2007

Paul Frissen, *De staat van verschil. Een kritiek van de gelijkheid*, Amsterdam: Van Gennep 2007.

Fukuyama 2011

Francis Fukuyama, *The origins of political order. From prehuman times to the French revolution*, New York: Farrar, Straus and Giroux 2011.

- Fuller 1964
Lon L. Fuller, *The morality of law*. Revised edition, New Haven/London: Yale University Press 1964.
- Van Gerven 1973
W. van Gerven, *Het beleid van de rechter*, Antwerpen: Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij 1973.
- Van Gestel 2008
R.A.J. van Gestel, *Wetgeven is vooruitzien*, oratie Universiteit van Tilburg, Den Haag, Bju 2008.
- Van Gestel en Hertogh 2006
R.A.J. van Gestel en M.L.M. Hertogh, *Wat is regeldruk? Een verkennende internationale literatuurstudie; onderzoek in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoeks- en Documentatiecentrum van het ministerie van Justitie*, Tilburg/Groningen: Uvt/RUG 2006.
- Van Gestel en Van Schooten 2010
R.A.J. van Gestel en J. van Schooten (red.), *Europa en de toekomst van de nationale wetgever. Liber amicorum Philip Eijlander*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010.
- Van Gestel en Vranken 2007
R.A.J. van Gestel en J.B.M. Vranken, 'Rechtswetenschappelijke artikelen; naar criteria voor methodologische verantwoording', *Nederlands Juristenblad*, 2007, p. 1448-1461.
- Van Gestel en Vranken 2008
R.A.J. van Gestel en J.B.M. Vranken, *Kwaliteit van de beleidsanalytische wetgevingsadviezen van de Raad van State, getoetst aan de hand van ex post evaluaties*, Den Haag: Bju 2008.
- Goddijn 1980
H.P.M. Goddijn (red.), *Max Weber; zijn leven, werk en betekenis*, Baarn: Ambo 1980.
- Greenberg 2006
Karen J. Greenberg (ed.), *The torture debate in America*, Cambridge: University Press 2006.
- Griffith 1989
J. Griffith, *Bestaat de rechtsstaat?* In: J.W.M. Engels e.a., *De rechtsstaat herdacht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1989.
- Van Gunsteren en Habbema 2009
H. van Gunsteren en C. Habbema, *Perspectief op het politiek-publicatair complex in 2009*, Amsterdam: Van Gennep 2009.
- De Haan, Drupsteen en Fernhout 2001
P. de Haan, Th.G. Drupsteen en R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Deel 1: Ontwikkeling, Organisatie, Instrumentarium*, Deventer: Kluwer 2001.
- Haasse en Jackman 1984
H.S. Haasse en S.W. Jackman, *Een vreemdelinge in Den Haag; uit de brieven van Koningin Sophie der Nederlanden aan Lady Malet*, Amsterdam: Sijthoff 1984.
- Hahn and Dudley 2002
The disconnect between law and policy analysis. A case study of drivers and cell phones, Washington: AEI-Brookings Joint Center, 2002.

- 't Hart 1992
A.C. 't Hart, De strafrechtelijke waardendiscussie en het postmodernisme. Commentaar op W.J. Witteveen, in: F.R. Ankersmit en A. Kibédi-Varga (red.), *Akademisch beschouwingen over het postmodernisme*, Amsterdam: KNAW 1993, p. 51-58.
- Hart 1994
H.L.A. Hart, *The concept of law*, second edition, Oxford: University Press 1994 (first edition 1961).
- 't Hart en Wille 2002
Paul 't Hart, Anchrit Wille e.a., *Politiek-ambtelijke verhoudingen in beweging*, Amsterdam: Boom, 2002.
- Heijden 1999
P.F. van der Heijden, *Het recht in de ramsj. Openbaar bestuur op de stoel van de rechter*, Amsterdam: Balans, 1999.
- Helsloot 2007
Ira Helsloot, *Voorbij de symboliek. Over de noodzaak van een rationeel perspectief op fysiek veiligheidsbeleid*, oratie VU, Den Haag: Bju, 2007.
- Hertogh 2002
Marc Hertogh, *De levende rechtsstaat. Een ander perspectief op recht en openbaar bestuur*, Utrecht: Lemma 2002.
- Hertogh 2004
Marc Hertogh, 'A European conception of Legal consciousness. Rediscovering Eugen Ehrlich', *Journal of law and society* 2004, nr. 4, p. 457-481.
- Hertogh 2006
Marc Hertogh, *Rechtsvervreemding. Tussen rechtsstaat en rechtsgevoel*, Groningen: RUG, 2006.
- Hertogh 2010
Marc Hertogh, 'Crime and custom in the Dutch construction industry', *Legisprudence*, vol. 4, no. 3, 2010.
- Heukers 2011
La Heukers. *Scherp op het snijvlak van beleid en recht. Liber amicorum aangeboden aan mr. J.L.D. Heukers*, Den Haag, 2011.
- Hirsch Ballin 1979
E.M.J. Hirsch Ballin, *Publiekrecht en beleid. Fundamentele kwesties rondom het functioneren van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid*, Alphen aan den Rijn: Samsom, 1979.
- Hirsch Ballin 1982
E.M.H. Hirsch Ballin, *Vertrouwen op het recht. Over de plaats van de wet in de rechtsorde. Oratie Katholieke Hogeschool te Tilburg*, Alphen aan den Rijn: Samsom, 1982.
- Hirsch Ballin 1989a
E.M.H. Hirsch Ballin, *Het grondrecht op vrijheid en de wet*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink, 1989.
- Hirsch Ballin 1989b
E.M.H. Hirsch Ballin, 'Wederkerig bestuursrecht', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 1989 nr. 1 (januari), p. 1-4.
- Hirschman 1972
A.O. Hirschman, *Exit, voice and loyalty. Responses to decline in firms, organisations and states*, Cambridge: Harvard University Press, 1972.

Hoekema 1990

A.J. Hoekema, Het rechtskarakter van doelmatig onderhandelend bestuur, 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. 101-126.

Hoekema en Van Manen 2000

A.J. Hoekema en N.F. van Manen, *Typen van legaliteit*; 2^e dr., Deventer: Kluwer, 2000.

Hoekstra 2009a

O. Hoekstra, 'Alex Brenninkmeijer: De filosofie van mediation is om het buiten de wet te houden', *Jurist en Literatuur*, juni 2009, p. 9-11.

Hoekstra 2009b

R.J. Hoekstra, 'Wetgeving en bestuur als onderdeel van de democratische rechtsstaat. Rede ter gelegenheid van de jaarvergadering van de Nederlandse Juristen-Vereniging, 12 juni 2009', *Nederlands Juristenblad*, 2009, p. 1644-1649.

Hoekstra 2011

R.J. Hoekstra, *Staatsrechtelijk perspectief en de positie van de ambtenaar*, in: G. Rijnja, L. Klinkers e.a., *Het eigene van de overheid*. Input voor het debat over de rol van de overheid, Den Haag: CAOP, 2011.

