Downloaded from UvA-DARE, the institutional repository of the University of Amsterdam (UvA)
http://dare.uva.nl/document/58953

File ID	58953
Filename	SAMENVATTING

SOURCE (OR PART OF THE FOLLOWING SOURCE):

Type	Dissertation
Title	Een filosofie van behoorlijk bestuur : een verklaring voor de juridische en de maatschappelijke functie van de beginselen van behoorlijk bestuur
Author	G.M.A. van der Heijden
Faculty	University of Amsterdam Faculty of Law
Year	2001
Pages	289
ISBN	90 271 5279 9

FULL BIBLIOGRAPHIC DETAILS:
http://dare.uva.nl/record/220489

Copyright

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use.

UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (http://dare.uva.nl)

SAMENVATTING

In een bestuurlijke handelingssituatie kunnen normen als zorgvuldigheid, vertrouwen, gelijkheid en evenredigheid van toepassing zijn. In het bestuursrecht zijn deze normen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Zij hebben een functie als leidraad bij het handelen van de centrale actoren in het bestuursrecht: wetgever, bestuur, rechter en burger. In het eerste hoofdstuk komt om te beginnen een veel gehoorde verklaring voor deze functie aan de orde (1.2). Dat is de *compensatietheorie*, waarin de beginselen van behoorlijk bestuur de burger compenseren voor een verlies aan wettelijke waarborgen bij een voortgaande terugtred van de wetgever. Deze theorie biedt een verreikende verklaring voor de functie van de beginselen van behoorlijk bestuur in recht en samenleving, maar stelling is dat deze uiteindelijk tekortschiet. Met het oog daarop worden vier tekortkomingen geformuleerd.

Doel van dit onderzoek is om een benadering te beproeven die de compensatietheorie aanvult en nuanceert. Hoofdvraag is: 'Is er een meer bevredigende verklaring dan de compensatietheorie te vinden voor het functioneren van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in recht en samenleving?' Beantwoording van deze vraag gaat aan de hand van onderzoek naar twee hypotheses:

Hypothese 1 De juridische functie van de beginselen van behoorlijk bestuur is het bieden van een grondslag aan een systeem van bestuursrecht waaruit een methode van rechtsvinding volgt voor rechter, bestuur en burger.

Hypothese 2 De maatschappelijke functie van de beginselen van behoorlijk bestuur is de integratie van een gedifferentieerde samenleving.

Onderzoek naar deze beide hypotheses gebeurt door het schetsen van een systeem van bestuursrecht. Het creëren van een dergelijk systeem is een belangrijke basis voor het doen van uitspraken over de functie van de beginselen van behoorlijk bestuur. De functie die de beginselen van behoorlijk bestuur vervullen bij de rechtsvinding is in de eerste plaats hun juridische functie (1.3). Door de beslissing die daar valt, hebben zij invloed op de vormgeving en vooral de integratie van de

samenleving, en dat is hun maatschappelijke functie (1.4). In dit boek komt niet alleen de wijze van rechtsvinding van de rechter aan de orde, maar van drie centrale actoren in het bestuursrecht: bestuur, rechter en burger. Op deze wijze ontstaat niet alleen een methode van rechtsvinding die de rechter kan toepassen bij de beoordeling van een zaak nádat een besluit is genomen, maar ook een methode die bestuur en burger kunnen toepassen bij de voorbereiding van een besluit. In een voorlopige conclusie met betrekking tot het voorgaande moeten dan de probleemstelling, het doel en de onderzoeksvragen van deze dissertatie duidelijk worden (1.5). Ten slotte volgt een overzicht van de opzet van de rest van dit boek (1.6).

