

gevoerd bij wege van compensatie voor het teloorgaan van de met de procedure van wetgeving samenhangende waarborgen. Het *rechtsgehalte* van de wet is gelegen in de waarborg die hij biedt voor de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid voor de rechtsgenoten. Deze beginselen vinden hun waarborg in het algemeen en onpartijdig karakter van de wet. Zij zijn een uitloeijsel van het even een dam op te werpen tegen willekeurig overheidsoptreden.

Net ook de formele wetgever voor deze dam halt moet houden was al eerder te bedenken in de contra-*legem* jurisprudentie: toepassing van de wet moet onder omstandigheden wijken voor de toepassing van algemene rechtsbeginselen³⁴. In de contra-*legem* jurisprudentie gaat het in wezen om een bijzonder geval van rechtsvinding: wegens de bijzonderheden van een individueel geval staat het rechtsbeginsel aan toepassing van de formele wet in de weg; de gelding van de wet als zodanig blijft onverlet. Met het arrest inzake de Harmonisatiewet lijkt evenwel het inzicht gegroeid dat de algemene rechtsbeginselen ook in meer ommekeer een opzicht aan de gelding van de wet afbreuk kunnen doen.

De gemeenschappelijke grondslag van deze rechtsbeginselen is het verbod van willekeur. Lange tijd is het verbod van willekeur belichaamd of zelfs - voor wat de liberale rechtsstaat betreft - vereenzelvigd met het legaliteitsbeginsel. Ons historisch opzicht en vanuit een oogpunt van rechtstheorie, maar ook, blijkens de recente jurisprudentie, vanuit het oogpunt van de rechtspraktijk. De verhouding tussen het verbod van willekeur enerzijds en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, van wetgeving en van rechtspraak anderzijds, is er dan ook een van genusbeginsel tot een aantal, voor uitbreiding vatbare, speciesbeginselen.

Zie bijvoorbeeld: HR 12 april 1978, BNB 135-137; AB 1979, 262 en het overzicht in Van Wijk/Konijnenbelt, Hoofdstukken van het administratief recht, Culemborg 1988, blz. 131-146.

Over de toetsing van de rationaliteit van bestuursbeslissingen

M.A. Heldeweg

1. Vooraf

In deze bijdrage staat de rationaliteit van het bestuurlijk handelen centraal. Vertrekpunt is daarbij dat de beredeneerdheid of weloverwogenheid van bestuurlijke besluitvorming vooral in verband wordt gebracht met de vraag of het bestuur bij de voorbereiding van een besluit advies dient in te winnen. Het gaat dan vooral om het probleem van gebrekkige of ontbrekende inhoudsdeskundigheid en de noodzaak tot het invoeren van expertise. Ik zal dit probleem, dat ik zal aanduiden als een probleem van 'specifieke rationaliteit' en dat zich vooral voordoet bij wat ik complexe belangen zal noemen, hierna in de eerste plaats bespreken.

In het verlengde van die invalshoek wil ik me vervolgens, meer principieel, richten op de vraag of rationaliteit, in het algemeen, als een eis van behoorlijk bestuur moet worden beschouwd. In dat verband zal ik dan spreken over 'algemene rationaliteit', omdat het hier om de weloverwogenheid van het bestuurlijk handelen in de breedste zin van het woord gaat en niet alleen in de zin van het voldoende geadviseerd zijn.

2. Rechterlijke toetsing van de (juridische) rationaliteit van bestuursbeslissingen omtrent complexe belangen

- a. Rationaliteit wordt primair in verband gebracht met advisering. Kummeling¹ noemt rationaliteit als een van de drie belangrijkste functies van advisering². Advisering dient de rationaliteit van een beslissing doordat het bijdraagt aan de kennisvorming omtrent de feitelijke omstandigheden en relevante belangen bij het nemen van een besluit. Daarmee is direct een verband gelegd met de in het bestuursrecht geldende plicht om bij de voorbereiding van een bestuursbesluit de nodige kennis te vergaren omtrent de relevante feiten en af te wegen belangen. Deze, nauw met het zorgvuldigheidsbeginsel verbandhoudende plicht, is ook als zodanig verwoord in art. 3.2.1 van het wetsvoorstel Algemene wet bestuursrecht³. Daarmee is overigens nog niet gezegd dat het inwinnen van advies steeds weer een plicht is. Afgezien van de situatie waarin een wettelijke regeling advisering voorschrijft of de plicht tot advisering uit het bestaan van een

1. Kummeling, H.R.B.M., *Advisering in het bestuursrecht*, prft. 's Gravenhage 1988.
2. A.w., p. 25 e.v. Rationaliteit plaatst hij naast de legitimiteit en doelmatigheid als functies van advisering.
3. T.K. 1988/1989, 21221, nrs. 1-2, hierna afgekort tot Awb.

tot advisering bevoegde instantie kan worden afgeleid, moeten we van geval tot geval uitsluitel over het bestaan van een adviesplicht verkrijgen⁴. In dit verband zullen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, met name het zorgvuldigheids-, motiverings- en gelijkheidsbeginsel een belangrijke rol vervullen.

Advisering met het oog op de rationaliteit van besluitvorming, in termen van daarbij te betrekken inhoudsdeskundigheid, is vooral van belang waar het complexe belangen betreft. Het typische van wat ik complexe belangen noem is dat deze belangen niet louter op basis van common-sense-analyses kunnen worden gewogen⁵. Hun verschijning houdt nauw verband met het revolutionaire tempo en karakter van de hedendaagse technische innovatie. In dit proces van 'wetenschappelijke civilisatie'⁶ doen risico's van het met gebrekkige kennis of deskundigheid beoordelen van maatschappelijke ontwikkelingsopties⁷ zich sterker gelden dan ooit tevoren. Beoordelingsfouten kunnen tot zeer ongewenste en soms zelfs tot volstrekt onomkeerbare, negatieve, gevolgen leiden. Dit was in vroeger tijden reeds zo, maar is bij de huidige stand der techniek en de huidige industriële capaciteit nog duidelijker voelbaar geworden⁸.

Complexe belangen zijn - kortom - belangen die begripsmatig (zeer) ingewikkeld van aard zijn, of belangen waarvan de adequate waarde(ring) in de context van de voor het nemen van een concreet besluit te volvoeren afweging een speciale (inhoudelijke) deskundigheid vergt.

In het milieurecht zijn complexe belangen een bekend fenomeen. Zo vergt het wegen van deze (milieu)belangen -bijvoorbeeld- inzicht in dosis-effect-relaties bij blootstelling aan bepaalde stoffen, of de beoordeling van de kans op blootstelling en de kans op bepaalde effecten. Ook de beoordeling van de mogelijkheden tot het scheppen van toereikende voorzieningen ter tempering van nadelige effecten, mede in het perspectief van de situatie ter plekke en de mogelijke toekomstige ontwikkelingen is niet zonder problemen. Daarbij komt dat vaak gerekend moet worden met verschillende inschattingen omtrent de risico-marges, (al dan niet) voortvloeiend uit fundamenteel wetenschappelijke onzekerheden.

4. Vergelijk Kummeling, a.w., p. 86-89.

5. Er is een interessante discussie te voeren over de vraag of we gelet op fundamentele wetenschappelijke onzekerheden niettemin altijd weer op common-sense-basis moeten beslissen wat we doen. Ik houd het er hier op dat deskundigheid op z'n minst nuttig is teneinde de onzekerheidsmarges zo goed mogelijk te kunnen taxeren.

6. Vergelijk Lohmar, U., Politik und Sachverstand, Zur Freiheit parlamentarischer Entscheidung in der wissenschaftlichen Zivilisation, Aus Politik und Zeitgeschichte (bijlage bij Das Parlament, B42/87), p. 11-17 (met name p. 14 e.v.), die deze term weer aan Schelsky ontleent.

7. Lohmar, a.w., p. 15.

8. Vroeger ging het (al) om beslissingen over de landbouw (welke gewassen, wanneer oogsten), over oorlogsvoering en dergelijke. Thans denken we vooral aan milieuproblemen, waarbij het niet alleen gaat om de angst voor irreversibele nadelige gevolgen maar ook om nadelige gevolgen voor het nageslacht.