Hoogerwerf 1978

A. Hoogerwerf (red.), *Overheidsbeleid*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1978.

Hoogerwerf en Herweijer 2008

Andries Hoogerwerf en M. Herweijer, *Overheidsbeleid. Een inleiding in de beleidswetenschap*. Deventer: Kluwer 2008.

Houten 1974

D. van Houten, *Toekomstplanning. Planning als veranderingsstrategie in de welvaartsstaat*, Meppel: Boom, 1974.

Houtman 2004

Dick Houtman, *Op de ruïnes van de traditie. Individualisering, culturele verandering en de toekomst van de sociologie*. Paper KNAW, 19 april 2004.

Huberts en Kleinnijenhuis 1994

L.W.J.C. Huberts en J. Kleinnijenhuis, *Methoden van invloedsanalyse*, Amsterdam/Meppel: Boom, 1994.

Hutchinson 2009

A.C. Hutchinson, 'In the public interest. The responsibilities and rights of government lawyers', *German Law Journal*, vol. 10 (2009), nr. 7, p. 981-1000.

Jansen 1994

C.J.H. Jansen, *Van Kemper tot Telders. Onderzoekingen naar anderhalve eeuw inleidend juridisch onderwijs in Nederland*, Zwolle: Tjeenk Willink, 1994.

Jansen en Venema 2011

Corjo Jansen en Derk Venema, *De Hoge Raad en de Tweede Wereldoorlog. Recht en rechtsbeoefening in de jaren 1930-1959*. Den Haag: Boom 2011.

Jeliazkova en Hoppe 1996

M.I. Jeliazkova en R. Hoppe, 'Beroepsbeelden van de beleidsambtenaar: een onderzoek onder beleidsfunctionarissen bij een departement', *Beleidswetenschap* 1996, vol. 10, no. 2, p. 124-153.

JuristenRijk 2009

Symposium over programma Versterking Juridische Functie Rijk. Symposium van de vereniging JuristenRijk, gehouden op 15 april 2009

Kan, Van Maarseveen, Van Braam 1977

J.B. Kan, H.Th.J.F. van Maarseveen, A. van Braam e.a., De jurist-ambtenaar. Bundel opstellen aangeboden aan mr. J.M. Kan, Zwolle: Tjeenk Willink, 1977.

Kantorowicz Carter 2005

Frank Kantorowicz Carter, 'Gustav Radbruch and Hermann Kantorowicz: Two friends and a book – Reflections on Gnaeus Flavius' *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (1906), *German Law Journal*, vol. 7 (2005), nr. 7, p. 657 – 700.

Keane 2009

John Keane, *The life and death of democracy*, London/Sydney/New York/Toronto: Simon & Schuster, 2009.

Van Kemenade 1997

J.A. van Kemenade e.a., *Bestuur in geding. Rapport van de werkgroep inzake terugdringing van de juridisering van het bestuur*, Haarlem: Provinciehuis, 1997.

Kennedy 2004

Duncan Kennedy, 'Een linkse fenomenologische kritiek op de rechtsvindingstheorie van Hart en Kelsen' (vertaald door Pauline Westerman en Ronald Janse), *R&R* 2004 nr 3, p. 242-257.

Kennedy 2006

Duncan Kennedy, *Three globalizations of law and legal thought: 1850-2000*, in: *The new law and economic development*, Cambridge: University Press, 2006.

Knevel 2001

P. Knevel, *Het Haagse bureau. 17^{de}-Eeuwse ambtenaren tussen staatsbelang en eigenbelang*, Amsterdam: Prometheus / Bert Bakker, 2001.

Kokkini-Iatridou 1988

D. Kokkini-Iatridou e.a., *Een inleiding tot het rechtsvergelijkend onderzoek*, Deventer: Kluwer 1988.

Kolthoff 2007

E.W. Kolthoff, *Ethics and new public management. Empirical research into the effects of businesslike government on ethics and integrity*, proefschrift, Amsterdam: VU, 2007.

Koole 2006

R.A. Koole, *Politiek en tegenpolitiek in de Nederlandse democratie. Politici, journalisten en wetenschappers in de ban van het populisme*, oratie, Leiden: Universiteit, 2006.

Koopmans 1970

T. Koopmans, *De rol van de wetgeving*, in: *Honderd jaar rechtsleven; jubileumboek Nederlandse Juristen-Vereeniging*, Zwolle: Tjeenk Willink, 1970.

Koopmans 1991

T. Koopmans, *Beginnelsen van wetgeving*, in: *Beeld van een goede vriendschap; bundel opstellen aangeboden aan prof.mr. B. de Goede*, Deventer: Kluwer, 1991.

Kortmann 1997

C.A.J.M. Kortmann, 'Positivisme, soevereiniteit en recht', *Nederlands Juristenblad* 1997, p. 482 e.v.

Kortmann 2008

C.A.J.M. Kortmann, Een bijzonder schrijven. Gelaatsbedekkende kleding, Nederlands Juristenblad 2008, p. 513-514.

Kortmann 2009

C.A.J.M. Kortmann, Staatsrecht en raison d'Etat, afscheidscollege Radboud Universiteit Nijmegen, Deventer: Kluwer, 2009.

Kraan 2005

K. Kraan, De droomjurist. Liber amicorum ter gelegenheid van het afscheid van Karel Kraan, Den Haag, 2005.

Van Kreveld 1990

J.H. van Kreveld, De kwaliteit van wetgeving: rechtsstatelijke en bestuurlijke eisen, in: Recht doen door wetgeving. Opstellen over wetgevingsvraagstukken, aangeboden aan mr. E.M.H. Hirsch Ballin, Zwolle: Tjeenk Willink, 1990, p. 189-202.

Vand er Kroon 1994

Oscar van der Kroon, Ministerie in crisis. Over visfraude, milieubehoud en boerenbelang, Amsterdam: Veen 1994.

Kwak 2005

A.J. Kwak, Het juridische knooppunt. De complexe belofte van modern juridische professionalisme, proefschrift Erasmus Universiteit, Rotterdam: EUR, 2005.

Lampert 2006

M. Lampert e.a., Beelden van de democratische rechtsstaat. Een verkennende studie naar opvattingen van burgers, wetenschappers en professionals. Rapport van Motivation research and strategy, Den Haag: WODC, Ministerie van Justitie, 2006.

Leeuw 2008

Frans L. Leeuw, Gedragsmechanismen achter overheidsinterventies en rechtsregels. Intreerede Universiteit Maastricht, Maastricht: UM 2008.

Leib 2008

Ethan J. Leib, 'Adding legislation courses to the first-year curriculum', Journal of Legal Education, June 2008.

Linthorst 2010

H. Linthorst, Afscheid van een professional? Den Haag, 2010 (niet gepubliceerd).

Van Lochem en Florijn 2008

Peter van Lochem en Nico Florijn, 'Does necessity know no law? On the relative significance of legal quality for governmental action', Legisprudence, vol. 2 (2008) nr. 3, p. 231-251.

Van Lochem 2011a

P.J.P.M. van Lochem, De juiste genen, in: Heukers 2011, p. 123-130.