In het tweede en derde hoofdstuk komt een drietal schrijvers aan bod die met hun werk steun bieden voor dit onderzoek. Dat zijn in het tweede hoofdstuk Dworkin en Richardson, en Habermas in het derde. In het licht van het doel van dit proefschrift vindt een verbinding van hun werk plaats. Daartoe komen ook Raz en om te beginnen Hart aan bod (2.2), omdat Dworkins aanvankelijke theorie als basis heeft een controverse met Hart, en Raz de voornaamste kritiek op Dworkin weergeeft. Twee onderwerpen uit de aanvankelijke theorie krijgen een aparte bespreking, omdat die later in dit proefschrift meer aandacht krijgen. Dat betreft het bekende onderscheid dat Dworkin heeft aangebracht tussen regels en beginselen, en het onderscheid tussen recht en beleid.

Essentieel voor Dworkins aanvankelijke theorie is de zogenaamde rechtenthese die stelt dat rechters hun beslissingen laten volgen uit de rechten en plichten die behoren tot het huidige bestand van het recht. Hieruit volgt de these van het juiste antwoord. Deze stelt dat de rechter van mening is dat recht als een coherent en consistent geheel is te construeren, waaruit vervolgens op consistente en coherente wijze één juist antwoord op een rechtsvraag is af te leiden. Een menselijke rechter zal niet in staat zijn om steeds de juiste oplossing te vinden. Om deze reden voert Dworkin een bovenmenselijke rechter ten tonele, Hercules.

Dworkins latere theorie geeft een filosofische verdieping aan de aanvankelijke theorie. Dit is niet te begrijpen zonder te wijzen op de filosofische methode van interpretatie waar Dworkin gebruik van maakt, de zogenaamde constructieve methode. De gemeenschap is de auteur van de rechtspraktijk. Interpretatie geschiedt door deze praktijk, en ook de politieke praktijk, te zien als uitdrukking van de geest van de gemeenschap. Om dat verder te verhelderen voert Dworkin drie

idealen aan, die centraal staan in zijn theorie: integriteit, fairness, en rechtvaardigheid. Beslissingen moeten niet alleen fair en rechtvaardig zijn, maar ook in overeenstemming zijn met het ideaalbeeld van de ware gemeenschap. Dit ideaalbeeld is een samenhangend geheel, dat een zo goed mogelijke beeld geeft van de politieke en juridische praktijk. Past een beslissing niet in deze samenhang, dan schendt dat de integriteit (2.3).

Richardson (2.4) onderzoekt methodes van redeneren over wat een persoon of groep moreel behoort te doen onder gegeven omstandigheden. Zijn doel is om een alternatief voor bestaande methodes te ontwerpen. Hij maakt daartoe een onderscheid tussen het 'goede' en het 'juiste'. Het goede is nastrevenswaardig, het is als zodanig de moeite van het nastreven waard, omdat wij het op psychologische en rationele gronden erkennen als een waarde die deze moeite loont. Een individuele of gemeenschappelijke handeling is juist wanneer deze, grof gezegd, conform de geschikte of meest redelijke beginselen is. Beginselen dienen zich aan als mogelijke beperkingen bij het nastreven van het goede door te stellen wat juist is. Richardsons alternatieve methode voor moreel redeneren is de methode van de pragmatische herziening. Herzien wil zeggen dat een overweging in termen van het goede herzien wordt in termen van het juiste, en omgekeerd. Het idee is dat een actor zich niet uitsluitend moet laten leiden door het maximaliseren van het goede, noch uitsluitend door een systeem van de meest redelijke beginselen.

Morele oordelen die in het teken staan van een streven naar het goede passen in de doctrine van het consequentionalisme, en oordelen in het teken van het juiste in de doctrine van de deontologie. Net zoals Richardson komt met het alternatief van de pragmatische herziening, komt hij met een alternatief voor consequentionalisme en deontologie: 'constructief ethisch pragmatisme', de juiste handeling is de handeling die ondersteund wordt door die opvatting van het goede waar beginselen het best in passen, oftewel de handeling die ondersteund wordt door die beginselen waar het best een opvatting van het goede in past. Tot slot van het tweede hoofdstuk worden de theorieën van Dworkin en Richardson zoveel mogelijk met elkaar verbonden (2.5). Een overeenkomst is dat zij beide gebruik maken van constructieve interpretatie. Een belangrijk verschil tussen Dworkin en Richardson is dat Dworkin deontologische normen ziet als troeven. Richardson daarentegen wil noch voor de deontologie, noch voor het consequentionalisme kiezen.