- b. Beoordeling van de rationaliteit van bestuursbesluiten over complexe belangen, vergt een bredere benadering dan ons bij advisering doorgaans staat. Het gaat niet alleen om het verkrijgen van een goed advies, het gaat vooral ook om de aard van de besluitvorming. In dit verband met het begrip rationaliteit zelf. De hedendaagse zinspelling op dit begrip is relativistisch van aard. Rationaliteit houdt geen verband met een absolute, algemene of universele waarheid (zoals de klassieke zienswijze wil), rationaliteit betreft het streven naar weloverwogen opties handelen⁹. In een relatieve of discursieve rationaliteitsoptiek staat het karakter van de (bestuurlijke) besluitvorming voorop. Het moet gaan om een open uitwisseling van ideeën en opvattingen, waarbij de mogelijkheid van tegenspraak¹⁰ een essentiële vereiste is.

In zo'n benadering dient geen enkele deelnemer een machtsoverwicht te hebben, althans niet in die zin dat dit de open uitwisseling van argumenten frustreert. De dominante rol van de overheid in normstellingsprocessen roept, zo beschouwd, al snel de vraag op daarbij met de rationaliteit is gesteld¹¹. Zo is het de vraag of andere deelnemers in die normstellingsprocessen (i.h.b. belanghebbenden) wel voldoende kans krijgen hun argumenten te ontwikkelen en in te brengen. Van belang is dat belangen van een complex karakter (bijv. milieubelangen) kan dit praktisch worden. Ook is het de vraag in hoeverre de overheid het proces van discours kan internaliseren ("daar hebben wij onze deskundige ambtenaren voor"), of monopoliseren (door adviezen voor zich te behouden en te verdedigen over de inhoud daarvan af te schermen).

De vraag naar de rationaliteit is met andere woorden een wijdsere vraag naar de "geadviseerdheid" van het bestuur. Het rationaliteitsbegrip omvat de gehele besluitvorming (cultuur) en daarmee alle daarbij betrokken personen en instanties.

Weging van complexe belangen vergt naast een specifieke rationaliteit derhalve ook een algemene rationaliteit, in de zin van een open uitwisseling van inzichten, ideeën en opvattingen -een open juridisch-rationeel proces- waarin de specifieke rationaliteit, in termen van inhoudsdeskundigheid, kan gedijen. Alleen op die manier kan ook de waardegebondenheid bij wijze van advies gedane (wetenschappelijke) uitspraken worden gebaard.

9. Waarin uiteraard nog wel ruimte bestaat voor 'deelwaarheden'; voor specifieke beslissingen (A=B en B=C, dus A=C).
10. Dat wil zeggen dat de overheid zich - tot op het moment (x), waarop een besluit genomen - moet openstellen voor kritiek; institutioneel, in de vorm van toegankelijke procedures, alsook in de vorm waarin het bestuur zich tot op dat moment (x) uitsprekt over de belangen (om het meer Popperiaans te zeggen: tot op dat moment moeten bestuursbesluiten uitdrukkelijk voor weerlegging vatbaar zijn).
11. Bedacht moet worden dat de overheid in deze processen ook - op programmatische wijze - keuzes maakt, en zich misschien wat minder 'weerlegbaar' opstelt.

tot advisering bevoegde instantie kan worden aangeleid, moeten we van geval tot geval uitsluitel over het bestaan van een adviesplicht verkrijgen⁴. In dit verband zullen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, met name het zorgvuldigheids-, motiverings- en gelijkheidsbeginsel een belangrijke rol vervullen.

Advisering met het oog op de rationaliteit van besluitvorming, in termen van daarbij te betrekken inhoudsdeskundigheid, is vooral van belang waar het complexe belangen betreft. Het typische van wat ik complexe belangen noem is dat deze belangen niet louter op basis van common-sense-analyses kunnen worden gewogen⁵. Hun verschijning houdt nauw verband met het revolutionaire tempo en karakter van de hedendaagse technische innovatie. In dit proces van 'wetenschappelijke civilisatie'⁶ doen risico's van het met gebrekkige kennis of deskundigheid beoordelen van maatschappelijke ontwikkelingsopties⁷ zich sterker gelden dan ooit tevoren. Beoordelingsfouten kunnen tot zeer ongewenste en soms zelfs tot volstrekt onomkeerbare, negatieve, gevolgen leiden. Dit was in vroeger tijden reeds zo, maar is bij de huidige stand der techniek en de huidige industriële capaciteit nog duidelijker voelbaar geworden⁸.

Complexe belangen zijn - kortom - belangen die begripsmatig (zeer) ingewikkeld van aard zijn, of belangen waarvan de adequate waarde(ring) in de context van de voor het nemen van een concreet besluit te volvoeren afweging een speciale (inhoudelijke) deskundigheid vergt.

In het milieurecht zijn complexe belangen een bekend fenomeen. Zo vergt het wegen van deze (milieu)belangen -bijvoorbeeld- inzicht in dosis-effect-relaties bij blootstelling aan bepaalde stoffen, of de beoordeling van de kans op blootstelling en de kans op bepaalde effecten. Ook de beoordeling van de mogelijkheden tot het scheppen van toereikende voorzieningen ter tempering van nadelige effecten, mede in het perspectief van de situatie ter plekke en de mogelijke toekomstige ontwikkelingen is niet zonder problemen. Daarbij komt dat vaak gerekend moet worden met verschillende inschattingen omtrent de risico-marges, (al dan niet) voortvloeiend uit fundamenteel wetenschappelijke onzekerheden.

Vergelijk Kummeling, a.w., p. 86-89.

Er is een interessante discussie te voeren over de vraag of we gelet op fundamentele wetenschappelijke onzekerheden niettemin altijd weer op common-sense-basis moeten beslissen wat we doen. Ik houd het er hier op dat deskundigheid op z'n minst nuttig is teneinde de onzekerheidsmarges zo goed mogelijk te kunnen taxeren.

Vergelijk Lohmar, U., Politik und Sachverstand, Zur Freiheit parlamentarischer Entscheidung in der wissenschaftlichen Zivilisation, Aus Politik und Zeitgeschichte (bijlage bij Das Parlament, B42/87), p. 11-17 (met name p. 14 e.v.), die deze term weer aan Schelsky ontleent.

Lohmar, a.w., p. 15.

Vroeger ging het (al) om beslissingen over de landbouw (welke gewassen, wanneer oogsten), over oorlogsvoering en dergelijke. Thans denken we vooral aan milieuproblemen, waarbij het niet alleen gaat om de angst voor irreversibele nadelige gevolgen maar ook om nadelige gevolgen voor het nageslacht.

- b. Beoordeling van de rationaliteit van bestuursbesluiten over complexe belangen, vergt een bredere benadering dan ons bij advisering doorgaans voor ogen staat. Het gaat niet alleen om het beschikking krijgen over deskundig advies, het gaat vooral ook om de aard van de besluitvorming. Dit houdt weer verband met het begrip rationaliteit zelve. De hedendaagse zienswijze op dit begrip is relativistisch van aard. Rationaliteit houdt geen verwijzing in naar een absolute, algemene of universele waarheid (zoals de klassieke zienswijze wil), rationaliteit betreft het streven naar weloverwogen of redelijk handelen⁹. In een relatieve of discursieve rationaliteitsoptiek staat het open karakter van de (bestuurlijke) besluitvorming voorop. Het moet gaan om een open uitwisseling van ideeën en opvattingen, waarbij de mogelijkheid van tegenspraak¹⁰ een essentiële vereiste is.

In zo'n benadering dient geen enkele deelnemer een machtsoverwicht over de ander(en) te hebben, althans niet in die zin dat dit de open uitwisseling van argumenten frustrereert. De dominante rol van de overheid in bepaalde normstellingsprocessen roept, zo beschouwd, al snel de vraag op hoe het daarbij met de rationaliteit is gesteld¹¹. Zo is het de vraag of andere deelnemers in die normstellingsprocessen (i.h.b. belanghebbenden) wel voldoende de kans krijgen hun argumenten te ontwikkelen en in te brengen. Vooral bij belangen van een complex karakter (bijv. milieubelangen) kan dit problematisch worden. Ook is het de vraag in hoeverre de overheid het rationele discours kan internaliseren ("daar hebben wij onze deskundige ambtenaren voor"), of monopoliseren (door adviezen voor zich te behouden en discussie over de inhoud daarvan af te schermen).

