

## ARTIKELEN

# Met recht positie kiezen in een politiek-bestuurlijke omgeving

## Omgaan met de spanning tussen rechtsstatelijke waarden en politiek-bestuurlijke wensen \*

W. Wierenga

### 1. Inleiding

In de literatuur over juristen bij de overheid<sup>1</sup> is de spanning tussen rechtsstatelijke waarden en politiek-bestuurlijke wensen een belangrijk thema. Vooral de vraag 'hoe moeten overheidsjuristen omgaan met deze spanning?' is regelmatig besproken. Vaak wordt daarbij nagedacht over de rollen die een overheidsjurist moet spelen wanneer die spanning zich voordoet. Bekende voorbeelden zijn de overheidsjurist als 'hoeder van de rechtsstaat',<sup>2</sup> als 'ijverige advocaat van de bewindspersoon'<sup>3</sup> of als 'dienaar van het publieke belang'.<sup>4</sup>

Deze literatuur is – over het algemeen – ethisch en rechtsfilosofisch van aard,<sup>5</sup> met een normatief antwoord op de vraag wat een overheidsjurist zou moeten doen. Wanneer dergelijke 'soll'- of 'ought'-uitspraken goed onderbouwd zijn, kan een jurist ervoor kiezen – bewust of onbewust – ze te volgen in zijn dagelijks werk. Tegelijkertijd hebben normatieve 'ought'-uitspraken een belangrijke beperking: het is niet mogelijk om normatieve uitspraken te doen zonder 'bijkomende normatieve premissen'.<sup>6</sup> Daarbij geldt dat het aannemen van de normatieve premissen van de auteur een voorwaarde is voor het aannemen van de conclusies van

\* Dank aan Peter van Lochem, Bert Niemeijer en Stavros Zouridis en Berenschot-collega's Henk Wesseling, Sofie Dreef, Steven Blok en Roeland Stolk voor het meelesen van eerdere versies.

1 In dit artikel worden wetgevingsjuristen gezien als overheidsjuristen.

2 R.A.J. van Gestel, 'Rol van de wetgevingsjurist: zwoegers in het vooronder of professionals in de frontlinie?', *RegelMaat* 2011, p. 5.

3 L.E. Fletcher e.a., 'Defending the Rule of Law: Reconceptualizing Guantanamo Habeas Attorneys', *Connecticut Law Review* 2012, p. 637 en A.C. Hutchinson, 'In the Public Interest: The Responsibilities and Rights of Government Lawyers', *Osgood Hall Law Journal* 2008, p. 118.

4 Hutchinson 2008, p. 106.

5 Vier interessante uitzonderingen op deze regel zijn: P.J.P.M. van Lochem, *Rechtsrelativering. Een verkenning op het terrein van overheidshandelen* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2013, Y. Dotan, *Lawyering for the Rule of Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2014, C.B. Robertson, 'Judgment, Identity and Independence', *Connecticut Law Review* 2009, p. 1-48 en E. Mastenbroek & B. Tholen, 'The Ethical Dilemmas of National Government Lawyers in a Europeanized Setting', paper voor de NIG Annual Conference, Leiden, 13 november 2009.

6 G. De Geest, 'Hoe maken we van de rechtswetenschap een volwaardige wetenschap?', *NJB* 2004, p. 60.

een ethische positie. Wanneer deze normatieve premissen niet bevallen, kan daarmee ook de ethische positie (deels) terzijde worden gelegd.

Dit artikel wil niet nog een bijdrage leveren aan het ethische en filosofische debat over wat overheidsjuristen moeten doen. In deze bijdrage wordt de spanning tussen rechtsstatelijke waarden en politiek-bestuurlijke wensen bestuurskundig benaderd. Daarbij staan twee vragen centraal:

- 1 Wat verklaart de manier waarop overheidsjuristen met deze spanning omgaan?
- 2 Op welke manieren kan er worden gestuurd op de manier waarop overheidsjuristen met deze spanning omgaan?

Deze twee vragen worden beantwoord aan de hand van de volgende kernredenering:

- a De spanning tussen rechtsstatelijke waarden en politiek-bestuurlijke wensen is niet permanent in het werk van overheidsjuristen aanwezig (par. 2).
- b Rechtsstatelijke waarden, politiek-bestuurlijke wensen en de eventuele spanning daartussen definiëren, samen met andere elementen, de positiekeuzeruimte van overheidsjuristen (par. 2).
- c De gedefinieerde positiekeuzeruimte verklaart de positiekeuzes van overheidsjuristen (par. 2).
- d De nabijheid van externe juridische toetsing is de doorslaggevende verklarende factor voor de manier waarop overheidsjuristen omgaan met de spanning tussen rechtsstatelijke waarden en politiek-bestuurlijke wensen (par. 3).
- e De nabijheid van externe juridische toetsing leidt tot de definitie van gereuleerde en politiek-bestuurlijke positiekeuzeruimten (par. 3).
- f Dit inzicht maakt het mogelijk om te sturen op de manier waarop overheidsjuristen omgaan met de spanning tussen rechtsstatelijke waarden en politiek-bestuurlijke wensen (par. 4).