'Theorie van het communicatieve handelen' is zowel de titel van het belangrijkste boek als de benaming van de belangrijkste ideeën van Habermas. Voorafgaand aan een uiteenzetting over de rechtstheorie van Habermas vindt met behulp van Koningsveld en Mertens enige verdieping plaats in deze theorie (3.2). Hart van het werk van Habermas is zijn geloof in de rede, rationaliteit. Hij plaatst de rede in de taal. Een discourstheoretische benadering van het recht legt de functie van het recht hierin bloot en verklaart hoe het recht als sociaal verschijnsel volgt uit de taal. Hiermee is nog geen verklaring gegeven voor het gegeven dat rechtsgenoten dit recht als legitiem ervaren (3.3). De moraal staat niet hiërarchisch boven het recht en is derhalve geen grondslag voor deze legitimiteit. Habermas vindt deze grondslag in het discoursprincipe.

Het discoursprincipe staat neutraal ten opzichte van morele, juridische en ook ethische normen. Het legt inhoudelijk niets vast omtrent deze normen en andere normen, maar eist wel dat alleen die normen geldig zijn waar allen mee zouden kunnen instemmen die deelnemen aan een rationeel discours. Het democratieprincipe heeft als afgeleide van het discoursprincipe de rol van argumentatieregel in het juridisch discours en heeft betrekking op die handelingsnormen die rechtsnormen zijn. Het democratiebeginsel is de argumentatieregel die maakt dat alle autonome burgers kunnen instemmen met de vaststelling van rechtsregels. Deze situatie ontstaat wanneer subjectief en objectief recht en mensenrechten en volkssoevereiniteit met elkaar in harmonie zijn. In die situatie komen burgers tot de vaststelling van positief recht dat legitiem is (3.4).

Habermas onderscheidt het paradigma van de liberale rechtsstaat, dat van de sociale rechtsstaat en het procedurele rechtsparadigma (3.5). Daartoe behoren respectievelijk het formele, materiële en procedurele recht. De reflexiviteit van het recht maakt dat deze zich aanbieden als alternatieven. Dat stelt de wetgever voor de keuze, waarbij hij kan afzien van het formele recht, dat wil zeggen de algemene en abstracte wet, en er ook van kan afzien zelf op te treden door middel van het stellen van materiële rechtsnormen. Op dat moment laat de wetgever de besluitvorming over aan rechter, bestuur, of partijen uit de samenleving. Zij moeten in deze besluitvorming voldoen aan procedurele rechtsnormen.

Om tot de vaststelling van legitiem recht te kunnen komen, moeten rechter, bestuur, of partijen uit de samenleving in ieder geval voldoen aan de voorwaarde dat betrokkenen hun rechten in een open debat in een geregelde procedure kunnen verdedigen. In dit debat kan langs

democratische weg communicatieve macht tot stand komen, die zich onderscheidt van geweld. Het is deze macht die wetgever, bestuur en rechter legitimeert, en die vorm geeft aan de samenleving op een wijze die garandeert dat de samenhangende rechten van het individu tot leven komen. Tot slot komt het verband tussen de theorieën van Dworkin, Habermas en Richardson aan de orde (3.6).

De problematische situatie die om handelend optreden vraagt, is de zogenaamde handelingssituatie. In deze situatie komen actoren bijeen om voor een maatschappelijk tekort een oplossing te bedenken, en om te besluiten hoe zij die oplossing zullen uitvoeren. De handelingssituatie is maatschappelijk een centraal object van het denken. Dat wil zeggen dat veel van onze inspanningen om de samenleving op orde te houden en te verbeteren zich richten op handelingssituaties, waarbij het recht zich expliciet richt op normering van deze situatie. Het bestuursrecht heeft betrekking op de handelingssituatie waarin het bestuur tot een besluit moet komen. Een centrale stelling in dit boek is dat bestuursrechtelijke rechtsvinding plaatsvindt aan de hand van de elementen van de bestuurlijke handelingssituatie.