Van Lochem 2011b

P.J.P.M. van Lochem, "De overheidsjurist: professional zonder autonomie?", Rechtsgeleerd magazijn Themis, jaargang 172 (2011) nr 4 (augustus), p. 151-158.

Van Lochem 2012a

P.J.P.M. van Lochem, 'De spanning tussen ambtelijke loyaliteit en correct overheids-handelen', Rechtsgeleerd magazijn Themis, jaargang 173 (2012) nr 3 (juni), p. 115-122.

Van Lochem 2012b

Peter van Lochem, 'De overheidsjurist in de War on Terror. Hoe onrechtvaardige zaken te rechtvaardigen', De Academische Boekengids, nr. 93, juli 2012, p. 9-11.

Loose 2004

D. Loose, 'Een versplinterde troon. Aantekeningen bij Sophie van Bijsterveld, *The Empty Throne. Democracy and the Rule of the Law in Transition* (2002)', *R&R* 2004 nr. 1, p. 90-107.

Loth 2009

M.A. Loth, *De goede jurist*, in: Jos Kok en Doret de Ruijter e.a., *Code en karakter. Beroepsethiek in onderwijs, jeugdzorg en recht*, Amsterdam: SWP Publishers, 2009, hoofdstuk 8, p. 117-126.

Loth 2012

M.A. Loth, *Wat wij vinden wanneer wij waarheid vinden; een rechtstheoretische bijdrage*. Preadvies Nederlandse Juristen Vereniging, Deventer: Kluwer 2012.

Loth en Gaakeer 2003

M.A. Loth en A.M.P. Gaakeer, *Meesterlijk recht. Over recht, rechtswetenschap en juristerij*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, 2003.

Luyendijk 2011

Joris Luyendijk, *Je hebt het niet van mij, maar ... Een maand aan het Binnenhof*, Amsterdam: Podium, 2011.

Lyotard 1979

Jean-François Lyotard, *La condition postmoderne. Rapport sur le savoir*, Paris: Minuit 1979.

MacCormick 2008

Neil MacCormick, H.L.A. Hart, Second Edition, Stanford, California: Stanford University Press 2008.

Mackor 2011

A.R. Mackor, *Grenzen aan professionele autonomie*, rede Rijksuniversiteit Groningen. <http://redes.eldoc.ub.rug.nl/FILES/root/2011/a.r.mackor/Mackor-oratie-2011-definitief.pdf>

Mak 2008

E. Mak, *De rechtspraak in balans. Een onderzoek naar de rol van klassiek-rechtsstatelijke beginselen en 'new public management'-beginselen in het kader van de rechterlijke organisatie in Nederland, Frankrijk en Duitsland*, proefschrift, Rotterdam: EUR, 2008

Maljers 2006

F.A. Maljers (vz.), *Rapport van de Commissie alternatieven ontpoldering Westerschelde*, 2006.

Van Manen 1989

N.F. van Manen, *Het rechtsrelativisme*, in: E.A. Huppes-Cluysenaer en N.F. van Manen (red.), *De werkelijkheid van recht en orde*, Den Haag: VUGA, 1989, p. 13-22.

Maris 1990

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*, Deventer: Kluwer, 1990.

Medialogica 2003

Medialogica. *Advies van de Raad voor Maatschappelijke Ontwikkeling*, uitgebracht aan de Tweede Kamer, Den Haag: RMO, 2003.

Meihuizen 2007

Joggli Meihuizen, *Sans égards*. Prof.mr. A. Pitlo en zijn conflicten met Joods juristen, Amsterdam: Boom, 2007.

Meihuizen 2010

Joggli Meihuizen, *Smalle marges*. De Nederlandse advocatuur in de Tweede Wereldoorlog, Amsterdam: Boom, 2010.

Meuwese 2008

A.C.M. Meuwese, *Impact assessment in EU lawmaking*, The Hague: Kluwer Law International, 2008.

Ministerie BZK 2008

Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, *Kennis, belang en vertrouwen in de Grondwet*, onderzoek uitgevoerd door TNS-Nipo, Den Haag, Ministerie BZK, 2008

Monchy 1950

S.J.R. Monchy (vz.), *Commissie van Advies inzake verhoogde rechtsbescherming*, ingesteld bij beschikking van de ministers van Binnenlandse Zaken en Justitie van 10 december 1946, Den Haag: Staatsdrukkerij- en Uitgeverijbedrijf, 1950.

Muller 2011

Sam Muller e.a. (red.), *The law of the future and the future of law*, Oslo: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2011.

Niessen 2003a

C.R. Niessen, *Ambtenaar in de overheidsorganisatie*, Deventer: Kluwer, 2003.

Niessen 2003b

C.R. Niessen, *Het primaat van de politiek bestaat niet*. Afscheidscollege als rector van de Academie voor Wetgeving, Den Haag: CAOP 2003.

Nieuwenkamp 2001

R. Nieuwenkamp, *De prijs van het politieke primaat*. Wederzijds vertrouwen en loyaliteit in de verhouding tussen bewindspersonen en ambtelijke top, proefschrift Universiteit Twente, Delft: Eburon, 2001.

Nijpels 2008

E.H.Th.M. Nijpels (vz.), *Wennen aan de Westerschelde; advies Commissie Natuurherstel Westerschelde: alternatieven voor ontpoldering Hertogin Hedwigepolder*, oktober 2008.

Van Nouhuys 2011

Frederik van Nouhuys, *Génant*, Tijdschrift Aanbestedingsrecht, juni 2010, p. 192-203.

Oakeshott 1991 1962

Michael Oakeshot, *Rationalism in politics and other essays*. Liberty fund studies in political theory, London: Liberty Press, 1991 (oorspronkelijk uitgegeven in 1962).

Oderkerk 1999

A.E. Oderkerk, *De preliminaire fase in rechtsvergelijkend onderzoek*, Nijmegen: Ars Aequi 1999.

Van Ommeren 1996

F.J. van Ommeren, *De verplichting verankerd: de reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het materiële wetsbegrip*, Zwolle: Tjeenk Willink, 1996.