## 2. Rechtsstatelijke waarden en politiek-bestuurlijke wensen, positiekeuzes van overheidsjuristen en de positiekeuzeruimte

In de inleiding werd gesteld dat onderzoek naar positiekeuzes verklaringen kan bieden voor de manier waarop overheidsjuristen omgaan met de spanning tussen rechtsstatelijke waarden en politiek-bestuurlijke wensen. In deze paragraaf wordt deze bewering verder uitgewerkt door eerst de spanning tussen rechtsstatelijke waarden en politiek-bestuurlijke wensen te duiden, vervolgens 'positiekeuze van overheidsjuristen' verder uiteen te zetten, en af te sluiten met een beschrijving van de relatie tussen positiekeuzes en de spanning die rechtsstatelijke waarden en politiek-bestuurlijke wensen kunnen opleveren.

### 2.1 Een eenvoudige duiding van de spanning tussen rechtsstatelijke waarden en politiek-bestuurlijke wensen

Voor de spanning tussen rechtsstatelijke waarden en politiek-bestuurlijke wensen in het werk van overheidsjuristen worden in de literatuur verschillende termen

W. Wierenga

gebruikt. Van Lochem hanteert het begrip ‘positiespanning’<sup>7</sup> en omschrijft de spanning met een vraag: ‘Moet [de overheidsjurist] een 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?’ Dotan ziet een vergelijkbare spanning, maar stelt dat de morele en ethische dilemma’s die uit deze vraag voortkomen relatief zeldzaam zijn.<sup>8</sup> Tot dezelfde constatering komen Tholen en Mastenbroek.<sup>9</sup>

Hoewel de empirische onderzoeksgegevens op basis waarvan Dotan en Tholen en Mastenbroek conclusies trekken, niet geschikt zijn om uitspraken te doen over alle overheidsjuristen, valt in andere publicaties op dat er geen auteurs zijn die stellen dat overheidsjuristen permanent een spanning tussen rechtsstatelijke waarden en politiek-bestuurlijke wensen ervaren. In dit artikel wordt er daarom van uitgegaan dat deze spanning relatief zeldzaam is in het werk van overheidsjuristen. Meer precies geformuleerd: rechtsstatelijke waarden en politiek-bestuurlijke wensen zijn altijd onderdeel van het werk van overheidsjuristen, maar leiden alleen in een beperkt aantal gevallen tot spanning.

## 2.2 Een korte definitie van positiekeuzes van overheidsjuristen

Waar de spanning tussen rechtsstatelijke waarden en politiek-bestuurlijke wensen ziet op een klein deel van het werk van overheidsjuristen, kiezen overheidsjuristen positie in alle situaties waarin zij actief zijn. Of de genoemde spanning zich nu voordoet, of niet.

Het concept ‘positie kiezen’ of ‘positiekeuzes van overheidsjuristen’ kent (nog) geen universeel gedeelde definitie. In dit artikel wordt daarom gewerkt met een werkdefinitie.<sup>10</sup>

Deze werkdefinitie luidt: de waarneembare reactie van een overheidsjurist die zich tijdens werkzaamheden binnen de juridische functie in een situatie geworpen weet. Deze ‘geworpenheid’ van een overheidsjurist is een verbijzondering van de algemene term ‘Geworfenheit’ van Heidegger. Met deze term beschrijft Heidegger dat een mens altijd in-de-wereld is en zich tot die wereld verhoudt.<sup>11</sup>

Toegepast op juristen bij de overheid geldt dat deze juristen tijdens werkzaamheden binnen de juridische functie voortdurend voor de volgende vragen staan: ‘Hoe verhoud ik me tot deze situatie?’ en ‘Wat is en was de beste handeling onder deze omstandigheden?’ Natuurlijk is een overheidsjurist (net als ieder mens) niet de hele tijd bewust bezig met deze vragen. Het handelen van een overheidsjurist

7 Van Lochem 2013, p. 237.

8 Dotan 2014, p. 151.

9 Mastenbroek & Tholen 2009, p. 20.

10 Deze definitie is een werkdefinitie: in het proefschrift dat over dit onderwerp wordt voorbereid, is het empirisch onderbouwd beschrijven van de positiekeuzes van overheidsjuristen een belangrijke doelstelling.