Om deze centrale stelling te onderbouwen zal in de eerste plaats helder moeten worden wat de handelingssituatie precies is. Dat gebeurt door deze situatie met behulp van het werk van Habermas en van Glastra van Loon te ontleden in de elementen waaruit zij is opgebouwd: actor, beslissing, doel, middel, belang, norm, macht. Bij Habermas gebeurt dat door aan de hand van het onderscheid tussen het instrumentele, strategische en communicatieve handelen te kijken uit welke elementen de handelingssituatie bestaat. Het werk van Glastra van Loon voegt hier niet werkelijk nieuwe elementen aan toe, maar opvallend is de overeenkomst (4.2).

Een duidelijke bepaling van de handelingssituatie leidt, naast het ontleden in elementen, in de tweede plaats tot een beschrijving van de ontwikkeling van de handelingssituatie. Dat is de ontwikkeling tot een prominent verschijnsel in het denken over de samenleving en het recht in het algemeen, en in het bestuursrecht in het bijzonder. De beschrijving van deze ontwikkeling begint met de constatering dat het dagelijks leven in toenemende mate uit handelingssituaties bestaat. De actoren redeneren daarmee in termen van doel, middel, belang, enzovoort. Dat is de rationalisering van de samenleving, die ook het recht treft. Rationalisering van het recht betekent plaatsing van het recht in een handelingstheoretisch perspectief. Het is een reconstructie van de werkelijkheid in termen van doel, middel, beslissing, belang, actor. In

deze reconstructie hebben rechtsnormen betrekking op besluitvorming en belangenafweging, en is de wet het resultaat van besluitvorming en belangenafweging. De rationalisering van de samenleving heeft de handelingssituatie prominent gemaakt. Dat heeft diverse gevolgen voor het recht, en in het bijzonder voor het bestuursrecht (4.3).

In de derde plaats volgt een beschrijving van de verhouding tussen bestuur en burger in de bestuurlijke handelingssituatie (4.4). De beginselen van behoorlijk bestuur onderscheiden zich van andere beginselen door het feit dat zij betrekking hebben op het publieke besluit, en op actoren met een bijzondere onderlinge verhouding. Velen beschrijven deze verhouding tegenwoordig als wederkerig. Dat wil zeggen dat bestuur en burger door middel van interactie of zelfs onderhandeling het bestuurlijk besluit voorbereiden. Dit geeft de bestuurlijke handelingssituatie een bijzonder karakter, en dat heeft gevolgen voor de interpretatie van de beginselen die van toepassing zijn op deze situatie. In dit hoofdstuk is dat uiteengezet. Daarbij komt aan de orde het feit dat een wederkerige verhouding in meer of mindere mate (a)symmetrisch kan zijn. Wederkerig, of tweezijdig bestuursrecht brengt ook verplichtingen voor de burger met zich mee om zich rekenschap te geven van de beginselen van behoorlijk bestuur. Doel van deze drie stappen is om uiteindelijk te komen tot een totaalbeeld van de handelingssituatie waar de beginselen van behoorlijk bestuur betrekking op hebben.

Habermas en Glastra van Loon beschouwen normen als element van de handelingssituatie. Aangezien de beginselen van behoorlijk bestuur het onderwerp van onderzoek zijn in dit boek, is er aparte aandacht voor de plaats in de handelingssituatie van het element norm, en in het bijzonder de beginselen van behoorlijk bestuur. Een eerste stap bestaat uit een behandeling van het verschijnsel norm, opdat duidelijk wordt welke rol normen spelen in de handelingssituatie, en wanneer er sprake is van een rechtsnorm (5.2). Een tweede stap bestaat uit een behandeling van twee normen die in het sociale verkeer van het grootste belang zijn, effectiviteit en efficiëntie (5.3). Deze stap moet duidelijk maken dat ook andere dan rechtsnormen betrekking hebben op de handelingssituatie, en moet dienen om aan te geven hoe de beginselen van behoorlijk bestuur samen kunnen hangen met andersoortige normen. Dworkin, Richardson en Habermas geven alle drie aan dat een evenwicht moet worden gevonden tussen recht en beleid, oftewel rechtmatigheid en doelmatigheid. Dat maakt het van belang om in dit boek de aandacht niet alleen gericht te laten zijn op de op rechtmatigheid