De vraag naar de rationaliteit is met andere woorden een wijsere dan die naar de "geadviseerdheid" van het bestuur. Het rationaliteitsoordeel betreft de gehele besluitvorming(scultuur) en daarmee alle daarbij betrokken personen en instanties.

Weging van complexe belangen vergt naast een specifieke rationaliteit derhalve ook een algemene rationaliteit, in de zin van een open uitwisseling van inzichten, ideeën en opvattingen -een open juridisch-rationeel discours- waarin de specifieke rationaliteit, in termen van inhoudsdeskundigheid, goed kan gedijen. Alleen op die manier kan ook de waardegebondenheid van alle bij wijze van advies gedane (wetenschappelijke) uitspraken worden geopenbaard.

9. Waarin uiteraard nog wel ruimte bestaat voor 'deelwaarheden'; voor specifieke betrekkingen ($A=B$ en $B=C$, dus $A=C$).
10. Dat wil zeggen dat de overheid zich - tot op het moment (x), waarop een besluit moet worden genomen - moet *openstellen* voor kritiek; institutioneel, in de vorm van toegankelijke procedures, alsook in de vorm waarin het bestuur zich tot op dat moment (x) uitsprekt over de betrokken belangen (om het meer Popperiaans te zeggen: tot op dat moment moeten bestuursuitspraken uitdrukkelijk voor weerlegging vatbaar zijn).
11. Bedacht moet worden dat de overheid in deze processen ook - op programmatische grondslag - keuzes maakt, en zich misschien wat minder 'weerlegbaar' opstelt.

In het juridisch-rationele discours, in non-contentieuze en in contentieuze fase, zullen complexe belangen als complex onder- en erkend moeten worden. Het inzicht moet ontstaan dat er specifieke deskundigheid aan te pas komt om een redelijk oordeel te kunnen geven over het (relatieve) gewicht van het complexe belang in de belangenafweging. Hoewel door "trial and error" steeds meer inzicht ontstaat in de grenzen van het common-sense weten -ergo in het moment waarop inwinnen van deskundigheid onontbeerlijk wordt- meen ik toch dat institutionele waarborgen hier gewenst zijn. Op sommige plaatsen is hierin reeds (ten dele) voorzien door interne voorzieningen (eigen ambtenaren) of externe deskundigen (non-contentieuze adviseurs)¹². Ook is in enkele gevallen - juist vanwege het complexe karakter van de betrokken belangen - in de wettelijk voorgeschreven procedure inbreng van deskundigheid voor bepaalde gevallen gewaarborgd; zoals bij de Milieu-Effect-Rapportage¹³.

Om voldoende scherpte in deze korte analyse te verkrijgen, wil ik hier nog enkele aspecten aanstippen die betrekking hebben op de inzet van inhoudsdeskundigheid bij de besluitvorming en het rechterlijk oordeel daarover.

- c. In de *non-contentieuze-fase* zijn een aantal aspecten vooral van belang:
- In de eerste plaats vergt de **inhoudsdeskundigheid van het bestuur** een antwoord op meerdere onderling samenhangende vragen, zoals: wanneer het nodig is om nadere deskundigheid in te winnen, en, indien dit nodig wordt geacht, wat het bestuur dan precies wil weten, wanneer het genoeg weet en welk gewicht tenslotte aan het inhoudsdeskundig oordeel dient te worden toegekend.

Ik wil om te beginnen op de vraag "wanneer weten we genoeg?" in gaan. Uit een oogpunt van fundamentele wetenschappelijke twijfel is nimmer absolute zekerheid over de toedracht of het effect van bepaalde verschijnselen of samenhangen te verkrijgen; het bestuur beslist derhalve altijd in onzekerheid en dat doet zich bij complexe belangen in verhevigde mate gevoelen. Meer praktisch is de vraag van het genoeg veelal een kwestie van tijd en geld: hoe lang kunnen we onderzoeken en hoeveel geld kunnen of willen we ervoor uittrekken? De maatstaf voor de inspanningen die het bestuur zich getroost lijkt mij uiteindelijk geen andere te kunnen zijn dan de vraag of het bestuur in redelijkheid kon menen dat voldoende kennis en inzicht was verworven om een beslissing te nemen. Ook het motiveringsbeginsel, met name de eis van een "deugdelijke" motivering (vergelijk art. 4.1.4.1 Awb, waar "deugdelijke" de eis van een juiste feitelijke grondslag, logische consistentie en draagkrachtigheid van de motivering verwoord) lijkt mij in dit verband van belang¹⁴. Niettemin lijkt mij de test van de rationaliteit van het bestuurlijk handelen -juist bij complexe belangen- uiteindelijk

die van de willekeur te moeten zijn. Het bestuur zal moeten verantwoorden dat het niet onredelijk is geweest met een bepaalde mate van onzekerheid over de gevolgen van een bepaalde beslissing genoegen te nemen. In welk gecompliceerde situaties kan deze verantwoording -procedureel- op welke manieren nader worden onderbouwd: in de eerste plaats door raadplegen van een onafhankelijke deskundige (die zich bijvoorbeeld slechts uitlaat over de toereikendheid van beschikbare kennis en aldus in feite het wetenschappelijke risico begroot) of door het organiseren van contra-expertise. In de tweede plaats door voorzieningen te scheppen voor het geval na het nemen van de beslissing blijkt dat de effecten daarvan anders uitvallen en/of inzichten die aan het besluit ten grondslag lagen zich aanmerkelijk het gewijzigd¹⁵.

Welk belang in de besluitvorming aan het inhoudsdeskundig oordeel wordt toegekend is mede afhankelijk van wat precies aan de deskundige wordt gevraagd. In het verlengde daarvan raken we echter aan de vraag: eigenlijk (wanneer) de eindbeslissing moet nemen: het bestuur of de deskundige?! Dit punt lijkt -althans materieel- vooral van betekenis bij complexe belangen. Hier moet het bestuur zich wat inzicht en kennis van de feiten daarmee de beoordeling van belangen) betreft, in sterke mate laten leiden door de deskundige(n). De inhoud van het deskundigen-advies kan - als het niet oppast - de uiteindelijk te nemen beslissing dicteren (zeker als voorwaarden daarvoor al zijn gedefinieerd). De in art. 3.3.5 Awb neergelegde plicht van het bestuur om na te gaan of het onderzoek van de deskundige(n) op zorgvuldige wijze heeft plaatsgevonden kan -als hiervoor gerechtigd- op een gegeven moment alleen nog met behulp van andere (onafhankelijke of tegen-) deskundigen geschieden. Controle door het bestuur gaan zelf van naleving door adviseurs van de regels van het wetenschappelijke forum¹⁶ lijkt mij, hoewel in beginsel uitwendig van karakter, nogal hardnekkig gegrepen.

Gegeven het te onzent geldende primaat van democratisch gefundeerde besluitvorming boven het meritocratische besluitvormingsmodel, lijkt formeel gezien de vraag naar het: "wie beslist, bestuur of deskundige-adviseur?", nog altijd ten faveure van het bestuur te moeten worden beslist. Het verlengde van het democratisch primaat, gegeven de politieke verantwoordelijkheid van bestuursorganen, zou alleen bij volstrekt gebonden bestuursbevoegdheid de eindbeslissing aan deskundigen kunnen worden gelaten. Overigens doet het verschijnsel van delegatie van bevoegdheid aan deskundigen zich reeds verkapt voor bij de zogenoemde "glijdende verandering" naar normalisatienormen¹⁷.