11 K.E. Weick, *Sensemaking in Organisations*, Thousand Oaks: Sage Publications, Inc. 1995, p. 42 en 43.

is meestal niet expliciet. Vaak reageert een overheidsjurist ‘gewoon’ op een situatie en geeft daar tijdens die situatie of desgevraagd achteraf een verklaring voor.

### 2.3 *De verhouding tussen positie kiezen en de spanning tussen rechtsstatelijke waarden en politiek-bestuurlijke wensen: de definiëring van de positiekeuzeruimte*

De rechtsstatelijke waarden en politiek-bestuurlijke wensen zijn vaste onderdelen van de situatie waarin een overheidsjurist zich geworpen weet en waarop hij of zij reageert door positie te kiezen. Tegelijkertijd lijkt slechts in een klein deel van deze situaties sprake te zijn van een spanning tussen rechtsstatelijke waarden en politiek-bestuurlijke wensen.

Anders gezegd, rechtsstatelijke waarden, politiek-bestuurlijke wensen en de eventuele spanning daartussen zijn drie elementen die medebepalend zijn voor de situatie waarin een overheidsjurist positie kiest. Ze definiëren daarmee de ruimte waarbinnen een overheidsjurist positie kiest.

Een voorbeeld kan helpen om dit te verduidelijken.<sup>12</sup> Stel, een overheidsjurist behandelt een bezwaar tegen het niet toekennen van een bijstandsuitkering. De uitkering is niet toegekend omdat de aanvrager niet geregistreerd stond in de Basisregistratie Personen (BRP). Volgens de Participatiewet en relevante jurisprudentie van dat moment is het gemeenten verboden om registratie in de BRP als voorwaarde voor een uitkering op te nemen. Tegelijkertijd heeft de gemeenteraad expliciet in het gemeentelijk beleid laten opnemen dat de aanvrager geregistreerd moet staan in de BRP. In deze situatie wordt de ruimte van de overheidsjurist om positie te kiezen gedefinieerd door:

- de rechtsstatelijke waarde dat de overheid zich aan het recht moet houden;
- de politiek-bestuurlijke wens van de gemeenteraad dat een aanvrager geregistreerd moet staan in de BRP;
- de spanning die ontstaat doordat de politiek-bestuurlijke wens niet in lijn is met het recht.

Echter, naast deze drie elementen is het in dit voorbeeld goed mogelijk dat deze *positiekeuzeruimte* ook gedefinieerd wordt door de professionele ideologie van de overheidsjurist zelf, de tijdsdruk waaronder gereageerd moet worden (de bezwaartermijn), en de machtspositie van de overheidsjurist binnen het bredere krachtenveld van een overheidsorganisatie (een gegronde conceptbeslissing op bezwaar moet ter goedkeuring aan een beleidsdirecteur worden voorgelegd).

12 In deze bijdrage wordt gerapporteerd over een onderzoek naar elf juristen in dienst van dezelfde overheidsorganisatie. Bij de selectie werd gezocht naar zo veel mogelijk verscheidenheid in werkzaamheden. Deze overheidsjuristen zijn gevolgd tijdens hun werk (observatie), hebben veel achtergrondinformatie gedeeld (documentonderzoek) en zijn daarna uitgebreid geïnterviewd. Daarbij stond de vraag centraal: hoe kiezen deze juristen positie en waarom? Van de onderzochte overheidsjuristen zijn zes vrouw en vijf man. Negen van de onderzochte overheidsjuristen werken voor een juridische afdeling en twee voor beleidsafdelingen. Van de elf werkten er vier in bezwaar- en beroepsfuncties. De anderen werkten als adviseur, wetgevingsjurist en leidinggevende.

W. Wierenga

Het is binnen deze positiekeuzeruimte, deze situatie, dat een overheidsjurist zich tijdens zijn werkzaamheden geworpen weet. Het is daarbij belangrijk om op te merken dat deze positiekeuzeruimte subjectieve elementen heeft. Een overheidsjurist die vindt dat het college zijn broodheer is, definieert de positiekeuzeruimte anders dan een overheidsjurist die zich als advocaat van de burger ziet. Maar ook elementen die objectief lijken, bijvoorbeeld de toepassing van rechtsstatelijke waarden, kunnen onder overheidsjuristen variëren. Het is mogelijk dat overheidsjuristen onder vergelijkbare omstandigheden de positiekeuzeruimte, op onderdelen, anders definiëren.<sup>13</sup>

De reactie van de overheidsjurist op deze – deels zelf gedefinieerde – situatie is zijn positiekeuze. Deze positiekeuze heeft, op basis van een eerste empirisch onderzoek, ten minste drie elementen:

- een proces van juridische beoordeling (een proces waarin drie vragen centraal staan: wat is het juridisch kader; wat zijn de relevante feiten; en hoe past het juridisch kader op deze feiten?);
- communicatie (op welke manier communiceer ik met wie?);
- positieverwerving (dit bestaat uit twee onderdelen: het verwerven van een informatiepositie en het verwerven van een machtspositie).