gerichte normering van de handelingssituatie, maar ook op zoek te gaan naar op doelmatigheid gerichte normering van deze situatie. De normen daarvoor zijn in ieder geval effectiviteit en efficiëntie, en de vraag is hoe zij zich verhouden tot de handelingssituatie.

Het karakter van de beginselen van behoorlijk bestuur is dat zij rechtsbeginselen zijn. Dit heeft bijzondere gevolgen voor de wijze waarop zij van toepassing zijn op de handelingssituatie (5.4). Daarbij is van belang om aan te geven dat zij enkel van toepassing zijn op de bestuurlijke handelingssituatie. Dat vraagt om een redenering die aannemelijk maakt dat de toepassing van rechtsbeginselen van een bepaalde categorie exclusief beperkt zijn tot handelingssituaties van een bepaalde categorie (5.5). Is dat aannemelijk gemaakt, dan is het moment gekomen om van een aantal beginselen van behoorlijk bestuur aan te geven op welke wijze zij betrekking hebben op de bestuurlijke handelingssituatie. De beschrijving van de toepassing van het nu volgende rijtje beginselen in de handelingssituatie is de bewijsvoering dat beginselen betrekking hebben op elementen van de handelingssituatie, of op de verhouding van handelingssituaties onderling (5.6).

Verbod van willekeur
Gelijkheidsbeginsel
Specialiteitsbeginsel
Rechtstreeksheidsbeginsel
Vertrouwensbeginsel
Materiële rechtszekerheidsbeginsel
Formele zorgvuldigheidsbeginsel
Geschiktheidsbeginsel
Noodzakelijkheidsbeginsel
Evenredigheidsbeginsel
Legaliteitsbeginsel
Verbod van détournement de pouvoir
Motiveringsbeginsel
Formele rechtszekerheidsbeginsel

Het systematisch nalopen van de beginselen van behoorlijk bestuur dwingt degene die een besluit neemt tot een controle van zichzelf aan de hand van een belangrijke reeks juridische eisen. Voornaamste kenmerk van deze eisen is dat zij de belangenafweging normeren. Aldus wordt bereikt dat alle relevante vragen op tafel komen: de vraag naar de betrokken belangen, die naar de vertegenwoordigers daarvan en vooral ook die naar de verdeling van de gewichten tussen de

belangen. Daaruit vloeit een methode voort voor de afweging van belangen en beginselen: het nalopen van alle beginselen door het bestuur bevordert de afweging van belangen en beginselen. Toepassing van deze methode van rechtsvinding bevordert de rechtmatigheid van het bestuurshandelen. De kern van het systeem van bestuursrecht, waar in dit onderzoek een schets van moet komen, bestaat in essentie uit deze methode van rechtsvinding. Om te beginnen worden de hoofdlijnen van deze methode uiteengezet (6.2). De behandeling van de Schipholcasus moet leiden tot een verdere beschrijving (6.3).