12. Vergelijk artikelen 19, 27 en 36 WABM.

13. Hoofdstuk 4A WABM.

14. Vergelijk ook R.M. van Male, *Beredeneerd besluiten*, NTR 88/3, p. 73-70.

15. Een fenomeen dat - bijvoorbeeld - in het milieurecht niet ongewoon is!

16. Vergelijk hiervoor A.D. de Groot, *Academie en forum*, Amsterdam 1982, p.133 e.v.

17. Vergelijk R.W. Overhoff, *De Europese "Technologische Gemeenschap", normalisatienormen nationale wetgeving*, *RegelMaat* januari 1988, p. 14.

in het juridisch-rationele discours, in non-contentieuze en in contentieuze fase, zullen complexe belangen als complex onder- en erkend moeten worden. Het inzicht moet ontstaan dat er specifieke deskundigheid aan te pas komt om een redelijk oordeel te kunnen geven over het (relatieve) gewicht van het complexe belang in de belangenafweging. Hoewel door "trial and error" steeds meer inzicht ontstaat in de grenzen van het common-sense weten -ergo in het moment waarop inwinnen van deskundigheid onontbeerlijk wordt- meen ik toch dat institutionele waarborgen hier gewenst zijn. Op sommige plaatsen is hierin reeds (ten dele) voorzien door interne voorzieningen (eigen ambtenaren) of externe deskundigen (non-contentieuze adviseurs)¹². Ook is in enkele gevallen - juist vanwege het complexe karakter van de betrokken belangen - in de wettelijk voorgeschreven procedure inbreng van deskundigheid voor bepaalde gevallen gewaarborgd; zoals bij de Milieu-Effect-Rapportage¹³.

Om voldoende scherp te zijn in deze korte analyse te verkrijgen, wil ik hier nog enkele aspecten aanstippen die betrekking hebben op de inzet van inhoudsdeskundigheid bij de besluitvorming en het rechterlijk oordeel daarover.

In de *non-contentieuze-fase* zijn een aantal aspecten vooral van belang:

- In de eerste plaats vergt de **inhoudsdeskundigheid van het bestuur** een antwoord op meerdere onderling samenhangende vragen, zoals: wanneer het nodig is om nadere deskundigheid in te winnen, en, indien dit nodig wordt geacht, wat het bestuur dan precies wil weten, wanneer het genoeg weet en welk gewicht tenslotte aan het inhoudsdeskundig oordeel dient te worden toegekend.

Ik wil om te beginnen op de vraag "wanneer weten we genoeg?" in gaan. Uit een oogpunt van fundamentele wetenschappelijke twijfel is nimmer absolute zekerheid over de toedracht of het effect van bepaalde verschijnselen of samenhangen te verkrijgen; het bestuur beslist derhalve altijd in onzekerheid en dat doet zich bij complexe belangen in verhevigde mate gevoelen. Meer praktisch is de vraag van het genoeg veelal een kwestie van tijd en geld: hoe lang kunnen we onderzoeken en hoeveel geld kunnen of willen we ervoor uittrekken? De maatstaf voor de inspanningen die het bestuur zich getroost lijkt mij uiteindelijk geen andere te kunnen zijn dan de vraag of het bestuur in redelijkheid kon menen dat voldoende kennis en inzicht was verworven om een beslissing te nemen. Ook het motiveringsbeginsel, met name de eis van een "deugdelijke" motivering (vergelijk art. 4.1.4.1 Awb, waar "deugdelijke" de eis van een juiste feitelijke grondslag, logische consistentie en draagkrachtigheid van de motivering verwoord) lijkt mij in dit verband van belang¹⁴. Niettemin lijkt mij de test van de rationaliteit van het bestuurlijk handelen -juist bij complexe belangen- uiteindelijk

die van de willekeur te moeten zijn. Het bestuur zal moeten verantwoorden dat het niet onredelijk is geweest met een bepaalde mate van onzekerheid over de gevolgen van een bepaalde beslissing genoeg te nemen. In werkelijk gecompliceerde situaties kan deze verantwoording -procedureel- op twee manieren nader worden onderbouwd: in de eerste plaats door raadpleging van een onafhankelijke deskundige (die zich bijvoorbeeld slechts uitlaat over de toereikendheid van beschikbare kennis en aldus in feite het wetenschappelijke risico begroot) of door het organiseren van contra-expertise. In de tweede plaats door voorzieningen te scheppen voor het geval na het nemen van de beslissing blijkt dat de effecten daarvan anders uitvallen en/of de inzichten die aan het besluit ten grondslag lagen zich aanmerkelijk hebben gewijzigd¹⁵.

Welk belang in de besluitvorming aan het inhoudsdeskundig oordeel moet worden toegekend is mede afhankelijk van wat precies aan de deskundige wordt gevraagd. In het verlengde daarvan raken we echter aan de vraag wie eigenlijk (wanneer) de eindbeslissing moet nemen: het bestuur of de deskundige?! Dit punt lijkt -althans materieel- vooral van betekenis bij complexe belangen. Hier moet het bestuur zich wat inzicht en kennis van de feiten (en daarmee de beoordeling van belangen) betreft, in sterke mate laten leiden door de deskundige(n). De inhoud van het deskundigen-advies kan - als men niet oppast - de uiteindelijk te nemen beslissing dicteren (zeker als de voorwaarden daarvoor al zijn gedefinieerd). De in art. 3.3.5 Awb neergelegde plicht van het bestuur om na te gaan of het onderzoek van de deskundige(n) op zorgvuldige wijze heeft plaatsgevonden kan -als hiervoor gesugereerd- op een gegeven moment alleen nog met behulp van andere (onafhankelijke of tegen-) deskundigen geschieden. Controle door het bestuursorgaan zelf van naleving door adviseurs van de regels van het wetenschappelijk forum¹⁶ lijkt mij, hoewel in beginsel uitwendig van karakter, nogal hoog gegrepen.

Gegeven het te onzent geldende primaat van democratisch gefundeerde besluitvorming boven het meritocratische besluitvormingsmodel, lijkt mij formeel gezien de vraag naar het: "wie beslist, bestuur of deskundig-adviseur?", nog altijd ten faveure van het bestuur te moeten worden beslist. In het verlengde van het democratisch primaat, gegeven de politieke verantwoordelijkheid van bestuursorganen, zou alleen bij volstrekt gebonden bestuursbevoegdheid de eindbeslissing aan deskundigen kunnen worden gelaten. Overigens doet het verschijnsel van delegatie van bevoegdheid aan deskundigen zich reeds verkapt voor bij de zogenoemde "glijdende verwijzing" naar normalisatienormen¹⁷.

Vergelijk artikelen 19, 27 en 36 WABM.

Hoofdstuk 4A WABM.

Vergelijk ook R.M. van Male, *Beredeneerd besluiten*, NTB 88/3, p. 73-79.

15. Een fenomeen dat - bijvoorbeeld - in het milieurecht niet ongewoon is!

16. Vergelijk hiervoor A.D. de Groot, *Academie en forum*, Amsterdam 1982, p.133 e.v.

17. Vergelijk R.W. Overhoff, *De Europese "Technologische Gemeenschap", normalisatienormen en nationale wetgeving*, RegelMaat, januari 1988, p. 9-14.

- het aspect van de **objectiviteit** sluit nauw aan bij deze problematiek. Deskundigheid is begrensd in de zin dat deskundige uitspraken altijd moeten worden gedaan terwijl geen volledige zekerheid omtrent feiten is bereikt en de mogelijkheid bestaat dat de huidige inzichten door die van morgen worden weerlegd. Dat betekent dat slechts naar de huidige "stand van de wetenschap" kan worden geoordeeld, en er dus schattingen van de (relatieve) zekerheid van geldende inzichten moeten worden gemaakt. Voorts is toepassing van de geldende inzichten op het concrete geval door het (soms) generaal karakter van bestaande kennis ingewikkeld - en ten dele op aannames gebaseerd (niet alle variabelen zijn -in de concrete situatie- op hun effect berekenbaar). Tenslotte is het niet ondenkbeeldig dat in wetenschappelijke kringen verschillend wordt gedacht over bepaalde problemen. Een en ander houdt mede verband met het feit dat objectiviteit fundamenteel uitgesloten is door de waardegebondenheid van waarnemingen en vaak noodzakelijkerwijs te stellen aannames.

Als waarde-oriëntaties steeds weer een rol spelen en objectiviteit - kortom - problematisch is, is niet alleen voornoemde regel van art. 3.3.5 Awb (en de controle daarop) maar ook de algemene rationaliteit -in relativistische zin- van belang. De openheid van de besluitvorming is dan een van de eerste vereisten. Wat het omgaan met deskundigheid betreft betekent dit tweërlei: openheid van deskundigen-advies en (mogelijk in het verlengde hiervan) spreiding van deskundigheid.

