

*G.M.A. van der Heijden, Een filosofie van behoorlijk bestuur. Een verklaring voor de juridische en maatschappelijke functie van de beginselen van behoorlijk bestuur (diss. Amsterdam UvA), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, 289 p.*

Deze dissertatie heeft een tweeledig doel. Van der Heijden probeert primair de vraag te beantwoorden ‘welke opvatting over het systeem van het bestuursrecht geeft de best mogelijke verklaring van het functioneren van de beginselen van behoorlijk bestuur in recht en samenleving’ (p. 15). Hij doet dit door een alternatief systeem van bestuursrecht te ontwikkelen. Hiertoe – en daarin zie ik een tweede doelstelling – ontwikkelt de auteur een methode van rechtsvinding waarin de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (a.b.b.b.) de basis vormen voor de normering van bestuurlijke handelingssituaties.

Na een langere aanloop over Dworkin, Raz en Richardson behandelt Van der Heijden uitvoerig de rechtsfilosofie van Habermas (*Fakzität und Geltung*, Frankfurt a.M. 1992). Van belang voor het betoog zijn met name de drie paradigma’s die Habermas beschrijft: het paradigma van de liberale rechtstaat, dat van de sociale rechtstaat en ten slotte het procedurele rechtsparadigma. Het procedurele rechtsparadigma houdt onder meer in ‘de idee dat

een rechtsorde legitiem is voorzover deze de private en openbare autonomie van het individu waarborgt, en anderzijds deze legitimiteit laat volgen uit de wijze van communiceren, waarin deze autonomie zich kan uiten en bewijzen' (p. 66-67). Van der Heijden aanvaardt Habermas' these dat door de toenemende complexiteit van de maatschappij het individu zelf zoveel mogelijk moet participeren in bestuurlijke besluitvorming. Representatie door volksvertegenwoordiging, rechter en bestuur schiet voor de legitimiteit van bestuur tekort. Legitimiteit constitueert zich doordat betrokkene

This article from *Netherlands Journal of Legal Philosophy* published by Eleven International Publishing and made available to you online by *nomineer bezoeker*

dedigen. De centrale visie die in dit proefschrift wordt verdedigd, kan worden ontleend aan de these van Habermas dat rechtsbescherming tegen bestuurshandelen effectief ontstaat uit participatie van de burger bij bestuurlijke besluitvorming: 'Praktiken der Verwaltungsbeteiligung dürfen freilich nicht nur als Rechtsschutzsurrogate betrachtet werden, sondern als ex ante wirksame Verfahren zur Legitimation von Entscheidungen, die, ihrem normativen Gehalt nach beurteilt, Akte der Gesetzgebung oder Rechtssprechung substituieren' (*Fakzität und Geltung*, p. 431, Van der Heijden, p. 181, noot 299). Van der Heijden ziet de algemene beginselen van behoorlijk bestuur functioneren als een dergelijke participerende, ex ante toetsing van het bestuurshandelen. Deze principes zijn namelijk ook in staat een juridische beleidsanalyse te structureren. Een systematische check volgens een geordende lijst van a.b.b.b. in een cyclisch proces zou zowel de bestuursrechtelijke als de bestuurskundige procesbegeleiding kunnen optimaliseren (p. 198 e.v.). Optimalisatie van bestuurlijk handelen wordt bereikt wanneer men zich tegelijkertijd rekenschap geeft van zowel rechtmatigheid alsook van effectiviteit en efficiëntie (p. 202 e.v.). Een methode van procesmanagement zoals die onder meer te vinden is in het handboek van Rijkswaterstaat Noord-Holland biedt hiervoor een aanknopingspunt. Van der Heijden maakt een casestudy van de wijze waarop de a.b.b.b. in het besluitvormingsproces van het beleidsconvenant *Plan van aanpak Schiphol en Omgeving* (1991) functioneerden. De toets op veertien algemene beginselen van behoorlijk bestuur (van verbod van willekeur tot het formele rechtszekerheidsbeginsel, zie p. 133) moet in het algemeen een bijdrage kunnen leveren aan de rechtsvorming in het bestuursrecht ('beginselfgeleide methode van rechtsvinding'). De aansporing om ex ante systematisch met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur als een cyclisch stappenplan te werken, lijkt een concrete bijdrage in het moeizame project 'onderhandelend bestuur' (zie hierover ook de bijdrage in dit tijdschrift van Th. Holterman, *R&R* 2001/3, p. 242-259). Als systematische analyse van de a.b.b.b. is het betoog mijns inziens te mager (p. 134-135 en 160-167). De theoretische pretentie was verder een *filosofie* van behoorlijk bestuur te leveren en een verklaring voor de functie van de a.b.b.b. Van der Heijden

bindt daartoe de strijd aan met de compensatietheorie van Struycken: de terugtrek van de wetgever en de daarmee gepaard gaande toenemende discretionaire ruimte van het bestuur wordt gecompenseerd door de ontwikkeling van de a.b.b.b. Kern van het bezwaar tegen deze theorie is dat deze zich geheel concentreert op de ex post-toetsing van het bestuurlijk handelen. Van der Heijden wil dat breder zien. De a.b.b.b. vullen niet alleen een leemte van de wet op, maar wat belangrijker is, hij ziet er in een systematische methode van rechtsvinding voor rechter, bestuur en burger.