Uit de verdere beschrijving van de methode van rechtsvinding volgt de stelling dat door de verdeling in zes groepen van beginselen een methode van rechtsvinding kan ontstaan waarbij toepassing van de ene groep bijdraagt aan toepassing van de volgende groep beginselen (6.4):

1. Beginselen die leiden tot toetsing aan de wet: beginsel van legaliteit, materiële rechtszekerheid, specialiteit en verbod van détournement de pouvoir

2. Formele zorgvuldigheid

3. Materiële beginselen die betrekking hebben op verhoudingen tussen de handelingssituatie en andere handelingssituaties: beginsel van gelijkheid, verbod van willekeur, materiële rechtszekerheid en vertrouwen

4. Materiële beginselen die voorwaarden stellen aan elementen of verhoudingen binnen de handelingssituatie: beginsel van vertrouwen, rechtstreeksheid, specialiteit, verbod van détournement de pouvoir

5. Materiële beginselen die betrekking hebben op de eigenlijke afweging van belangen: beginsel van evenredigheid, noodzakelijkheid en geschiktheid

6. Formele rechtszekerheid, motiveringsbeginsel en herhaling toepassing van alle beginselen

Samengevat ziet de methode van rechtsvinding er als volgt uit: een actor die een casus beoordeelt doet dat aan de hand van de beginselen, die in bepaalde groepen zijn ingedeeld. Hij begint met het nalopen van de beginselen in de volgorde van de groepen, die hierboven uiteen is

gezet. Dit maakt dat hij in de eerste plaats in de wet kijkt: hij controleert of alle in de casus relevante wettelijke bepalingen op de gebruikelijke wijze zijn uitgelegd. Vervolgens betekent het nalopen van de beginselen dat de actor kijkt in hoeverre in de casus is voldaan aan het formele zorgvuldigheidsbeginsel, aan eisen die volgen uit handelingen in andere situaties, aan eisen die aspecten van de belangenafweging betreffen, zoals specialiteit, en aan eisen die de eigenlijke belangenafweging betreffen. Vervolgens past de actor nog twee procedurele eisen toe, waarna hij alle beginselen nogmaals naloopt.

De juridische functie van de beginselen van behoorlijk bestuur is de functie die deze beginselen vervullen bij de rechtsvinding. Door de beslissing die daar valt hebben zij ook een maatschappelijke functie, want zij hebben invloed op de vormgeving van de samenleving. Bij Habermas brengen beginselen overwegingen tot uitdrukking die op ieder beleidsterrein een rol kunnen spelen. Bij Teubner zullen deze beginselen eerst per beleidsterrein ingang moeten vinden en een invulling moeten krijgen. Daarmee raken zij versnipperd en krijgen zij potentieel oneindig veel uiteenlopende betekenissen, die voor elkaar niet van betekenis zijn. Stelling is dat de mening van Habermas meer overeenkomt met de werkelijkheid waarin veel beginselen voor de meeste actoren behoren tot de overwegingen die zij in iedere situatie kunnen oproepen. De invloed die zij daarmee hebben op de samenleving bestaat echter niet zonder meer (7.2). Om beter toegesneden te zijn op de maatschappelijke omgeving zal de rechtsvinding andere vormen moeten aannemen. Daarmee verandert ook weer de juridische functie van de beginselen van behoorlijk bestuur, en daarmee komen de juridische en de maatschappelijke functie van deze beginselen sterk samen te hangen. De eerder gevonden methode van rechtsvinding verandert onder invloed daarvan (7.3).

Op basis van Habermas krijgen de beginselen een plaats in de leefwereld, zij kunnen een rol spelen in alle sociale systemen. Wel van belang is om aan te geven dat deze rol afhankelijk van de situatie kan veranderen. Hij onderscheidt namelijk drie methodes van rechtsvinding, de formele, de materiële en de procedurele. Het procedurele recht is gebaseerd op de erkenning van het recht van een individu om in de complexe samenleving een rol te spelen bij besluiten waarin zijn belangen betrokken zijn. Een dergelijke betrokkenheid lijkt bij de casus Schiphol het geval te zijn, ondanks het feit dat de belangen van bepaalde individuen daarvan uitgesloten waren. In zo'n geval moet rechtsvinding volgens Habermas plaatsvinden conform de methode van het

procedurele recht, bijvoorbeeld door het volgen van een systematische methode van rechtsvinding door bestuur en burger tezamen. Daar is in de casus Schiphol slechts zeer gedeeltelijk gevolg aan gegeven. Geprobeerd wordt aan te tonen dat de kans op succes in deze casus groter was geweest, als men deze methode wel had gevolgd (7.4).