- Van Ommeren 2009
F. van Ommeren, "Het legaliteitsbeginsel in het wetgevingsbeleid", *Bestuurswetenschappen*, nr. 4, 2009, p. 11-31
- Van Ommeren en Zijlstra 2003
F.J. van Ommeren en S.E. Zijlstra (red.), *De rechtsstaat als toetsingskader*, Den Haag: Bju, 2003.
- Oostenbrink 1973
J.J. Oostenbrink, *Algemene beginselen van behoorlijke wetgeving?*, oratie VU, Deventer: Kluwer, 1973.
- Pans 2005
R. Pans, *Haags spel. Achter de schermen van politiek Den Haag*, Den Haag: Sdu, 2005.
- Partner in beleid 2010a
Partner in beleid. *Rapport Programma Versterking Juridische Functie Rijk*, Den Haag: Directeuren Wetgeving en Juridische Zaken, 2010.
- Partner in beleid 2010b
Partner in beleid, deel 2. *Deelrapportages van het Programma Versterking juridische functie Rijk*, Den Haag: Directeuren Wetgeving en Juridische Zaken, 2010.
- Peters 1972
A.A.G. Peters, *Het rechtskarakter van het strafrecht*, Deventer: Kluwer, 1972.
- Peters 2011
Jit Peters, *Van wie zijn zij? De ambtenaren, afscheidsrede UvA*, Amsterdam: Vos-siuspers, 2011.
- Pitlo 1972
A. Pitlo, *Evolutie in het privaatrecht*, tweede druk, Groningen: Tjeenk Willink, 1972.
- Polak 1951
C.H.F. Polak, *Ordering en rechtsstaat*, oratie, Leiden: Rijksuniversiteit, 1951.
- Posner 2006
R. Posner, *Not a suicide pact. The constitution in a time of nationale emergency*, Oxford: University Press, 2006.
- Prakke en Kortmann 2004
L. Prakke en C.A.J.M. Kortmann (red.), *Het staatsrecht van de landen van de Europese Unie*, zesde, geheel herziene druk, Deventer: Kluwer 2004.
- Putters en Van Twist 2007
K. Putters en M. van Twist. "Bijdragen aan beleid of tegenspel bieden? Modaliteiten voor een vernieuwd adviesstelsel", *Bestuurswetenschappen*, 61 (2007), 2 (april), 11-19.
- Radbruch 1932
Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, Leipzig: Verlag Von Quelle & Meyer, 1932.
- REA 2005
Raad van economische adviseurs (REA), *De wetten en regels die droom en daad verstoren. Bureaucratisering en overregulering*, Kamerstukken II 2004-2005, 30 123, nrs. 1 en 2
- Reuss-Ianni 1983
Elizabeth Reuss-Ianni, *The two cultures of policing. Street cops and management cops*, New Brunswick: Transaction Books 1983.

- Rijlaarsdam en Van Os 2010
B. Rijlaarsdam en P. van Os, 'Ernst is de spil', NRC Weekblad, 9-15 januari 2010, p. 11-13.
- Rijnja en Wilmink 2010
Guido Rijnja en Hans Wilmink, Beroep: beleidsambtenaar. Over ambtelijk besef en professioneel lef, Den Haag: ministerie van BZK, 2010.
- Ripert 1949
G. Ripert, *Le déclin du droit. Etudes sur la législation contemporaine*, Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1949.
- Romijn 2002
Peter Romijn, Snel, streng en rechtvaardig, 2e druk, Amsterdam: Olympus, 2002.
- De Ruiter 2003
Job de Ruiter, Jan Donner jurist. Een biografie, Amsterdam: Boom, 2003.
- Rumsfeld 2011
Donald Rumsfeld, *Known and unknown. A memoir*, New York: Penguin Group, 2011.
- Sands 2005
Philippe Sands, *Lawless world. The whistle-blowing account of how Bush and Blair are taking the law into their own hands*, New York: Penguin Books, 2005.
- Sands 2008
Philippe Sands, *Torture team. Rumsfeld's memo and the betrayal of American values*, New York: Palgrave MacMillan 2008.
- Scheltema 1975
W. Scheltema, *Rechtsverwerking in het administratieve recht*, preadvies Vereniging voor Administratief Recht, Groningen: Tjeenk Willink, 1975, p. 3-56.
- Scholten 2010
P. Scholten, *Dorsten naar gerechtigheid*, Deventer, Kluwer, 2010.
- Schoon, Doumen en De Bruin 2008
C.C. Schoon, M.J.A. Doumen en D. de Bruin, *De toedracht van dodehoekongevallen en maatregelen voor de korte en lange termijn. Een ongevalanalyse over de jaren 1997-2007. Verkeersobservaties en enquêtes onder fietsers en vrachtautochauffeurs*, Leidschendam: SWOV, 2008.
- Schuck 1998
Peter H. Schuck, *Lawyers and policymakers in government*, 61 *Law & Contemp. Probs.* 7 (Winter 1998).
- Schuyt 1973
C.J.M. Schuyt, *Recht, orde en burgerlijke ongehoorzaamheid*, dissertatie Rijksuniversiteit Leiden, Rotterdam: Universitaire Pers, 1973.
- Schuyt 1978
C.J.M. Schuyt, *Het rechtskarakter van de verzorgingsstaat*. In: J.A.A. van Doorn en C.J.M. Schuyt (red.), *De stagnerende verzorgingsstaat*, Meppel: Boom, 1978, p. 73-96.
- Schuyt 1982
C.J.M. Schuyt, *Ongeregeld heden. Naar een theorie van wetgeving in de verzorgingsstaat*, Alphen aan den Rijn: Samsom, 1982.

- Schuyt 1987
C.J.M. Schuyt, 'Bronnen van juridisering en hun confluentie', *Nederlands Juristenblad* 1997, p. 925-930.
- Schuyt 2006
C.J.M. Schuyt, *Steunberen van de samenleving. Sociologische essays*, Amsterdam: University Press, 2006.
- Seidman and Seidman 2011
Ann Seidman and Robert B. Seidman, 'Instrumentalism 2.0. Legislative drafting for democratic sociale change', *Legisprudence*, vol 5, no. 1, 2011, p. 95-142.
- Senge 1990
Peter Senge, *The fifth discipline. The art and practice of the learning organisation*, New York: Doubleday, 1990.
- Sieburgh 2008
C.H. Sieburgh, 'L'art de la distinction. 'Alle oordeel is dat des onderscheids', *Nederlands Juristenblad*, jrg. 83, nr. 1, p. 3-13.
- Simon 1995
H.J. Simon, Autonomie en verbintenis in het publiekrecht, in: E.C.H.J. van der Linden en A.Q.C. Tak (red.), *Eenzijdig of wederkerig; beschouwingen over de wederkerige rechtsbetrekking als basisconcpet in het bestuursrecht*, Deventer 1995.
- Smits 1997
Jan Smits, 'Privaatrecht en postmodernisme. Over recht en tijdgeest, toegelicht aan de hand van enige civielrechtelijke fenomenen', *Recht en Kritiek*, 23 (1997), p. 155-171.
- Smith 2009
C.E. Smit, *Tussen feit en oordeel. De onderliggende rationaliteit van de rechtsgeleerdheid*, preadvies voor de Vereniging voor Wijsbegeerte van het Recht, 2009.
- Smits 2009
Jan Smits, *Omstreden rechtswetenschap. Over aard, methode en organisatie van de juridische discipline*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2009.
- Snellen 1987
I. Snellen, *Boeiend en geboeid*, oratie EUR. Alphen aan den Rijn: Samsom, 1987.
- Snellen(1989
I. Snellen, *Domeinconflicten tussen recht en beleid*, Alphen aan den Rijn: Samsom en Tjeenk Willink, 1989.
- Snellen 1998
I. Snellen, *Bestuurskunde en modernisering*, afscheidsrede Erasmus Universiteit Rotterdam, Alphen aan den Rijn: Samsom, 1998.
- Snellen 2007
I. Snellen, *Grondslagen van de bestuurskunde. Een essay over haar paradigma's*, Den Haag: Lemma, 2007.
- Soeteman 2009
A. Soeteman, *Rechtsgeleerde waarheid. Afscheidsrede VU*, Amsterdam, 2009.
- Sperna Weiland 1999
J. Sperna Weiland, *De mens in de filosofie van de twintigste eeuw*, Amsterdam: Meulenhoff, 1999.