This article from *Netherlands Journal of Legal Philosophy* is published by *Erasmus International Publishing* and is available to anyone who is an online bezoeker

Compensatie zou een middel tot een onthoudbare free zijn (p. 250). De vullen van der Heijden al lang niet meer om de terugtrek van de wetgever, maar om de eindigheid van het bereik van de wet. De klassieke compensatietheorie (Struycken) gaat uit van een 'retrospectief ijkpunt', waarin de wet voorzorg in een adequate waarborg. De a.b.b.b. vullen in deze opvatting de lacune van de wettelijke waarborgen, nu door de terugtrek de wetgever de afweging van belangen tussen gemeenschap en individu overlaat aan het bestuursorgaan (aldus ook de definitie van 'terugtrek' op p. 4). Tegenover deze 'historiserende' compensatiegedachte (die waarschijnlijk 'onhistorisch' is, aangezien gedurende de gehele negentiende eeuw het bestuur al veel vrijheid had, zodat niet gezegd kan worden dat de wetgever rond de eeuwwisseling 'terugtrad'; zie P. de Haan, Th.G. Drupsteen & R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. I*, Deventer: Kluwer, 2001, p. 102) stelt Van der Heijden een toekomstgerichte benadering: 'de compensatie én realisatiegedachte' (p. 249). De compensatie geldt niet een 'verloren' wettelijke waarborg, maar 'de afwijking van het streven van wetgever en bestuur naar een ideale burgerlijke samenleving' (p. 250).

Dit vormt dan de alternatieve verklaringsgrond voor de a.b.b.b. die Van der Heijden aanvoert (p. 248-256): de a.b.b.b. normeren en structureren het wederkerig proces van rechtsvorming tussen bestuursorganen en individuen (zowel als waarborg evenals als instrument). Deze verklaring wordt verankerd in een 'alternatief systeem van bestuursrecht'. Kern daarvan is dat in het voetspoor van Habermas de nevenschikking van de instrumentele, waarborgende en legitimerende-normerende functie van het bestuursrecht (zie De Haan, Drupsteen & Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, derde druk 1986, deel 1, p. 24-31, deel 2, p. 1-14) wordt doorbroken. De prioriteit behoort te liggen bij het legitimeren van bestuurshandelen. Van der Heijden doet in dat verband tevens een beroep op het integriteitbeginsel van Dworkin. De waarborgende en instrumentele functie geven in 'integere samenhang' invulling aan de legitimerende functie (p. 227). De a.b.b.b. vormen de grondslag van een systeem van instrumentaliteit en waarborg, omdat zij bij uitstek dit instrumentele en borgingskarakter hebben (p. 229). Deze twee kernpunten (geen historische compensatietheorie en de prioriteit van de legitimerende functie van het bestuursrecht boven de instru-

mentele en waarborgfunctie) lijken ook wel zonder Habermas' handelings­theorie en Dworkin's law as integrity te worden aanvaard; zie de vrijwel tegelijkertijd verschenen nieuwe druk van De Haan, Drupsteen & Fernhout (2001), p. 102 resp. 46-47). Van der Heijden huldigt zelf een variant van de compensatietheorie. Niet de historische terugtred van de wetgever ziet hij gecompenseerd, maar het meer principiële tekort in de mogelijkheden van democratische legitimatie van lagere regelgeving en bestuur. Als de historiserende interpretatie van 'terugtred' in de huidige discussie eigenlijk terzijde wordt gelaten (blijft over dat de overheid de invulling en uitwerking van normen en regels overlaat aan het bestuur), heeft de kritiek op Struycken navenant minder impact. De vraag is eerder of de toekomstgerichte interpretatie van Van der Heijden voor het leerstuk van de a.b.b.b dan wel een toereikende verklaring biedt. Voor zijn functionele verklaring door participatieve rechtsvorming grijpt Van der Heijden hier op ontwikkelingen vooruit. Wij moeten nog maar zien of het onderhandelend bestuur de toekomst heeft (zie ook de kritische bespreking van R.J.N. Schlössels, *RM Themis* 2002/4, p. 231-235, met name over de thema's 'machtsvrije discussie' en 'wederkerigheid', p. 233-234). Bovendien is de rol van de a.b.b.b. bij gebonden beschikkingen, waar niet al onderhandelend rechtsvinding plaatsvindt, door deze verklaring niet gedekt (zie De Haan, Drupsteen & Fernhout (2001), p. 102). De gevonden verklaring lijkt mij daarom tenminste niet sluitend voor de betekenis van de a.b.b.b. in het geldend bestuursrecht.

De waarde van het boek ligt mijns inziens niet zozeer in de rechtsfilosofische discussie als zodanig, noch in de analyse van het geldend bestuursrecht, als wel in het feit dat het de mogelijkheden exploreert om beide op elkaar te betrekken. Van der Heijden heeft het procedurele rechtsparadigma van Habermas toekomstgericht van een interessante concrete uitwerking in het bestuursrecht voorzien. Zoals uit het voorwoord (p. V) kan worden opgemaakt, was dit het eigenlijke doel: te bezien of de filosofie voor de praktijk daadwerkelijk bruikbaar kan worden gemaakt.