De positiekeuzeruimte levert een belangrijk deel van de verklaring voor deze juridische beoordeling, communicatie en positieverwerving. Toegepast op het bovenstaande voorbeeld is het mogelijk dat de overheidsjurist als volgt positie kiest. Na een proces van juridische beoordeling, waarin het verwerven van een goede informatiepositie veel aandacht kreeg (is deze bezwaarmaker wel woonachtig in deze gemeente?), besluit hij dat de bezwaarmaker gelijk had. Hij stelt een conceptbeslissing op waarin het besluit wordt herroepen en stuurt deze met een kort begeleidend schrijven naar de beleidsdirecteur. Hij laat de beslissing verder aan de beleidsdirecteur. Echter, een andere overheidsjurist kan, vooral op de elementen communicatie en positieverwerving, in vergelijkbare situaties heel andere keuzes maken.

#### *2.4 Conclusie: een analyse van positiekeuzes en positiekeuzeruimten van meerdere overheidsjuristen kan leiden tot het identificeren van patronen die werkzaam zijn onder alle overheidsjuristen*

Dit voorbeeld ziet op één overheidsjurist die een bezwaar afhandelt. Uit een eerste empirisch onderzoek onder elf overheidsjuristen<sup>14</sup> blijkt echter

- dat er elementen zijn in de definitie van de positiekeuzeruimte die steeds terugkomen; en
- dat de drie elementen van positiekeuzes bij iedere overheidsjurist aanwezig zijn.

Door het samenspel tussen positiekeuze en positiekeuzeruimte te onderzoeken is het mogelijk om in de volgende paragraaf een antwoord te geven op de eerste

13 Dit is wat Weick (1995) bedoelt met processen van betekenisgeving.

14 Zie voetnoot 12 voor meer uitleg over het onderzoek.

onderzoeksvraag: wat verklaart de manier waarop overheidsjuristen met de spanning tussen rechtsstatelijke waarden en politiek-bestuurlijke wensen omgaan?

### 3. De nabijheid van externe juridische toetsing als doorslaggevende verklarende factor voor omgaan met de spanning tussen rechtsstatelijke waarden en politiek-bestuurlijke wensen

Voor het vinden van verklaringen voor de manier waarop overheidsjuristen in het algemeen met de spanningen tussen rechtsstatelijke waarden en politiek-bestuurlijke wensen omgaan, is een onderzoek naar één proces van positiekeuze bij één jurist in één situatie niet voldoende. Daarvoor is het waarnemen en bevragen van de positiekeuzes van meerdere overheidsjuristen noodzakelijk. Empirisch onderzoek hiernaar maakt het mogelijk om de verschillende positiekeuzeruimten en positiekeuzes daarbinnen in kaart te brengen.

Uit deze onderzoeksgegevens blijkt dat er één doorslaggevende verklarende factor voor het positie kiezen van overheidsjuristen is: de nabijheid van externe juridische toetsing. In deze paragraaf wordt de doorwerking van deze externe juridische toetsing beschreven op:

- de definiëring van positiekeuzeruimten in gereguleerde en politiek-bestuurlijke positiekeuzeruimten;
- de positiekeuzes van overheidsjuristen; en
- de situatie dat er spanning bestaat tussen rechtsstatelijke waarden en politiek-bestuurlijke wensen.

#### 3.1 *De impact van de nabijheid van externe juridische toetsing op de definiëring van positiekeuzeruimte door overheidsjuristen: gereguleerde en politiek-bestuurlijke positiekeuzeruimten*

Uit de onderzoeksgegevens blijkt dat zodra externe juridische toetsing nabij is,<sup>15</sup> overheidsjuristen tot een heel andere definitie van de positiekeuzeruimte komen. Dit blijkt in de eerste plaats uit hun definitie van het krachtenveld. Daarin geven overheidsjuristen – begrijpelijkerwijs – de rechter een dominante plaats. De volksvertegenwoordiging en het bestuur zijn overwegend abstracte noties binnen het krachtenveld. Beleidsargumenten zijn eerder ondergeschikt aan juridische argumenten. Het recht en de rechtbank bepalen de termijn waarbinnen de overheidsjurist zijn werk moet doen. De overheidsorganisatie kent in deze situaties speciale mandaten en volmachten toe aan overheidsjuristen om bezwaren af te handelen en de organisatie te vertegenwoordigen bij rechters. Daarmee is de machtspositie van overheidsjuristen vaak een gegeven. Regels en procedures zijn zeer bepalend voor deze positiekeuzeruimten: nabije externe juridische toetsing leidt tot gereguleerde positiekeuzeruimten.