- Spier en Stolker 1988
J. Spier en C.J.J.M. Stolker, Ongeregelde onrechtmatige overheidsdaad:
https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/1334/174_081.pdf?sequence=1
- Spijkerboer 2002
T.P. Spijkerboer, 'De Afdeling en de rechtsstaat', Nederlands Juristenblad 2002, p. 2082-2088
- Spitzer 2008
Robert J. Spitzer, Saving the constitution from lawyers. How legal training and law reviews distort constitutional meaning, Cambridge: University Press, 2008.
- Stolker 2003
C.J.J.M. Stolker, 'Ja, geleerd zijn jullie wel!', rede ter gelegenheid van de 428^e dies natalis van de Universiteit Leiden, Nederlands Juristenblad, 2003, p. 766-778
- Stoop 2005
J.L.H.M. Stoop, Betekenissen van het wetgevingskwaliteitsbeleid. Een theoretisch onderzoek naar betekenissen van het wetgevingskwaliteitsbeleid in processen van beleidsvorming, proefschrift UvA, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, 2005.
- Stoter 2000
W.S.R. Stoter, Belangenafweging door de wetgever Een juridisch onderzoek naar criteria voor de belangenafweging van de formele wetgever in relatie tot de belangenafweging op bestuursniveau, dissertatie EUR, Den Haag: Bju, 2000.
- Stoter 2011
W.S.R. Stoter, Zonder rem. Wetgeving tussen functionaliteit en fundamentele rechtsbeginselen, Oratie, Rotterdam: EUR, 2011.
- Stoter en Huls 2006
W.S.R. Stoter en N.J.H. Huls, Wie draagvlak zoekt, die regeldruk ontmoet! Een onderzoek naar de wijze waarop participatie van belanghebbenden in het wetgevingsproces leidt tot regeldruk, Rotterdam: EUR, 2006.
- Stuiveling 2009
S. Stuiveling, Transparantie en rechtspraak. Kennis delen met de samenleving, Rechtspraaklezing 2009, Den Haag: Sdu, 2009.
- Tak 2002
A.Q.C. Tak, 'Rechter met slappe knieën', Nederlands Juristenblad 2002, p. 1459-1462
- Tamanaha 2004
Brian Z. Tamanaha, On the Rule of Law. History, Politics, Theory, Cambridge: University Press, 2004
- Tamanaha 2007
Brian Z. Tamanaha, The realism of the 'Formalist' age, St. John's Legal Studies Research Paper, 06-0073, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=985083
- Tamanaha 2008
B.Z. Tamanaha, Law as a Means to an End. Threat to the Rule of Law, Cambridge: University Press, 2008.
- Tijssen 2009
H.E.B. Tijssen, De juridische dissertatie onder de loep. De verantwoording van methodologische keuzes in juridische dissertaties, dissertatie UvT Tilburg, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2009.

Van Tol, Helsloot en Mertens 2011

J.H. van Tol, I. Helsloot en F.J.H. Mertens (red.), *Veiligheid boven alles? Essays over oorzaken en gevolgen van de risico-regelreflex*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers, 2011.

Turpijn 2008

Jouke Turpijn, *Mannen van gezag. De uitvinding van de Tweede Kamer 1848-1888; 2^e dr.*, Amsterdam: Wereldbibliotheek, 2008.

Tyler 2006

Tom R. Tyler, *Why people obey the law*, Princeton: University Press, 2006.

Van der Veer 2011

Annika van der Veer, *Slagvaardige geschilbeslechting in het bestuursrecht. Een empirisch onderzoek naar de doorwerking van bestuursrechtelijke uitspraken*, proefschrift UvT, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2011.

Veerman 2004

G.J. Veerman, *De wet als zinsbegoochelingstoetstel. Over de kwaliteit van wetgeving*, oratie, Maastricht: UM, 2004.

Veerman 2009

G.J. Veerman, *Over wetgeving. Principes, paradoxen en praktische beschouwingen*, tweede herziene druk. Den Haag: Sdu Uitgevers, 2007.

Veerman 2011a

G.J. Veerman, *Belle en het beest. Over wetgeving en beleid*, in: Heukers 2011, p. 131-151.

Veerman 2011b

G.J. Veerman, 'Om den algemeenen gang des bestuurs en der wetgeving met kalmte en nauwkeurigheid gade te slaan' of: de toetsing van wetgeving door de Raad van State, in: H.D. Tjeenk Willink e.a. (red.), *De Raad van state in perspectief*, Den Haag: Boom 2011.

Te Velde 2010

Henk te Velde, *Van regentenmentaliteit tot populisme. Politieke tradities in Nederland*, Amsterdam: Bert Bakker, 2010.

Van Velthoven en Ter Voert 2003

B.C.J. van Velthoven en M.J. ter Voort, *Geschilbeslechtingsdelta 2003*. Uitgevoerd door WODC Ministerie van Justitie, Den Haag. Boom Juridische Uitgevers, 2003.

Verhey 2001

L.F.M. Verhey, *De zwoegers uit het vooronder. Inaugurale rede ter gelegenheid van zijn benoeming als hoogleraar staats- en bestuursrecht*, Maastricht: Universiteit Maastricht, 2001.

Verhey 2007

L. Verhey, *Rechtswetenschap en wetgevingspraktijk. It takes two to tango*. In: *Buitengewoon in dienst, een decennium wetgeving, liber amicorum aangeboden aan mr. G.N. Roes*, 's-Gravenhage: Sdu, 2007.

Vermeule 2007

Adrian Vermeule, 'Instrumentalisms', *Harvard Law Review*, 2007 vol. 120, p. 2113-2132.

Vermeulen 2006

B.P. Vermeulen (vz.), Overwegingen bij een boerka verbod. Zienswijze van de deskundigen inzake een verbod op gezichtsbedekkende kleding, Amsterdam, 3 november 2006.

Visitatiecommissie 2007

Visitatiecommissie Juridische functie en Wetgeving, Met recht verbonden. Verslag van de interdepartementale Visitatie Juridische functie en Wetgeving, Den Haag, 2007.

Visser 2008

R.K. Visser, In dienst van het algemeen belang. Ministeriële verantwoordelijkheid en parlementair vertrouwen, dissertatie UL, Amsterdam: Boom, 2008.

Van der Vlies 1984

I.C. van der Vlies, Het wetsbegrip en beginselen van behoorlijke regelgeving, dissertatie UvA, Den Haag: Vuga, 1984.

Voermans 2007

Wim Voermans, 'Geen enkele 'echte' staatsrechtelijke regel geschonden', Staatscourant, 17 januari 2007, p. 6.

Voermans 2011

W.J.M. Voermans, Legaliteit als middel tot een doel. Preadvies Nederlandse Juristen-Vereniging 2011, Deventer: Kluwer, 2011.