Twee wegen staan ten dienste van deze eisen open: het inroepen van onafhankelijke deskundigen en het mogelijk maken van contra-expertise. Onafhankelijke deskundigheid kan aan alle partijen gelijkelijk ter kennis worden gesteld (in de vorm van rapporten e.d.). Belangrijk is daarbij wel dat partijen gelijke invloed hebben gehad op de voorgelegde vragen en de onafhankelijkheid van de deskundigen is gewaarborgd. In verband met dat laatste meen ik dat ambtelijke adviezen niet aan deze eisen voldoen - daarvoor zijn de rechtspositionele en beleidsmatige banden te dominant. Een procedure met contra-expertise is een realistisch alternatief - indien is gewaarborgd dat belanghebbenden een reële kans hebben om zich van contra-expertise te voorzien (waarbij met name geld een rol kan gaan spelen). Zo ben ik van mening dat in de milieurechtelijke sfeer een onafhankelijk orgaan moet worden ingesteld waartoe belanghebbenden zich (tot op zekere hoogte kosteloos) voor contra-expertise kunnen wenden¹⁸. De HR heeft overigens meer recent, onder andere in het arrest Velsen-De Waard¹⁹, te kennen gegeven dat de door eiser gemaakte (redelijke) kosten voor (redelijkerwijs benodigde) "deskundige bijstand" terzake van een met succes

18. Bijvoorbeeld een zelfstandig bestuursorgaan, dat tevens kan beoordelen of de noodzaak tot daadwerkelijk (nieuw) onderzoek in het concrete geval aanwezig is.
19. HR 17 november 1989, AB'90, 81, m.nt. Kleijn, en niet zo lang daarvoor: HR 3 april 1987,

tegen een bestuursorgaan ingestelde administratiefrechtelijke procedure via de burgerlijke rechter op het bestuur kunnen worden verhaald²⁰.

Tenslotte kan worden overwogen om in alle procedures die met een vergunningaanvraag beginnen, de aanvrager te verplichten tot een (minimale) effectrapportage²¹. Deze rapportage kan een goede uitgangspositie zijn om belanghebbenden gelijke kansen in de procedure te geven²².

- d. Wat de *contentieuze* fase betreft beperk ik mij ertoe aandacht te vragen voor het feit dat rechterlijke toetsing van de rationaliteit consequenties kan hebben voor de eisen die wij moeten stellen aan de rechterlijke "kundigheid". Kundigheid duidt in deze context op het vermogen te toetsen of het bestuur, bij de (af)weging van complexe belangen, juist op het punt van de (objectieve) inhoudsdeskundigheid, ter verkrijging van kennis omtrent feiten en belangen, al dat gene heeft gedaan dat rechtens van het bestuur geveerd kan worden.

Daarmee is in de eerste plaats de vraag naar de rechterlijke inhoudsdeskundigheid gesteld. Het vooruitzicht dat een rechter vaak met bepaalde complexe belangen te maken zal krijgen kan bijdragen tot het idee om de beslissing over de desbetreffende rechtsgeschillen dan op te dragen aan gespecialiseerde, deskundige rechters. Daarbij kan zelfs zover worden gegaan als bij de voorbereiding van de Beroepswet van 1955 het geval leek te worden. Toen werd voorgesteld bepaalde geschillen op te dragen aan medische specialisten als geneesheer-rechter²³. Dit voorstel is nimmer aangenomen. Hoewel formeel dualistisch²⁴, is de thans gekozen weg van de vaste-deskundige procedure materieel overigens zo dat het oordeel van de vaste-deskundige in (zeer) hoge mate bepalend is voor de uitkomst van het geding. In het kader van het project reorganisatie van de rechterlijke macht, is in de subcommissie sociale verzekeringsrechtspraak en arbeidsrechtspraak²⁵ de wenselijkheid van gespecialiseerde rechters aan de orde gebracht. Meer nog dan bij algemene procedurele voorzieningen²⁶, kan specialisatie de -uit een

20. Mits de burgerlijke rechter meent dat in de administratiefrechtelijke procedure vernietigde bestuursdaad tevens een onrechtmatige daad in de zin van artikel 1401 BW oplevert, waarbij de belangrijkste 'hobbel' voor eiser thans nog slechts lijkt te zijn of er sprake is van mede-schuld aan zijn kant.
21. Dit lijkt op de MER maar hoeft niet zo ver te gaan.
22. In feite vindt hier het idee van de "equality of arms" toepassing, maar dan in de context van het objectiviteitprobleem.
23. Vergelijk A.Q.C. Tak / J.B.J.M. ten Berge, Nederlands administratief procesrecht, Zwolle 19837, nr. 1392, p. 177.
24. Ex artikel 135 Ber.w. voorziet een vast deskundige in een advies waarna de voorzitter ex artikel 141 Ber.w. de zaak vereenvoudigd afdoet.
25. Onder voorzitterschap van mr A.G. van Galen, ingesteld 29 november 1979, rapport augustus 1981, in het kader van de werkzaamheden van de Staatscommissie Herziening Rechterlijke Organisatie.
26. Zoals niet-lijdelijkheid en een uitgebreide onderzoeksbevoegdheid, die ook aan niet-gespecialiseerde rechters kunnen worden toegekend.

- het aspect van de objectiviteit sluit nauw aan bij deze problematiek. Deskundigheid is begrensd in de zin dat deskundige uitspraken altijd moeten worden gedaan terwijl geen volledige zekerheid omtrent feiten is bereikt en de mogelijkheid bestaat dat de huidige inzichten door die van morgen worden weerlegd. Dat betekent dat slechts naar de huidige "stand van de wetenschap" kan worden geoordeeld, en er dus schattingen van de (relatieve) zekerheid van geldende inzichten moeten worden gemaakt. Voorts is toepassing van de geldende inzichten op het concrete geval door het (soms) generaal karakter van bestaande kennis ingewikkeld - en ten dele op aannames gebaseerd (niet alle variabelen zijn -in de concrete situatie- op hun effect berekenbaar). Tenslotte is het niet ondenkbeeldig dat in wetenschappelijke kringen verschillend wordt gedacht over bepaalde problemen. Een en ander houdt mede verband met het feit dat objectiviteit fundamenteel uitgesloten is door de waardegebondenheid van waarnemingen en vaak noodzakelijkerwijs te stellen aannames.

Als waarde-oriëntaties steeds weer een rol spelen en objectiviteit - kortom - problematisch is, is niet alleen voornoemde regel van art. 3.3.5 Awb (en de controle daarop) maar ook de algemene rationaliteit -in relativistische zin- van belang. De openheid van de besluitvorming is dan een van de eerste vereisten. Wat het omgaan met deskundigheid betreft betekent dit tweërlei: openheid van deskundigen-advies en (mogelijk in het verlengde hiervan) spreiding van deskundigheid.

Twee wegen staan ten dienste van deze eisen open: het inroepen van onafhankelijke deskundigen en het mogelijk maken van contra-expertise. Onafhankelijke deskundigheid kan aan alle partijen gelijkelijk ter kennis worden gesteld (in de vorm van rapporten e.d.). Belangrijk is daarbij wel dat partijen gelijke invloed hebben gehad op de voorgelegde vragen en de onafhankelijkheid van de deskundigen is gewaarborgd. In verband met dat laatste meen ik dat ambtelijke adviezen niet aan deze eisen voldoen - daarvoor zijn de rechtspositionele en beleidsmatige banden te dominant. Een procedure met contra-expertise is een realistisch alternatief - indien is gewaarborgd dat belanghebbenden een reële kans hebben om zich van contra-expertise te voorzien (waarbij met name geld een rol kan gaan spelen). Zo ben ik van mening dat in de milieurechtelijke sfeer een onafhankelijk orgaan moet worden ingesteld waartoe belanghebbenden zich (tot op zekere hoogte kosteloos) voor contra-expertise kunnen wenden¹⁸. De HR heeft overigens meer recent, onder andere in het arrest Velsen-De Waard¹⁹, te kennen gegeven dat de door eiser gemaakte (redelijke) kosten voor (redelijkerwijs benodigde) "deskundige bijstand" terzake van een met succes

tegen een bestuursorgaan ingestelde administratiefrechtelijke procedure via de burgerlijke rechter op het bestuur kunnen worden verhaald²⁰. Tenslotte kan worden overwogen om in alle procedures die met een vergunningaanvraag beginnen, de aanvrager te verplichten tot een (minimale) effectrapportage²¹. Deze rapportage kan een goede uitgangspositie zijn om belanghebbenden gelijke kansen in de procedure te geven²².