Wanneer de beginselen van behoorlijk bestuur behoren tot de leefwereld, leggen zij verbindingen tussen de sociale systemen waarin bestuurshandelen plaatsvindt. De waarborging en implementatie van individuele rechten door middel van de toepassing van de beginselen doortrekt zo de gehele samenleving, omdat de beginselen onderdeel zijn van de leefwereld. Het is hun maatschappelijke functie om op deze wijze de maatschappij langzaam aan te passen aan opvattingen over wat legitiem handelen is. Niet alleen de maatschappelijke functie van het bestuursrecht, maar ook het voeren van beleid is van invloed op de vormgeving van de samenleving. Gekeken wordt naar de samenhang tussen de gevonden methode van rechtsvinding en bestaande bestuurskundige technieken voor de optimalisering van beleid. Dit leent zich ook om aan te tonen dat toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur mogelijk is in combinatie met toepassing van de bedrijfseconomische eisen effectiviteit en efficiëntie (7.5).

Kenmerkend voor de in dit boek geschetste methode van rechtsvinding is dat deze niet alleen geschikt is voor toepassing bij rechtspraak, maar ook voor toepassing bij bestuurlijke beleidsanalyse, ex ante en ex post, en bij procesbegeleiding. Voor het systeem van bestuursrecht betekent dit dat de beginselen van behoorlijk bestuur niet alleen een functie hebben voor de rechtmatigheidstoetsing van bestuurlijk handelen ex post, maar dat zij een functie hebben in het kader van een leerproces dat gericht is op de juridische optimalisering van bestuurlijk handelen. Zij krijgen daarmee een actieve maatschappelijke functie met een instrumenteel karakter, omdat zij rechtstreeks invloed uitoefenen op veranderingen van de werkelijkheid. Bij procesbegeleiding is het instrumentele karakter van beginselen het sterkst, omdat zij in dat geval direct betrokken zijn bij handelingen die veranderingen in de werkelijkheid kunnen aanbrengen (8.1 en 8.2). Een instrumenteel karakter van de beginselen moet ingepast worden in het systeem van bestuursrecht, al was het maar omdat zij in bestaande systemen een waarborgend karakter hebben. Om dat te bereiken wordt gebruik gemaakt van bestaande theorieën omtrent de functies van het bestuursrecht. Dat betreft het werk van De Haan, Drupsteen en Fernhout, Foqué en 't Hart, Van der Hoeven en van diverse anderen (8.3).

Op basis van dit werk en met behulp van onder meer Dworkins theorie komt ten slotte een systeem van bestuursrecht tot stand waarin de instrumentaliteit van in het bijzonder de beginselen van behoorlijk bestuur een passende plaats inneemt. Centraal idee is dat zowel de instrumentaliteit die schuilt achter de waarborging van individuele rechten, als de instrumentaliteit van het behartigen van belangen passen in het beeld van een ideale samenleving. Past dit niet, dan wijst toetsing aan de beginselen van behoorlijk bestuur uit dat de beoogde belangenbehartiging niet is toegestaan, en zal moeten veranderen om tot een integer resultaat te komen. Juist omdat zij geschikt zijn voor een dergelijke toetsing vormen deze beginselen de basis van een systeem van instrumentaliteit en waarborg, en van de combinatie van integriteit en legitimiteit. Dit systeem van bestuursrecht moet afgebakend worden ten opzichte van de moraal, en ook ten opzichte van bestuurskundige normen (8.4).