- 15 Van nabije externe juridische toetsing is sprake wanneer: (a) de toetsing binnen twee procedurestappen kan ontstaan; (b) er bereidheid verwacht mag worden bij een betrokken partij om iets ter toetsing voor te leggen; en (c) de externe juridische toetsing in potentie aan de realisatie van de opgave in de weg kan staan.

W. Wierenga

Als de rechterlijke toetsing niet nabij is, definiëren overheidsjuristen de positiekeuzeruimte heel anders. De rechter is hooguit een abstracte notie en in het krachtenveld is veel aandacht voor de opvattingen van beleidsambtenaren, bestuurders en politici. Zij bepalen ook de termijnen waarbinnen de overheidsjurist zijn werk moet doen. De machtspositie van overheidsjuristen is onbepaald: iets waar ze zelf voor moeten knokken. Wanneer externe juridische toetsing slechts een abstract gegeven is, opereren overheidsjuristen in een politiek-bestuurlijke positiekeuzeruimte.

### *3.2 De verschillen in positiekeuzes binnen gereguleerde en politiek-bestuurlijke positiekeuzeruimten*

Een overheidsjurist die zich geworpen weet in een gereguleerde positiekeuzeruimte kiest heel anders positie dan een overheidsjurist die zich geworpen weet in een politiek-bestuurlijke positiekeuzeruimte.

In een gereguleerde positiekeuzeruimte worden overheidsjuristen dominanter. In plaats van het 'schetsen van mogelijkheden', leggen overheidsjuristen hun niet-juridische collega's het vuur aan de schenen. Een overheidsjurist noemde zich 'advocaat van de burger' om een houdbare beslissing op bezwaar te kunnen schrijven, een ander stelde zich in de voorbereiding van een voorlopige voorziening op als 'advocaat van de duivel' omdat hij in de voorbereiding nog vervelender vragen stelde dan een rechter gemiddeld doet tijdens een zitting.

Tijdens het onderzoek komt naar voren dat dominante overheidsjuristen positie kiezen op een manier die regelmatig door niet-juridische collega's als 'lastig en moeilijk' wordt ervaren. Er wordt veel ingezoomd op details, die voor de niet-juridische collega onzinnig lijken: 'Je stelt één vraag en krijgt er tien terug.' De ideeën waar de niet-juridische collega al een tijd mee bezig is, worden kritisch bevraagd. Natuurlijk leggen overheidsjuristen uit dat deze vragen nodig zijn om zo goed mogelijk de externe juridische toets te doorstaan: er zijn echter weinig niet-juristen die met plezier door een dergelijk proces gaan.

Een politiek-bestuurlijke positiekeuzeruimte kent vaak een totaal andere startpositie van een overheidsjurist. Als de externe juridische toets alleen een abstracte mogelijkheid is, is het überhaupt verwerven van een positie voor overheidsjuristen een uitdaging op zich. Onder deze omstandigheden zijn overheidsjuristen veel bezig met het ontkrachten van het cliché dat juristen 'lastig en moeilijk' zijn, en proberen vaak door een faciliterende en dienstbare houding een plaats aan tafel te krijgen. Een veelgehoord frame is dat van de 'praktische jurist', die 'kijkt hoe het *wel* kan', tegenover de 'formele jurist', die alleen stelt 'dit zijn de regeltjes, dit is de uitkomst', ook als dat politiek-bestuurlijk geen gewenste uitkomst is.

Het verschil in positiekeuzes tussen politiek-bestuurlijke en gereguleerde positiekeuzeruimten is te vergelijken met muziek. Overheidsjuristen in gereguleerde positiekeuzeruimten voeren allemaal dezelfde sonate van Chopin uit. De noten zijn hetzelfde, maar door het leggen van andere accenten zijn de uitvoeringen alleen door kenners goed te onderscheiden. Overheidsjuristen actief in politiek-bestuurlijke positiekeuzeruimten zijn eerder jazzmuzikanten die op geheel eigen



wijze dezelfde *standards* uitvoeren, waarbij de uitvoering zo kan verschillen, dat veel mensen niet doorhebben dat het om hetzelfde lied gaat.