Voermans en Gerards 2011

W.J.M. Voermans en J.H. Gerards, Juridische betekenis en reikwijdte van het begrip 'rechtsstaat' in de legisprudentie & jurisprudentie van de Raad van State, Den Haag: Raad van State, 2011.

Vranken 2005

J.B.M. Vranken, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, algemeen deel. Een vervolg, Deventer: Kluwer, 2005.

De Vries en Van Dam 1998

Jouke de Vries en Marcel van Dam, Politiek-bestuurlijk management. Een blik achter de gouden muur, Alphen aan den Rijn: Samsom, 1998.

Waldron 2010

Jeremy Waldron, Torture, terror and trade-offs. Philosophy for the White House, Oxford: University Press, 2010.

Wallage (005

J. Wallage, Lang leven de ambtenaar! Een verkenning naar de rol van beleidsambtenaren tussen werkveld en politiek, Amsterdam: Bakker, 2005.

Wiarda 1999

G.J. Wiarda, Drie typen van rechtsvinding; vierde druk, bewerkt en van een nabeschouwing voorzien door T. Koopmans, Deventer: Tjeenk Willink, 1999.

Weber 1919

M. Weber, Wissenschaft als Beruf 1917/1919 – Politik als Beruf 1919. Studienausgabe der Max Weber-Gesamtausgabe, Band I/17, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1994.

Weber 1972

M. Weber, Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie, Tübingen: Mohr, 1972 (eerste uitgave in 1922).

Westerman 2010

Pauline Westerman, 'Who is regulating the self? Self-regulation as outsourced rule-making', *Legisprudence*, December 2010, p. 225-242.

Westerman 2011

Pauline Westerman, Open or autonomous? The debate on legal methodology as a reflection of the debate on law, in: M. Van Hoecke (ed.), *Methodologies of Legal Research. Which Kind of Method for What Kind of Discipline?* Oxford: Hart Publishers, 2011, p. 87-110.

Westerman en Mackor 2008

P.C. Westerman en A.R. Mackor (red.), *Vormen van (de?)regulering*, Den Haag: Bju, 2008.

Westerman en Wissink (2008)

P. Westerman en M. Wissink, 'Rechtsgeleerdheid en rechtswetenschap', *Nederlands Juristenblad*, 2008, p. 503-507.

Wiebenga 2012

J.G.C. Wiebenga (vz.), *Onbetwistbaar recht. Juridisering en het evenwicht tussen rechtsstaat en democratie*, Den Haag: Teldersstichting, 2012.

Wijkhuijs 2007

L.J.J. Wijkhuijs, *Administratieve response to court decisions. The impact of court decisions on the asylum procedure*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2007.

Van Wijk, Konijnenbelt en Van Male 2008

H.D. van Wijk, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, veertiende herziene druk door Willem Konijnenbelt en Ron van Male, Den Haag: Elsevier juridisch, 2008.

Wilson 1887

W. Wilson, *The study of administration*, in: *College and State. Educational, Literary and Political Papers*, 1925, p. 130-158 (oorspronkelijk uitgegeven in 1887).

Wilterdink 2011

Nico Wilterdink, *Omstreden wetenschap. Goede en slechte sociologie*, afscheidsrede UvA, Amsterdam: Vossiuspers UvA, 2011.

Witteveen en Klink 2002

W.J. Witteveen en B. Klink, *De sociale rechtsstaat voorbij. Twee ontwerpen voor het huis van de rechtsstaat*, Voorstudie WRR V 116, Den Haag: Sdu, 2002.

Wolfsen 2007

Aleid Wolfsen, 'Terrorismebestrijding en de rechtsstaat'. *Socialisme en Democratie*, 2007 nr. 6, p. 48-52.

Wortmann 2002

S. Wortman, *Wetgevingsjurist een mooi beroep*, in P.B. Cliteur e.a. (red.), *It ain't necessarily so. Liber amicorum H. Franken*, Leiden, 2002.

WRR 1981

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR), *Beleid en toekomst. Verslag van een symposium over het rapport Beleidsgerichte toekomstverkenningen, deel 1, Voorstudies en achtergronden V23*, Den Haag: WRR, 1981.

WRR 2002

Wetenschappelijk Raad voor het Regeringsbeleid (WRR), *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, Den Haag: WRR, 2002.

WRR 2003

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

WRR 2004

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR), Bewijzen van goede dienstverlening, Den Haag: WRR, 2006.

Zakaria 2003

Fareed Zakaria, The future of freedom. Illiberal democracy at home and abroad, New York: W.W. Norton & Co, 2003.

Van Zaltbommel 1993

L.K. van Zaltbommel, De betekenis van het recht als systeem; proefschrift VU, Zwolle: Tjeenk Willink, 1993.

Zamboni 2004

Mauro Zamboni, The policy of law. A legal theoretical framework, Stockholm: Stockholm University, 2004.

Zelfevaluatie 1999

Zelfevaluatie wetgevingsproces bij het Ministerie van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij, Den Haag: Directie Juridische Zaken van LNV, 1999.

Zicht op wetgeving 1991

Zicht op wetgeving, Een beleidsplan voor de verdere ontwikkeling en uitvoering van het algemeen wetgevingsbeleid, gericht op de verbetering van de rechtsstatelijke en bestuurlijke kwaliteit van het overheidsbeleid, Kamerstukken II 1990-1991, 22 008, nrs. 1-2.

Zijlstra e.a. 2012

S.E. Zijlstra e.a., Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid, Deventer: Kluwer 2012.

Zouridis 2008

Stavros Zouridis, Dialectische disciplineren. Over het contrapunt van bestuur en recht, rede Universiteit van Tilburg, Den Haag: Uitgeverij LEMMA, 2008.

Zouridis 2009

Stavros Zouridis, De dynamiek van bestuur en recht. Over de rechtsstaat als bestuurswetenschappelijk fenomeen, Den Haag: Lemma, 2009.

Zwalve 2009

W.J. Zwalve, 'De codificatiebeweging', *Ars Aequi*, jrg 58 (2009) nr 6 (juni 2009), p. 413-415.