- d. Wat de *contentieuze* fase betreft beperk ik mij ertoe aandacht te vragen voor het feit dat rechterlijke toetsing van de rationaliteit consequenties kan hebben voor de eisen die wij moeten stellen aan de rechterlijke "kundigheid". Kundigheid duidt in deze context op het vermogen te toetsen of het bestuur, bij de (af)weging van complexe belangen, juist op het punt van de (objectieve) inhoudsdeskundigheid, ter verkrijging van kennis omtrent feiten en belangen, al dat gene heeft gedaan dat rechtens van het bestuur gevergd kan worden.

Daarmee is in de eerste plaats de vraag naar de rechterlijke inhoudsdeskundigheid gesteld. Het vooruitzicht dat een rechter vaak met bepaalde complexe belangen te maken zal krijgen kan bijdragen tot het idee om de beslissing over de desbetreffende rechtsgeschillen dan op te dragen aan gespecialiseerde, deskundige rechters. Daarbij kan zelfs zover worden gegaan als bij de voorbereiding van de Beroepswet van 1955 het geval leek te worden. Toen werd voorgesteld bepaalde geschillen op te dragen aan medische specialisten als geneesheer-rechter²³. Dit voorstel is nimmer aangenomen. Hoewel formeel dualistisch²⁴, is de thans gekozen weg van de vastedeskundige procedure materieel overigens zo dat het oordeel van de vastedeskundige in (zeer) hoge mate bepalend is voor de uitkomst van het geding. In het kader van het project reorganisatie van de rechterlijke macht, is in de subcommissie sociale verzekeringsrechtspraak en arbeidsrechtspraak²⁵ de wenselijkheid van gespecialiseerde rechters aan de orde gebracht. Meer nog dan bij algemene procedurele voorzieningen²⁶, kan specialisatie de -uit een

20. Mits de burgerlijke rechter meent dat in de administratiefrechtelijke procedure vernietigde bestuursdaad tevens een onrechtmatige daad in de zin van artikel 1401 BW oplevert, waarbij de belangrijkste 'hobbel' voor eiser thans nog slechts lijkt te zijn of er sprake is van mede-schuld aan zijn kant.
21. Dit lijkt op de MER maar hoeft niet zo ver te gaan.
22. In feite vindt hier het idee van de "equality of arms" toepassing, maar dan in de context van het objectiviteitsprobleem.
23. Vergelijk A.Q.C. Tak / J.B.J.M. ten Berge, Nederlands administratief procesrecht, Zwolle 1983, nr. 1392, p. 177.
24. Ex artikel 135 Ber.w. voorziet een vast deskundige in een advies waarna de voorzitter ex artikel 141 Ber.w. de zaak vereenvoudigd afdoet.
25. Onder voorzitterschap van mr A.G. van Galen, ingesteld 29 november 1979, rapport augustus 1981, in het kader van de werkzaamheden van de Staatscommissie Herziening Rechterlijke Organisatie.
26. Zoals niet-lijdelijkheid en een uitgebreide onderzoeksbevoegdheid, die ook aan niet-gespecialiseerde rechters kunnen worden toegekend.

18. Bijvoorbeeld een zelfstandig bestuursorgaan, dat tevens kan beoordelen of de noodzaak tot daadwerkelijk (nieuw) onderzoek in het concrete geval aanwezig is.

19. HR 17 november 1989, AB'90, 81, m.nt. Kleijn, en niet zo lang daarvoor: HR 3 april 1987, NJ'88,275, m.nt. Brunner.

oogpunt van snelheid en accuratesse- op bepaalde rechts- of bestuursgebieden wenselijk geachte vertrouwdheid bevorderen²⁷.

In zaken met betrekking tot complexe belangen acht ik het, even afgezien van de discussie over het al dan niet gebruik maken van gespecialiseerde rechters, van belang dat de rechter zich voorziet van deskundigen-adviezen. Daarbij heb ik niet alleen het oog op 's rechters geïnformeerdeheid in algemene zin, maar ook op zijn vermogen te beoordelen of het bestuur de kwestie van inbreng van expertise goed heeft gewogen²⁸.

In verband met de advisering van rechters lijkt mij het punt van de rechterlijke bereidheid (en mogelijkheid) tot zelfstandig feiten-onderzoek van belang. In dit opzicht vormde -bijvoorbeeld- het oude Kroonberoep een duidelijk voorbeeld van niet-lijdelijk onderzoek, iets dat overigens wel werd toegeschreven aan de (overheersend) bestuurlijke invalshoek²⁹. Het ambtsbericht dat bij dit onderzoek van groot belang werd geacht, moet met de inwerkingtreding van de Tijdelijke wet kroongeschillen worden onderscheiden in het bericht ex artikel 32c lid 3 Wet RvS, afkomstig van de minister, en het bericht ex artikel 32 lid 1 Wet RvS afkomstig van adviseurs³⁰. Met name deze laatste categorie is hier interessant, de eerste categorie is thans omstreden voorzover de minister geen partij in het geschil is, nu bestuurlijke invloed op het rechterlijk oordeel in brede kring wordt afgewezen³¹. Wat het "adviseurs-bericht" (ex artikel 32c lid 1 Wet RvS) betreft moeten we denken aan de adviezen van de Adviseur Beroepen Milieubeheer en het Bureau adviseur Raad van State. Uit de thans bestaande TwK-jurisprudentie van de AGB blijkt dat deze adviezen nog altijd een groot gewicht hebben³². Twee punten verdienen in die context aandacht (al zal ik ze hier slechts noemen). In de eerste plaats is het de vraag of de onafhankelijkheid van de genoemde adviseurs wel voldoende gewaarborgd is. Verheij plaatst daarbij, wat de Adviseur Beroepen Milieubeheer betreft, m.i. terecht een kritisch vraagteken³³. Iedere schijn van (institutionele) partijdigheid zou hier vermeden moeten worden.

In de tweede plaats zou de rechter in zijn einduitspraak moeten motiveren op welke wijze hij met het advies is omgegaan en waarom.

27. Vergelijk ook Mulder, A., Naar een nieuwe structuur van de rechterlijke macht, NJB 1988/29, p. 1073-1080, die dit aspect nog eens uitdrukkelijk noemt.

28. Gelet op de deskundigheid van het bestuur zelf en hetgeen door belanghebbenden en andere betrokkenen (adviseurs) is opgemerkt.

29. Bröring, H.E., C. Lambers, De Tijdelijke wet Kroongeschillen toegespitst op het terrein van de milieuhygiëne, M+R 87/7, p. 218-225 (i.h.b. p. 219).

30. Uijlenburg, Rosa, De AGB als rechter, NTB 88/5, p. 164-170.

31. Vergelijk onder meer Stroink, F.A.M., A.Q.C. Tak, J.M.H.F. Teunissen, Een analyse van één jaar TwK-jurisprudentie, NJB 89/8, p. 253-257, met name p. 255.

32. Verheij, N., De AGB als rechter, Bestuur 89/(7 en) 8, (p. 228-232 en) p. 248-251, in het bijzonder p. 250.

33. Verheij, N., p. 249-250.

- e. De conclusie moet na deze korte schets zijn dat bij de beoordeling van de (juridische) rationaliteit van het bestuurlijk handelen, zowel aan bestuur als aan de rechter die tot taak heeft het desbetreffende bestuurlijk handelen te toetsen, een aantal eisen worden opgelegd. Deze eisen hebben aan de ene kant te maken met specifieke rationaliteit; zowel bestuur als rechter moeten vooral waar complexe belangen in het geding zijn, zich een zekere inhoudsdeskundigheid eigen maken of inhoudsdeskundigen in schakelen bij de controle op hun eigen (bestuurlijke of rechterlijke) geïnformeerdeheid. Anderzijds moet juist met het oog op de algemene rationaliteit, vooral in de non-contentieuze besluitvormingsfase worden gewaakt voor openheid van besluitvorming, zulks met het oog op de objectiviteitsproblemen die deskundigen-adviezen omringen.