Tot nu toe zijn de positiekeuzes van wetgevingsjuristen bij departementen nog geen voorwerp van onderzoek geweest. Te verwachten valt dat wetgevingsjuristen actief zijn in zowel politiek-bestuurlijke als gereguleerde positiekeuzeruimten. Ook is het goed mogelijk dat de definiëring van de positiekeuzeruimte varieert binnen of tussen wetgevingstrajecten. Bijvoorbeeld, op basis van dit onderzoek kan de hypothese worden geformuleerd dat een overheidsjurist die meewerkt aan het opstellen van een ministeriële regeling de positiekeuzeruimte anders definiëert dan een overheidsjurist die meewerkt aan de totstandkoming van een algemene maatregel van bestuur. Een ministeriële regeling gaat immers niet langs de externe juridische toetsen van Justitie en Veiligheid en de Raad van State,<sup>16</sup> de algemene maatregel van bestuur wel. Daaraan gerelateerd is het goed mogelijk dat de huidige ontwikkelingen rond exceptieve toetsing invloed hebben op de definiëring van de positiekeuzeruimten van overheidsjuristen.<sup>17</sup> Exceptieve toetsing brengt namelijk externe juridische toetsing nabij, waardoor er een gereguleerde positiekeuzeruimte ontstaat die eerder politiek-bestuurlijk was. De uitspraak in de klimaatzaak *Urgenda*<sup>18</sup> kan een vergelijkbaar effect hebben.

### 3.3 *De spanning tussen rechtsstatelijke waarden en politiek-bestuurlijke wensen en de verklarende kracht van de nabijheid van externe juridische toetsing*

In deze paragraaf wordt de eerste onderzoeksvraag beantwoord: wat verklaart de manier waarop overheidsjuristen met de spanning tussen rechtsstatelijke waarden en politiek-bestuurlijke wensen omgaan? Een kort antwoord is: de nabijheid van externe juridische toetsing. Wanneer deze toetsing nabij is, ontstaat een gereguleerde positiekeuzeruimte, wanneer deze toetsing slechts een abstracte notie is, ontstaat een politiek-bestuurlijke positiekeuzeruimte. Het type positiekeuzeruimte waarin een overheidsjurist zich bevindt, verklaart de manier waarop overheidsjuristen met de spanning omgaan in hun positiekeuze. In tabel 1 is dit – in abstracte en daarmee reducerende typering – uitgewerkt aan de hand van de drie elementen van positiekeuze.

## 4. Drie adviezen voor het omgaan met de spanning tussen rechtsstatelijke waarden en politiek-bestuurlijke wensen

In deze laatste paragraaf wordt – aan de hand van drie adviezen – beschreven op welke manieren er gestuurd kan worden op de wijze waarop overheidsjuristen omgaan met de spanning tussen rechtsstatelijke waarden en politiek-bestuurlijke wensen.

16 In het besef dat de toets van de Raad van State afdoen als externe juridische toetsing wellicht een andere toets suggereert dan de Raad van State uitvoert.

17 Zie bijv. conclusie Widdershoven: ABRvS 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557.

18 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006.



W. Wierenga

**Tabel 1**      **Positiekeuzeruimten**

<b>Element positiekeuze</b>	<b>Gereguleerde positiekeuze-ruimte</b>	<b>Politiek-bestuurlijke positiekeuzeruimte</b>
Proces juridische beoordeling	Gericht op de rechtsstatelijke waarden, ongeacht de politiek-bestuurlijke wenselijkheid van de uitkomst van het proces	Gericht op de politiek-bestuurlijke wenselijkheid van de uitkomst van het proces, zo veel mogelijk met behoud van rechtsstatelijke waarden
Positieverwerving	Alleen gericht op het verwerven van een goede informatiepositie, zodat de feiten waarop het recht wordt toegepast helder zijn	Vaker gericht op machtsverwerving; informatieverwerving vaker uitbesteed aan medewerkers of externe juristen (bijv. advocaten)
Communicatie	Juridische redeneringen verpakt in vaak juridische producten als beslissingen op bezwaar en regelgeving	Politieke, beleidsmatige of financiële framing van juridische argumenten in beleidsstukken of aan tafel bij beslis-sers

*Advies I: de spanning tussen rechtsstatelijke waarden en politiek-bestuurlijke wensen doet zich voor in gereguleerde en politiek-bestuurlijke positiekeuzeruimte, maar heeft per ruimte een andere impact op de positiekeuzes van overheidsjuristen. Formuleer daarom verschillend beleid voor het omgaan met deze spanning.*

Tijdens het onderzoek werd duidelijk dat overheidsjuristen die actief zijn in gereguleerde positiekeuzeruimten heel anders met de spanning tussen politiek-bestuurlijke wensen en rechtsstatelijke waarden omgaan dan hun collega's in politiek-bestuurlijke positiekeuzeruimten. In de gereguleerde positiekeuzeruimte staan overheidsjuristen pal voor de rechtsstatelijke waarden, maar zijn politiek-bestuurlijke wensen slechts een abstractie. Het lijkt erop dat de manier waarop overheidsjuristen positie kiezen in de gereguleerde positiekeuzeruimte een grote bijdrage levert aan clichébeelden van overheidsjuristen als lastige, niet politiek sensitieve en kritische professionals. Tegelijkertijd zijn deze positiekeuzes in de gereguleerde positiekeuzeruimte hard nodig om externe juridische toetsing succesvol te doorstaan. Wanneer overheidsjuristen alles op zijn beloop laten, is de kans groter op vernietigende dicta van de Raad van State of vernederingen in de rechtszaal.

