

*M. Fehling, Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe, Tübingen: Mohr Siebeck 2001, xxiv + 565 p.; E. Gurlit, Verwaltungsvertrag und Gesetz, Tübingen: Mohr Siebeck 2000, xxiv + 692 p.; M. Taggart (ed.), The Province of Administrative Law, Oxford: Hart Publishing 2001, xxviii + 381 p.*

In de klassieke rechtsstaatgedachte wordt het publiekrecht beschouwd als het bevel van een meerdere, van de overheid die boven haar onderdanen staat. Het publiekrecht – strikt gescheiden van het privaatrecht – dient het algemeen belang en is boven alle partijdigheid en belangenstrijd verheven. Omdat het overheidsoptreden ten dienste staat van vrijheid van haar burgers is juridische normering nauwelijks nodig.

De stap ‘van codificatie naar modificatie’ betekende echter dat de wetgever zich zeer actief ging bemoeien (en bemoeit) met de vormgeving van de samenleving ter verwezenlijking van allerlei sociaal-economische en maatschappelijke doelen. De resulterende vloed aan wetgeving leidt tot een toenemende macht van bestuursorganen. Zij zijn vaak nauw betrokken bij de totstandkoming van instrumentele bestuurswetgeving, waardoor hun belangen als ‘uitvoerende macht’ al snel een te groot gewicht krijgen. Bestuursorganen zullen bovendien veelal ook de wettelijke norm moeten concretiseren (dus nader inhoudelijk bepalen) in een besluit – al dan niet nadat zij daartoe zelf eerst nadere regels hebben opgesteld. De lawine aan beleidsregels, zonder kennisname waarvan menig wettekst volstrekt betekenisloos is, wordt daarbij niet alleen veroorzaakt door de aan het bestuur toegekende beleidsvrijheid, maar ook door de onherroepelijk aanwezige beoordelingsruimte.

Past dit alles al moeilijk in de klassieke rechtsstaatgedachte, recente ontwikkelingen als deregulering, privatisering en onderhandelend bestuur maken de bezinning op de eigen aard en functie van het bestuursrecht extra urgent. De door Taggart geredigeerde bundel biedt daartoe een caleidoscopische poging van een vijftiental vertegenwoordigers van de wereld van de common law. Waar de markt oprukt en de staat zich terugtrekt, komt de rechter in de verleiding om de uitoefening van gedereguleerde en geprivatiseerde bevoegdheden te toetsen aan publiekrechtelijke waarden. Omdat de overheid steeds meer gebruikmaakt van het privaatrecht vervaagt bovendien het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht. Hunt lijkt zich daarbij neer te leggen en betoogt dat de rechter de reikwijdte van ‘zijn’ publiekrechtelijke beginselen dan maar moet uitbreiden tot alle vormen van machtsuitoefening waar het algemeen belang in het geding is, ongeacht de bron van die macht (p. 38).

Het in de rechtspraak ontwikkelen en beschermen van publiekrechtelijke beginselen betekent een articulatie van een onafhankelijke basis voor de rechterlijke toetsingsbevoegdheid. Dit staat op gespannen voet met Dicey’s

doctrine van de absolute parlementaire soevereiniteit. Hunt verdedigt daarom een moderner constitutionalisme waarin de democratische legitimatie van het parlement leidt tot een terughoudende rol van de rechter. De rechterlijke zorg voor publiekrechtelijke waarden is een middel naast andere. Aronson meent echter dat zij het exclusieve domein van wetgever en bestuur(spraktijken) zijn.