3. Naar een algemene rationaliteitseis voor het bestuurlijk handelen?

- a. Bij de analyse van de benodigde specifieke rationaliteit, of "objectieve" inhoudsdeskundigheid, verwees ik reeds naar wat ik -gemakshalve- de algemene rationaliteit heb genoemd. Bij algemene rationaliteit gaat het om een breed concept, te weten dat van een open uitwisseling van kennis, inzichten, ideeën en opvattingen. Het idee van de specifieke rationaliteit heeft daarentegen een betrekkelijk grote verwantschap met de klassieke rationaliteitsopvatting waarin de gedachte nog was dat het deskundig oordeel een soort (gedeeltelijke) onthulling van de waarheid inhield. Op deze gedachte bracht ik, in de context van het objectiviteitsprobleem, al een correctie aan met een verwijzing naar de algemene rationaliteit. Hier op voortbordurend wil ik nu op de juridische betekenis van het concept van algemene rationaliteit ingaan. Meer precies zal ik de vraag bespreken (en beantwoorden) of algemene rationaliteit, in relatieve of discursieve zin opgevat, kan worden beschouwd als een eis van behoorlijk bestuur.
- b. Voordat ik daarbij de definitieve link met bestuursrechtelijke normen leg geloof ik dat het nuttig is het discursieve rationaliteitsconcept te verduidelijken door het aan te leggen tegen het democratiebegrip. Daarbij moet ik aantekenen dat ik democratie enerzijds en rechtsstatelijkheid anderzijds als twee onderscheiden invalshoeken beschouw, elk met een eigen karakter, waarbij beide ideeën elkaar kunnen aanvullen³⁴.

34. Twee handen die elkaar schudden, waaruit iets aardigs kan ontstaan maar die elkaar ook weer

oogpunt van snelheid en accuratesse- op bepaalde rechts- of bestuursgebieden wenselijk geachte vertrouwelijkheid bevorderen²⁷.

In zaken met betrekking tot complexe belangen acht ik het, even afgezien van de discussie over het al dan niet gebruik maken van gespecialiseerde rechters, van belang dat de rechter zich voorziet van deskundigen-adviezen. Daarbij heb ik niet alleen het oog op 's rechters geïnformeerde in algemene zin, maar ook op zijn vermogen te beoordelen of het bestuur de kwestie van inbreng van expertise goed heeft gewogen²⁸.

In verband met de advisering van rechters lijkt mij het punt van de rechterlijke bereidheid (en mogelijkheid) tot zelfstandig feiten-onderzoek van belang. In dit opzicht vormde -bijvoorbeeld- het oude Kroonberoep een duidelijk voorbeeld van niet-lijdelijk onderzoek, iets dat overigens wel werd toegeschreven aan de (overheersend) bestuurlijke invalshoek²⁹. Het ambtsbericht dat bij dit onderzoek van groot belang werd geacht, moet met de inwerkingtreding van de Tijdelijke wet kroongeschillen worden onderscheiden in het bericht ex artikel 32c lid 3 Wet RvS, afkomstig van de minister, en het bericht ex artikel 32 lid 1 Wet RvS afkomstig van adviseurs³⁰. Met name deze laatste categorie is hier interessant, de eerste categorie is thans omstreden voorzover de minister geen partij in het geschil is, nu bestuurlijke invloed op het rechterlijk oordeel in brede kring wordt afgewezen³¹. Wat het "adviseurs-bericht" (ex artikel 32c lid 1 Wet RvS) betreft moeten we denken aan de adviezen van de Adviseur Beroepen Milieubeheer en het Bureau adviseur Raad van State. Uit de thans bestaande TwK-jurisprudentie van de AGB blijkt dat deze adviezen nog altijd een groot gewicht hebben³². Twee punten verdienen in die context aandacht (al zal ik ze hier slechts noemen). In de eerste plaats is het de vraag of de onafhankelijkheid van de genoemde adviseurs wel voldoende gewaarborgd is. Verheij plaatst daarbij, wat de Adviseur Beroepen Milieubeheer betreft, m.i. terecht een kritisch vraagteken³³. Iedere schijn van (institutionele) partijdigheid zou hier vermeden moeten worden.

In de tweede plaats zou de rechter in zijn einduitspraak moeten motiveren op welke wijze hij met het advies is omgegaan en waarom.

27. Vergelijk ook Mulder, A., Naar een nieuwe structuur van de rechterlijke macht, NJB 1988/29, p. 1073-1080, die dit aspect nog eens uitdrukkelijk noemt.
28. Gelet op de deskundigheid van het bestuur zelf en hetgeen door belanghebbenden en andere betrokkenen (adviseurs) is opgemerkt.
29. Bröring, H.E., C. Lambers, De Tijdelijke wet Kroongeschillen toegespitst op het terrein van de milieuhygiëne, M+R 87/7, p. 218-225 (i.h.b. p. 219).
30. Uijlenburg, Rosa, De AGB als rechter, NTB 88/5, p. 164-170.
31. Vergelijk onder meer Stroink, F.A.M., A.Q.C. Tak, J.M.H.F. Teunissen, Een analyse van één jaar TwK-jurisprudentie, NJB 89/8, p. 253-257, met name p. 255.
32. Verheij, N., De AGB als rechter, Bestuur 89/(7 en) 8, (p. 228-232 en) p. 248-251, in het bijzonder p. 250.
33. Verheij, N., a.w., p. 249-250.

- e. De conclusie moet na deze korte schets zijn dat bij de beoordeling van de (juridische) rationaliteit van het bestuurlijk handelen, zowel aan bestuur als aan de rechter die tot taak heeft het desbetreffende bestuurlijk handelen te toetsen, een aantal eisen worden opgelegd. Deze eisen hebben aan de ene kant te maken met specifieke rationaliteit; zowel bestuur als rechter moeten, vooral waar complexe belangen in het geding zijn, zich een zekere inhoudsdeskundigheid eigen maken of inhoudsdeskundigen in schakelen bij de controle op hun eigen (bestuurlijke of rechterlijke) geïnformeerde. Anderzijds moet juist met het oog op de algemene rationaliteit, vooral in de non-contentieuze besluitvormingsfase worden gewaakt voor openheid van besluitvorming, zulks met het oog op de objectiviteitsproblemen die deskundigen-adviezen omringen.

3. Naar een algemene rationaliteitseis voor het bestuurlijk handelen?

- a. Bij de analyse van de benodigde specifieke rationaliteit, of "objectieve" inhoudsdeskundigheid, verwees ik reeds naar wat ik -gemakshalve- de algemene rationaliteit heb genoemd. Bij algemene rationaliteit gaat het om een breed concept, te weten dat van een open uitwisseling van kennis, inzichten, ideeën en opvattingen. Het idee van de specifieke rationaliteit heeft daarentegen een betrekkelijk grote verwantschap met de klassieke rationaliteitsopvatting waarin de gedachte nog was dat het deskundig oordeel een soort (gedeeltelijke) onthulling van de waarheid inhield. Op deze gedachte bracht ik, in de context van het objectiviteitsprobleem, al een correctie aan met een verwijzing naar de algemene rationaliteit. Hier op voortbordurend wil ik nu op de juridische betekenis van het concept van algemene rationaliteit ingaan. Meer precies zal ik de vraag bespreken (en beantwoorden) of algemene rationaliteit, in relatieve of discursieve zin opgevat, kan worden beschouwd als een eis van behoorlijk bestuur.

- b. Voordat ik daarbij de definitieve link met bestuursrechtelijke normen leg geloof ik dat het nuttig is het discursieve rationaliteitsconcept te verduidelijken door het aan te leggen tegen het democratiebegrip. Daarbij moet ik aantekenen dat ik democratie enerzijds en rechtsstatelijkheid anderzijds als twee onderscheiden invalshoeken beschouw, elk met een eigen karakter, waarbij beide ideeën elkaar kunnen aanvullen³⁴.