Voor overheidsjuristen actief in politiek-bestuurlijke positiekeuzeruimten zijn de wensen van politiek, bestuur en beleid juist dominant en is de rechterlijke toets een abstractie. Wanneer een overheidsjurist in deze situatie op dezelfde manier positie kiest als een overheidsjurist in de gereguleerde positiekeuzeruimte, is de kans aanwezig dat dit een negatief effect heeft op zijn of haar machtspositie. Politici, bestuurders en beleidsmakers zijn doelgericht en willen vooral horen hoe het *wel* kan. Overheidsjuristen die, naar hun gevoel, alleen maar juridisch geformuleerde hindernissen opwerpen, worden gemeden.

In situaties waarin er spanning is tussen rechtsstatelijke waarden en politiek-bestuurlijke wensen staan overheidsjuristen in beide typen positiekeuzeruimten voor andere uitdagingen. Overheidsjuristen in gereguleerde positiekeuzeruimten kunnen in deze situaties proberen om van de politiek-bestuurlijke wensen meer

te maken dan een abstractie. Dit kan het best door aan tafel te komen bij de bestuurder. Andersom geldt dat overheidsjuristen in politiek-bestuurlijke positiekeuzeruimten sneller geneigd zijn om mee te bewegen, met mogelijkerwijs onrechtmatige uitkomsten tot gevolg. Dit kan het best worden voorkomen door een kritische overheidsjurist die vooral actief is in de gereguleerde positiekeuze-ruimte de tijd te geven om mee te denken. De gereguleerde positiekeuze-ruimte vraagt om een extra scheut politiek-bestuurlijk denken en de politiek-bestuurlijke positiekeuze-ruimte vraagt om een extra scheut rechtsstatelijke waarden.

*Advies II: wanneer wetswijzigingen of rechterlijke uitspraken leiden tot wijzigingen in de nabijheid van externe juridische toetsing, speel dan in op de verandering in positiekeuze-ruimte die dit tot gevolg heeft.*

De afstand tot externe juridische toetsing is niet steeds hetzelfde. Deze afstand kan veranderen door een wetswijziging of door een rechterlijke uitspraak. Een goed voorbeeld van dit eerste is het plaatsen van besluiten op de lijst in bijlage 2 van de Awb. Een dergelijke plaatsing verandert niet alleen de positie van een belanghebbende bij een besluit, maar – zeer waarschijnlijk – ook de manier waarop overheidsjuristen positie kiezen. De externe juridische toets wordt namelijk een abstract gegeven. Dit gaat ertoe leiden dat er – in het algemeen en over de tijd – minder waarde wordt toegekend aan rechtsstatelijke waarden indien er spanning is met politiek-bestuurlijke wensen. Andersom geldt dat het regelmatigere toepassen van exceptieve toetsing in relatie tot ministeriële regelingen (die niet langs de externe juridische toets van de Afdeling advisering van de Raad van State lopen) de afstand tot externe juridische toetsing verkleint (zie par. 3). In deze situatie is de politiek-bestuurlijke wens eerder een abstractie en worden rechtsstatelijke waarden belangrijker.

Deze effecten van uitbreiding of beperkingen van externe juridische toetsing vinden niet in één keer plaats. Wanneer door exceptieve toetsing externe juridische toetsing reëler wordt, is het effect waarschijnlijk pas volledig zichtbaar wanneer (veel van) de betrokken ambtenaren niet langer bij het dossier zijn betrokken. Tot die tijd zullen eerdere samenwerkingspatronen de doorslag geven.

Wanneer zich een beperking of uitbreiding van externe juridische toetsing voordoet, is het raadzaam om na te gaan welke impact de verandering heeft op de balans tussen rechtsstatelijke waarden en politiek-bestuurlijke wensen. Is de verwachting dat het vaker gaat leiden tot spanningen? Welke waarden of wensen worden verzwakt door de verandering? En welk effect kan – op lange termijn – worden verwacht op de positiekeuzes van de betrokken overheidsjuristen? Worden ze dominantier? Of moeten ze juist harder gaan werken om überhaupt aan tafel te komen? En welke maatregelen kunnen worden genomen om negatieve effecten tegen te gaan?