Bijlage 1

A: AANTAL JURISTEN IN EERSTE KAMER 2011

Aantal juristen in Eerste Kamer (na verkiezing 23 mei 2011)

<i>Partij</i>	<i>Aantal zetels</i>	<i>Aantal juristen</i>
VVD	16	9
PvdA	14	3
CDA	11	5
PVV	10	1
SP	8	2
D66	5	5
Groen Links	5	2
Christen Unie	2	0
Partij voor de Dieren	1	0
OSF	1	0
50Plus	1	0
SGP	1	1
Totaal	75	28

Overige disciplines Eerste Kamer vanaf verkiezingen 23 mei 2011

Psychologie	2
Bestuurskunde / bestuurswetenschappen	2
Theologie	3
Geschiedenis	3
Sociologie / sociale wetenschappen	3
Politologie	6
Economie	7
Overige (waarvan 1 per discipline)	6
Totaal	32

B: AANTAL JURISTEN IN EERSTE KAMER 1981

Aantal juristen in Eerste Kamer per 10 juni 1981

<i>Partij</i>	<i>Aantal zetels</i>	<i>Aantal juristen</i>
CDA	26	2
CPN	1	-
D66	4	3
GPV	1	-
PPR	1	1
PvdA	29	5
SGP	1	-
VVD	12	4
Totaal	75	15

Overige disciplines Eerste Kamer per 10 juni 1981

Economie	11
Sociologioe/soc.geogr/cult.antropolotie	5
Civiele techniek	3
Landbouwwetenschappen	2
Overige (waarvan 1 per discipline)	9
Totaal	30

C: AANTAL JURISTEN IN EERSTE KAMER 1951

Aantal juristen in Eerste Kamer per 30 mei 1951

<i>Partij</i>	<i>Aantal zetels</i>	<i>Aantal juristen</i>
ARP	7	3
CHU	5	3
KVP	17	9
PvdA	14	5
VVD	3	2
CPN	4	-
Totaal	50	22

Overige disciplines Eerste Kamer per 30 mei 1951

Civiele techniek	1
Sociale geografie	1
Landbouw	1
Geneeskunde	1
Klassieke letteren	1
Totaal	5

D: AANTAL JURISTEN TWEEDE KAMER 2011

Aantal juristen in Tweede Kamer per 12 juni 2011

<i>Partij</i>	<i>Aantal zetels</i>	<i>Aantal juristen</i>
CDA	21	5
PvdA	30	4
VVD	31	8
PVV	24	5
SP	15	1
D66	10	1
GroenLinks	10	2
Christen Unie	5	-
PvdD	2	1
SGP	2	1
Totaal	150	28

Overige disciplines Tweede Kamer per 12 juni 2011

Politologie	9
Bestuurskunde	8
Economie	8
Talen/Letteren	8
Sociologie	8
Geschiedenis	7
Bedrijfskunde	7
Overige disciplines	14
Totaal	69

E: AANTAL JURISTEN IN TWEEDE KAMER 1981

Aantal juristen in Tweede Kamer per 12 juni 1981

<i>Partij</i>	<i>Aantal zetels</i>	<i>Aantal juristen</i>
CDA	48	12
PvdA	44	9
VVD	26	5
D66	17	6
GroenLinks ¹	93	
SGP	3	-
GPV	1	-
RPF	2	-
Totaal	150	35

Overige disciplines Tweede Kamer per 12 juni 1981

Politologie	10
Economie	14
Sociologie	9
Scheikunde	4
Overige disciplines	18
Totaal	55

1 CPN, PSP en PPR.

F: AANTAL JURISTEN IN TWEEDE KAMER 1951

Aantal juristen in Tweede Kamer per 12 juni 1951

<i>Partij</i>	<i>Aantal zetels</i>	<i>Aantal juristen</i>
CDA ²	54	20
PvdA	27	5
VVD	8	2
GroenLinks ³	8	1
SGP	2	-
KNP ⁴	1	-
Totaal	100	28

Overige disciplines Tweede Kamer per 12 juni 1951

Economie	4
Scheikunde	3
Lanbouw	1
Sociale wetenschappen	1
Civiele techniek	1
Totaal	10

2 ARP, CHU en KVP.

3 CPN.

4 Katholieke Nationale Partij.

Bijlage 2

PERSONEN WAARMEE EEN OF MEER LANGERE GESPREKKEN OF INTERVIEWS ZIJN GEHOUDEN

Mr.dr. E.J. Arkenbout
Directeur Bestuursrechtspraak
Raad van State

Prof.mr. R. Bekker
Hoogleraar Arbeidsvoorwaardenvorming bij de overheid
Universiteit Leiden

Prof.dr. N.M. Blokker
Plv. hoofd Afdeling Internationaal Recht
Ministerie van Buitenlandse Zaken
Hoogleraar Internationaal Institutioneel Recht
Universiteit Leiden

Mr. M.M. den Boer
Directeur Wetgeving en Juridische Zaken
Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport

Mr.dr. J.T.K. Bos
Directeur Wetgeving en Juridische Zaken
Ministerie van Veiligheid en Justitie

Mr. M.Tj. Bouwes
Plv. directeur Wetgeving en Juridische Zaken
Ministerie van Veiligheid en Justitie

Mr. L.J. Clement
Teamhoof Gezondheidsbescherming en Ethiek
Directie Wetgeving en Juridische Zaken
Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport

Mr.dr. E.J. Daalder
Plv. Landsadvocaat
Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn, Den Haag

Mr. H. Dekker
Hoofddirecteur Juridische Zaken
Ministerie van Infrastructuur en Milieu

Mr. G.H. van Dongen
Directeur Wetgeving
Raad van State

Mr. J.P.H. Donner
Vice-president Raad van State
(ten tijde van het interview: minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid)

Prof.dr. Ph. Eijlander
Rector Magnificus
Universiteit van Tilburg

Prof.dr. R.A.J. van Gestel
Hoogleraar Theorie en methode van wetgeving
Universiteit van Tilburg

Mr. J.L.D. Heukers
Programmadirecteur Juridisch instrumentarium natuur en gebiedsinrichting
Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie

Prof. E.M.H. Hirsch Ballin
Hoogleraar Nederlands en Europees constitutioneel recht
Universiteit van Tilburg
Hoogleraar Rechten van de mens
Universiteit van Amsterdam
(ten tijde van het interview: minister van Justitie)

Mr. R.J. Hoekstra
Onderzoeker toezicht op advocaten door lokale dekens
Nederlandse Orde van Advocaten
Oud-Staatsraad

Prof.mr. J.G. de Hoop Scheffer
Hoogleraar Vrede, recht en veiligheid
Universiteit Leiden
Oud-minister van Buitenlandse Zaken

Mr.drs. M.H. Hout
Directeur Wetgeving, Bestuurlijke en Juridische Aangelegenheden
Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid

Prof. G. Hunt
Hoogleraar Filosofie en Ethiek
School of Philosophy, Theology and History
St. Mary's University College, London.

Mr. H.M. Linthorst
Oud-directeur Wetgeving en Juridische Zaken
Ministerie van Economische Zaken

Mr. R.G. Mazel
Plv. directeur Constitutionele Zaken en Wetgeving
Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties

Mr. E.P. Nas
Directeur Wetgeving en Juridische Zaken
Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie

T. Netelenbos
Voorzitter Koninklijke Vereniging van Nederlandse Reders
Oud-minister van Verkeer en Waterstaat

OConnel
Prof. Mary Ellen O'Connell
Robert & Marion Short Chair in Law
University of Notre Dame, South Bend, Indiana

Mr. T.J.M. van Oorschot
Directeur Juridische Zaken
Ministerie van Buitenlandse Zaken

Mr. H. van de Putte CMC MCM
Directeur Van de Putte en Partners

Mr. G.N. Roes
Directeur-Generaal Rechtspleging en Rechtshandhaving
Ministerie van Veiligheid en Justitie

Drs. M.C.F. Verdonk
Eigenaar adviesbureau
Oud-minister voor Vreemdelingenbeleid en Immigratie

Mr. J.A.P. Veringa
Directeur Wetgeving en Juridische Zaken
Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap

Mr.dr. Visser
Directeur European Asylum Support Office, Malta
Voormalig Directeur-Generaal Wetgeving, Internationale Aangelegenheden en
Vreemdelingenzaken
Ministerie van Veiligheid en Justitie

Mr.drs. S. Voortman
Directeur Bestuurlijke en Juridische Zaken
Ministerie van Financiën

Mr. F.G. de Vries
Wetgevingsjurist
Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie

Mr. P.W. de Vries
Voormalig Juridische Adviseur
Ministerie van Justitie

Prof.dr. P.C. Westerman
Hoogleraar Rechtsfilosofie
Rijksuniversiteit Groningen

Prof.mr.dr. S. Zouridis
Hoogleraar Bestuurskunde, in het bijzonder bestuur en recht in strategisch perspectief
Universiteit van Tilburg

Curriculum vitae

Peter van Lochem (geboren 17 mei 1949 te Rotterdam) studeerde Nederlands recht en Sociologie aan de Rijksuniversiteit Utrecht. Vanaf 2003 is hij werkzaam als rector van de Academie voor Wetgeving en van de Academie voor Overheidsjuristen te Den Haag. Daarvoor was hij directeur van het Nederlands Instituut voor Brandweer en Rampenbestrijding (Nibra, 1990-2003). Eerder was hij adjunct-directeur van de Nederlandse Politie Academie (NPA, 1985-1990). Aan de NPA doceerde hij achtereenvolgens Inleiding recht, Strafrecht en Politiekunde (1974-1985). Peter van Lochem is bestuurslid van de vereniging JuristenRijk, van de Vereniging voor Wetgeving en Wetgevingsbeleid en van het Juridisch Genootschap te Zutphen.

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, zijn in 2011 en 2012 verschenen:

- MI-189 M.R. Bruning, M.P. de Jong, T. Liefwaard, P.M. Schuyt, J.E. Doek & T.A.H. Doreleijers, *Wegwijs in het jeugdsanctierecht. Onderzoek naar het juridisch kader voor de zwaarste jeugdsancties in theorie en praktijk*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011, ISBN 978 90 5850 621 4
- MI-190 J.P. van der Leun, E.R. Muller, N. van der Schee, P.M. Schuyt & M.A.H. van der Woude, *De vogel vrij. Liber amicorum prof.dr.mr. Martin Moerings*, Den Haag: Boom Lemma Uitgevers 2011, ISBN 978 90 5961 657 7
- MI-191 M. den Heijer, *Europe and Extraterritorial Asylum* (diss. Leiden) 2011
- MI-192 I. Ievdokymova, *The EU-US SWIFT agreement: which Fate under the Lisbon Data Protection Framework?*, Den Haag: Jongbloed 2011, ISBN 978 90 700 6253 8
- MI-193 R.G. Louw, *Het Nederlands hoger onderwijsrecht*, Leiden: Leiden University Press 2011, ISBN 978 90 8728 132 8, eISBN 978 90 0060 050 8
- MI-194 O.P. van Vliet, *Convergence and Europeanisation. The Political Economy of Social and Labour Market Policies* (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2011, ISBN 978 90 8728 145 8, e-ISBN 978 94 0060 063 8
- MI-195 Y.M. van der Vlugt, *De Nationale ombudsman en behoorlijk politieoptreden* (diss. Leiden, Den Haag: Boom Lemma 2011, ISBN 978 90 5931 7 253
- MI-196 D. Allewijn, *Tussen partijen is in geschil... De bestuursrechter als geschilbeslechter*, (diss. Leiden, Den Haag: Sdu uitgevers 2011, ISBN 978 90 12 38728 6
- MI-197 M.L. Koemans, *The war on antisocial behaviour. Rationales underlying antisocial behaviour policies. Comparing British and Dutch discourse analyses*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ponsen & Looijen 2011, ISBN 978 90 6464 501 3
- MI-198 M. Hagens, *Toezicht op menswaardige behandeling van gedetineerden in Europa. Een onderzoek naar de verhouding tussen het EHRM en het CPT bij de effectivering van het folterverbod*, (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011, ISBN 978 90 585 0714 3
- MI-199 G.O. Reerink, *Toezicht Tenure security for Indonesia's urban poor, A socio-legal study on land, decentralisation, and the rule of law in Bandung*, (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2011, ISBN 978 90 8728 152 6, eISBN 978 94 0060 071 3
- MI-200 F. Schonewille, *Partijautonomie in het relatievevermogensrecht*. (diss. Leiden), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu-Uitgevers 2012, ISBN 978 94 466 0492 2
- MI-201 R.P. Orij, *Societal Determinations of Corporate Social Disclosures. An International Comparative Study*, (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2012, ISBN 978 90 8728 162 5, e-ISBN 978 94 0060 088 1
- MI-202 K.J.O. Jansen, *Informatieplichten. Over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, (diss. Leiden), Kluwer 2012, ISBN 978 90 1310 434 9
- MI-203 T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer: Kluwer 2012, 978 90 1310 377 9
- MI-204 A.G. Castermans, K.J.O. Jansen, M.W. Knigge, P. Memelink & J.H. Nieuwenhuis (eds.), *Foreseen and unforeseen circumstances*, BWKJ nr. 27, Deventer: Kluwer 2012, ISBN 978 90 1310 959 7, eISBN 978 90 1310 960 3
- MI-205 A. Eleveld, *A critical perspective on the reform of Dutch social security law. The case of the life course arrangement*, (diss. Leiden) Leiden University Press 2012, ISBN 978 90 8728 174 8, e-ISBN 978 94 0060 112 3
- MI-206 C.P.M. Cleiren, M.J. Kunst, J.L. van der Leun, G.K. Schoep, J.M. ten Voorde, *Criteria voor strafbaarstelling in een nieuwe dynamiek. Symbolische legitimiteit versus maatschappelijke en sociaalwetenschappelijke realiteit*, Den Haag: Boom Lemma Uitgevers 2012
- MI-207 R.P. ter Haar, *Open Method of Coordination. An analysis of its meaning for the development of a social Europe*, (diss. Leiden), Amsterdam 2012, ISBN 978 94 6190 174 3
- MI-208 A.M. Reneman, *EU asylum procedures and the right to an effective remedy*, (diss. Leiden), Leiden 2012

- MI-209 C. de Kruif, *Onderlinge overheidsaansprakelijkheid voor schendingen van Europees recht. De complexiteit van het adagium 'de veroorzaker betaalt' in een veellagige rechtsorde*, (diss. Leiden), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu-Uitgevers 2012
- MI-210 R. Simarmata, *Indonesian Law and Reality in the Delta. A Socio-Legal Inquiry into Laws, Local Bureaucrats and Natural Resources Management in the Mahakam Delta, East Kalimantan*, (diss. Leiden)
- MI-211 P.J.P.M. van Lochem, *Rechtsrelativering. Een verkenning op het terrein van het overheidshandelen*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, ISBN 978 90 8974 729 7

Zie voor de volledige lijst van publicaties: www.law.leidenuniv.nl/onderzoek