Oliver ontwaart in de jurisprudentie zeer abstracte publiekrechtelijke waarden als autonomie, waardigheid, respect, 'status' (hoedanigheid) en zekerheid (die samen bijdragen aan de hoogste waarden democratie, participatie en burgerschap). Deze waarden zijn zelf geen rechten (rechten zijn middelen om waarden te beschermen) en abstracter dan (Dworkins) beginselen die er een toepassing van vormen. Het privaatrecht steunt haar inziens op dezelfde vijf waarden. Zij zijn in het geding in geval van een symmetrie in macht, waar het recht machtigere partij verplichtingen oplegt. De vraag is echter wel of deze waarden op dezelfde wijze in het publiekrecht en in het privaatrecht in beginselen en rechtsplichten worden geconcretiseerd. Het concept (publieke en private) macht lijkt hier toch te vaag en te weinig recht te doen aan de domeinspecificiteit van de beide rechtsgebieden. Allison betoogt dan ook terecht dat er serieus werk moet worden gemaakt van het begrip staat (en de specifieke functie van zijn organen) – te lang verwaarloosd in de Engelse rechtstheorie – om de eigen aard van het publiekrecht te kunnen bepalen.

De beide Duitse studies gaan de volle diepte in. De bestuursovereenkomst is fenomeen dat bij uitstek noopt tot reflectie op de eigen aard van het bestuursrecht: kan de wet tot voorwerp van onderhandeling gemaakt worden (legaliteitsbeginsel)? En wat is de verhouding tot het besluitbegrip (eenzijdig bepalen van de rechtsbetrekking door het bestuursorgaan). Hoe verhoudt de bestuursovereenkomst zich tot de privaatrechtelijke overeenkomst. Welke normen zijn van toepassing: bestuursrechtelijke en/of privaatrechtelijke? Maar wat gebeurt er bij een conflict tussen beide? Gurlit gaat uitvoerig in op deze en andere vragen waarbij gebruik wordt gemaakt van een intensieve rechtsvergelijking met de Verenigde Staten; hetgeen niet altijd meevalt. Zo kan in de VS de wetgever bepaalde overeenkomsten sluiten die in Duitsland aan het bestuur voorbehouden zijn, zoals het bestuur daar soms taken vervult die in Duitsland onder de wetgever vallen. De binding van bestuur aan de wet is in de VS bovendien vooral procedureel geconcipieerd – inclusief het rechterlijke toezicht daarop; in tegenstelling tot Duitsland waar precieze materiële normen bestaan. Maar in concrete gevallen komt men in beide landen vaak tot een vergelijkbare oplossing, zo laat Gurlit zien.

Een bestuursorgaan als partij bij een overeenkomst staat op gespannen voet met de eis van onpartijdigheid. Fehling voorziet in de behoefte aan een

grondig onderzoek naar het (bestuurlijk) onpartijdigheidbeginsel. Hij onderscheidt een aantal betekenis mogelijkheden van ‘onpartijdigheid’: onvooringenomenheid, ontbreken van eigen belang bij de beslissing, geen identificatie met particuliere belangen, partijpolitieke neutraliteit, gelijke behandeling van procespartijen (equality of arms) en pluraliteit van gezichtspunten (die elkaar over en weer ‘neutraliseren’). Men kan de eis van onpartijdigheid stellen op het niveau van de individuele ambtenaar, maar ook op het niveau van het bestuur – en zijn organisatie – als geheel. Fehling werkt de verschillende betekenissen op genuanceerde wijze voor de onderscheiden niveaus uit. Daarbij vergelijkt hij steeds met de VS waar de invalshoek vooral procedureel is en niet zozeer (materieel) op de uitkomst gericht. Binding aan de abstract-algemene wet garandeert traditioneel onpartijdige wetstoepassing. Fehling betoogt terecht dat nu het bestuursorgaan vaak zelf de concrete norm bepaalt – eventueel ‘horizontaal’ via bestuursovereenkomsten –, compenserende onpartijdigheidseisen gesteld dienen te worden. Interessant is ook dat hij oog heeft voor de rechtsprekende functie van het bestuur (denk aan administratief beroep) waarbij onvooringenomenheid, ontbreken van eigen belang bij de beslissing en equality of arms extra gewicht krijgen. Mijns inziens geldt hetzelfde voor de bezwaarfase – hoewel deze vaak als bestuurlijke heroverweging of verlengde besluitvorming wordt gekarakteriseerd. Omwille van de rechtsbescherming van de burger moet deze een striktere onpartijdigheidstoets kunnen doorstaan dan de fase van de primaire besluitvorming.