W. Wierenga

*Advies III: voor wetgevingsjuristen geldt dat de positiekeuzeruimte per dossier kan wisselen tussen gereguleerd en politiek-bestuurlijk. Probeer dat gegeven bewust mee te nemen tijdens het positie kiezen.*

Wetgevingsjuristen wisselen in hun werk tussen gereguleerde en politiek-bestuurlijke positiekeuzeruimten. Hoewel het afhangt van de precieze organisatie van de juridische functie, geldt voor veel wetgevingsjuristen dat ze bijdragen aan het opstellen van wetten, algemene maatregelen van bestuur (hierna: amvb's) en regelingen, maar ook aan andere juridische producten, zoals complexe beslissingen op bezwaar, Wet openbaarheid van bestuur (Wob)-verzoeken of beleidsregels. Ook zijn er wetgevingsjuristen die als partner van beleid aan de voorkant meedenken in beleidsprocessen.

Sommige van deze werkzaamheden leiden tot gereguleerde positiekeuzeruimten (beslissingen op bezwaar, Wob-verzoeken, wetten, amvb's<sup>19</sup>) en andere tot politiek-bestuurlijke positiekeuzeruimten (regelingen, beleidsregels, beleidsvoorbereiding). Dit betekent, in lijn met het eerdere muziekvoorbeeld, dat wetgevingsjuristen soms een pianosonate van Chopin uitvoeren en soms moeten improviseren in een jazzcombo. Dit maakt het vak een mooi beroep, maar vraagt ook veel: er zijn weinig pianisten die op een hoog niveau een pianosonate van Chopin kunnen spelen en soepel kunnen improviseren in een jazzcombo. Hoewel een pianist op dezelfde piano, met dezelfde handen, dezelfde toetsen aanslaat, vragen beide situaties een heel andere manier van spelen. Het is daarmee niet alleen een kwestie van techniek, maar vergt ook een groot bewustzijn voor wat in een specifieke situatie gevraagd wordt.

## 5. Conclusie

In de inleiding werd beschreven dat de literatuur over overheidsjuristen overwegend ethisch en rechtsfilosofisch van aard is. Daarbij staat vaak de vraag centraal: op welke wijze kunnen overheidsjuristen op een goede manier omgaan met de spanning tussen rechtsstatelijke waarden en politiek-bestuurlijke wensen? Het is een vraag die aanzet tot een ethische reflectie en een goede vraag om te stellen en gesteld te krijgen. Tegelijkertijd heeft deze reflectie weinig waarde wanneer zij geen impact heeft op de manier waarop overheidsjuristen in de praktijk met deze spanning omgaan.

Om overheidsjuristen in staat te stellen de daad bij het woord te voegen, is het noodzakelijk om te begrijpen hoe overheidsjuristen omgaan met de spanning tussen rechtsstatelijke waarden en politiek-bestuurlijke wensen. In deze bijdrage wordt daarom de vraag beantwoord: wat verklaart de manier waarop overheidsjuristen met deze spanning omgaan? Op basis van een eerste empirisch onderzoek is een antwoord op deze vraag: de nabijheid van externe juridische toetsing. Wanneer deze toetsing nabij is en er is sprake van spanning tussen rechtsstatelijke waarden en politiek-bestuurlijke wensen, geven overheidsjuristen overwe-

<sup>19</sup> Deze zijn voorwerp van een externe juridische toets, ministeriële regelingen niet.

gend veel gewicht aan rechtsstatelijke waarden en zijn politiek-bestuurlijke wensen minder belangrijk. Wanneer externe juridische toetsing slechts een abstracte mogelijkheid is, geven overheidsjuristen overwegend veel gewicht aan politiek-bestuurlijke wensen.

In deze bijdrage wordt dit verder uitgewerkt in een theorie over positiekeuzes van overheidsjuristen en de positiekeuzeruimten waarbinnen deze keuzes plaatsvinden. Deze theorie maakt het mogelijk antwoord te geven op de tweede onderzoeksvraag van deze bijdrage: op welke manieren kan er worden gestuurd op de manier waarop overheidsjuristen met deze spanning omgaan? Een antwoord op deze vraag maakt het mogelijk om de uitkomst van een ethische reflectie over de spanning tussen rechtsstatelijke waarden en politiek-bestuurlijke wensen meer van invloed te laten zijn op de manier waarop overheidsjuristen in de praktijk met deze spanning omgaan.

Het antwoord op deze tweede onderzoeksvraag luidt: door een onderscheid te maken tussen gereguleerde en politiek-bestuurlijke positiekeuzeruimten kan gericht gestuurd worden. Voor overheidsjuristen die omgaan met deze spanning in gereguleerde positiekeuzeruimten is sturing op voldoende aandacht voor politiek-bestuurlijke wensen van belang. Voor overheidsjuristen in politiek-bestuurlijke positiekeuzeruimten geldt dat de sturing gericht moet zijn op voldoende naleving van rechtsstatelijke waarden.