Beantwoording van de in het eerste hoofdstuk geformuleerde hoofdvraag van dit onderzoek geschiedt door een schets van de hoofdlijnen van een systeem van bestuursrecht. Het slothoofdstuk is bedoeld om dat antwoord uit te werken. Dat gebeurt door de juridische en de maatschappelijke functie van de beginselen van behoorlijk bestuur aan de orde te stellen. Hun beschrijving daar is de toetsing van de beide in het eerste hoofdstuk geformuleerde hypotheses. De juridische functie is dat deze beginselen argumenten vormen bij het nemen van een besluit door de rechter en andere centrale actoren in het bestuursrecht. Zij moeten bij hun besluit de best mogelijke interpretatie geven van normen die volgen uit het bestuursrecht. Een samenhangende reeks beginselen van behoorlijk bestuur, die de rechten en plichten van mensen en instituties vastleggen, helpt hen om de interpretatie te geven die het best past bij de politieke structuur en juridische doctrine van de betrokken gemeenschap. De maatschappelijke functie is dat de beginselen van behoorlijk bestuur bij het zoeken naar een legitiem beleid gewicht in de schaal leggen, en eisen dat dit beleid past bij de rol die het nastreven van de burgerlijke samenleving heeft bij het nastreven van de ideale samenleving als geheel (9.2).

De formulering van hun juridische en maatschappelijke functie moet een meer bevredigende verklaring geven voor het functioneren van de beginselen van behoorlijk bestuur dan de compensatietheorie geeft. Zo is van grote invloed in het bestuursrechtelijke denken de fictie dat er ooit een samenleving is geweest waarin de wet de vrijheid van de burger volledig kon waarborgen tegen inbreuken door de

overheid. Wij kunnen ons handelen afmeten aan de mate waarin wij afwijken van de samenleving die nooit heeft bestaan, en waarin het ijkpunt een paradijs is waaruit wij zijn verdreven. In dit paradijs was de rechtspositie van de burger volstrekt gewaarborgd door de wet. Iedere afwijking verdient dan compensatie voor een verlies aan waarborgen. Het is een retrospectief ijkpunt, er is sprake van een soort bestuursrecht *à la recherche du temps perdu*. Het lijkt beter om uit te gaan van een prospectief ijkpunt: het is ons streven om een samenleving te creëren waarin burgerlijke vrijheid en gelijkheid gewaarborgd zullen zijn. Het in dit boek geschetste systeem van bestuursrecht heeft dat als uitgangspunt.

Een ander bezwaar tegen de compensatietheorie is het voorop stellen van de wet: waar de wet tekortschiet heeft het bestuur discretionaire ruimte en daar compenseren de beginselen. Dit komt overeen met de in dit verband bekende metafoor van 'the hole in the doughnut', alsof de wet een cirkel trekt waarbinnen afweging is toegestaan, terwijl de afweging van de wetgever daarbuiten onaantastbaar is. Dat doet vermoeden alsof de wetgever de hele afweging op voorhand kent, en de grenzen kan bepalen van wat nog in vrijheid mag geschieden. In het in dit boek geschetste systeem van bestuursrecht is het andersom: er is geen sprake van een 'hole in the doughnut', maar van een eiland in de oceaan. De wet is dan het eiland en de oceaan is de discretionaire bevoegdheid. Deze en andere verklaringen van het functioneren van de beginselen van behoorlijk bestuur moeten onder meer voorzien in de vier tekortkomingen van de compensatietheorie die in het eerste hoofdstuk zijn geformuleerd (9.3).

Het zoeken naar een bevredigende verklaring voor de juridische en maatschappelijke functie van de beginselen van behoorlijk bestuur moet bijdragen aan een rechtvaardige toepassing van deze beginselen. De noodzaak om daarnaar te zoeken volgt uit de voorname rol die de beginselen spelen in de rechtsvinding, en ook uit het idee dat die rol aan gewicht zal winnen. Op diverse plaatsen in dit boek wordt beweerd dat de handelingssituatie zich als zodanig maatschappelijk steeds sterker manifesteert. De opkomst van de handelingssituatie is de opkomst van de beginselen van behoorlijk bestuur. Dat vraagt om blijvende aandacht voor hun juridische en maatschappelijke functie. Dit proefschrift moet daaraan bijdragen.