34. Twee handen die elkaar schudden, waaruit iets aardigs kan ontstaan maar die elkaar ook weer los kunnen laten, ziedaar.

De aan Lincoln toegeschreven slogan ter typering van het **democratie-begrip**: 'Government of the people, by the people, for the people'³⁵, kan goed worden verbonden met een andere typering: 'government by discussion'³⁶. Dit credo wijst naar het voor het democratiebegrip kenmerkende mechanisme van openbare meningsvorming, dat goed aansluit bij het discursieve rationaliteitsconcept. Democratie als regeervorm houdt op die grondslag ook de pretentie hoog bij uitstek tot kwalitatief goede beslissingen te kunnen leiden. De meerderheidsregel past "naadloos" in dit systeem omdat daardoor de, voor openbare meningsvorming noodzakelijke, gelijkwaardige individuele (morele) autonomie van de burgers, voorop wordt gesteld³⁷. De meerderheidsregel geeft (echter) geen uitsluitel over waarheid of onwaarheid of over goed of kwaad, maar slechts over wat er moet gebeuren³⁸. Alleen in het democratisch mechanisme, c.q. het proces van open ontwikkeling van openbare meningsvorming, gegoten in de vorm van een kritisch debat, ligt de aanspraak op een hogere rationaliteit van besluitvorming besloten. Er bestaan overigens aanmerkelijke risico's dat in dit democratische proces verstoringen optreden - waardoor rationaliteitspretenties³⁹ teloor kunnen gaan. Alleen met behulp van bepaalde spelregels kan worden voorkomen dat dergelijke verstoringen - zoals (misbruik van) machtsverhouding, manipulatie van de publieke opinie, gebrek aan de noodzakelijke deskundigheid en het gevaar van "waan van de dag" - de overhand krijgen. Zippelius wijst in dit verband naar de spelregels van de rechtsstaat: onpartijdigheid, wederkerige controle en de klassieke grondrechten (het recht van vergadering en betoging, vereniging en de vrijheid van meningsuiting); welke van directe betekenis zijn voor het proces van openbare meningsuiting⁴⁰. Rechtsstatelijke waarborgen ondersteunen zo het democratische proces⁴¹. Deze rechtstatelijke waarborgen leveren daarmee niet alleen een bijdrage aan de (zelf)bestendiging van de democratische gezagsbasis maar ook aan

de waarde van het politiek proces als een - discursief - rationeel proces. Als we de vraag stellen of rationaliteit als een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur kan worden beschouwd⁴², moeten we de verhouding tot de (democratische) grondslagen en kenmerken van het politieke proces derhalve nauw in het oog houden.

In het onderdeel over specifieke rationaliteit bij complexe belangen besprak ik reeds het deskundigheidsprobleem, zij het nog niet als probleem voor het democratisch proces. Bezien vanuit die context mag Lincolns uitspraak "You can fool all the people some of the time, and some of the people all the time, but you can not fool all the people all of the time"⁴³ enige hoop geven dat meerderheden in ieder geval uiteindelijk altijd van hun mogelijke dwalingen zullen terugkeren. Blijft staan dat beoordelingsfouten - als gezegd - tot ongewenste en soms tot onomkeerbare gevolgen zullen kunnen leiden. In aanvulling op waarborgen voor de openheid van het debat, zijn waarborgen voor inbreng van deskundigheid in dat debat derhalve - onder omstandigheden - onmisbaar. De besluitvorming mag echter geen zaak van deskundigen worden; het primaat van de democratische besluitvorming moet overeind blijven⁴⁴.

- c. Met de verwijzing naar de **rechtsstaatsidee** is de link gelegd naar het laatste discussiepunt: kunnen we spreken van een rationaliteit als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur?

Voor het overheidsbestuur wordt de rechtsstaatsidee thans tot uitdrukking gebracht in de gebondenheid aan een viertal categorieën beginselen: het legaliteitsbeginsel, het specialiteitsbeginsel, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, de algemene rechtsbeginselen⁴⁵.

Het legaliteitsbeginsel staat vooral in functie van rechtszekerheid (en rechtsgelijkheid). Volgens Van Male is het legaliteitsbeginsel van oudsher mede gegrondvest op de fundamentele eis van weloverwogen overheidsbestuur⁴⁶. De gedachte dat de wet als geschreven rede rationaliteit belichaamt⁴⁷ verbindt hij in zijn proefschrift met de Kantiaanse positie waarin de algemeenheid als kenmerk van wettelijke normen de rationaliteit daarvan verzekert⁴⁸. Het proces van wetgeving waarborgt een goede uitwisseling van argumenten en de vinding van waardevrije, algemene inzichten; de algemeen-

35. Pot, C.W. van der, Handboek van het Nederlandse Staatsrecht, bewerkt door A.M. Donner, Zwolle 1983, p. 146; alsmede de meest recente bewerking van dit standaardwerk door L. Prakke, Zwolle 1989, p. 161.

36. Vergelijk Donner, a.w., p. 146, Prakke p. 161. Ik ga hier overigens voorbij aan de in dit verband gevoerde discussie over vertegenwoordigende of directe democratie - het gaat mij om een onderliggend principe.

37. En drukt daarmee uit dat geen enkele levens- of wereldbeschouwing hogere rechten heeft dan anderen. Vergelijk Zippelius, R., Zur Rechtfertigung des Mehrheitsprinzips in der Demokratie, Aus Politik und Zeitgeschichte (bijlage bij Das Parlament, B42/87), p. 3-10 (met name p. 5 e.v.); alsook Lohmar, U, a.w., -overigens blijkt maar weer eens dat de meerderheidsregel er vooral toe dient dat er wordt beslist.

38. De meerderheid heeft het dus ook niet bij het juiste eind omdat zij de meerderheid is; dan zou de (democratische) waarheid van vandaag - ceteris paribus - de (democratische) onwaarheid van morgen kunnen zijn. Vergelijk Lohmar, U., a.w., p. 11; Zippelius, R., a.w., p. 3 e.v. (§ II).

39. Een pretentie is wel iets anders dan een motief tot. Ik wil hier dus ook niet suggereren dat democratie een vrucht is van onze gerichtheid op rationaliteit.

40. Zippelius, a.w., p. 8.

41. In hoeverre we hier kunnen spreken van vermenging of dat genoemde eisen pure rechtsnormen

42. Mijn insteek was een bescheidener analyse: is rationaliteit een abbb?

43. Oxford Dictionary of Quotations, 3d ed., Oxford University Press, 1979/1985

44. Vgl. in dit verband overigens (naast veel andere literatuur) Polak, J.M., Uitbesteding van wetgeving, NJB'89, p. 1080.

45. Met de laatste doel ik op de beginselen die ook wel als beginselen van behoorlijke regelgeving worden aangeduid - verg. R. van Male, Rechter en bestuurswetgeving, prft. Zwolle 1987, p. 322-324

46. R.M. van Male, NTB, p. 73.

47. Van Male, prft., p. 264./NTB 88/3 i.h.b. p. 73

48. Verg. ook Zippelius, a.w., p. 8

De aan Lincoln toegeschreven slogan ter typering van het **democratie-begrip**: 'Government of the people, by the people, for the people'³⁵, kan goed worden verbonden met een andere typering: 'government by discussion'³⁶. Dit credo wijst naar het voor het democratiebegrip kenmerkende mechanisme van openbare meningsvorming, dat goed aansluit bij het discursieve rationaliteitsconcept. Democratie als regeervorm houdt op die grondslag ook de pretentie hoog bij uitstek tot kwalitatief goede beslissingen te kunnen leiden. De meerderheidsregel past "naadloos" in dit systeem omdat daardoor de, voor openbare meningsvorming noodzakelijke, gelijkwaardige individuele (morele) autonomie van de burgers, voorop wordt gesteld³⁷. De meerderheidsregel geeft (echter) geen uitsluitel over waarheid of onwaarheid of over goed of kwaad, maar slechts over wat er moet gebeuren³⁸. Alleen in het democratisch mechanisme, c.q. het proces van open ontwikkeling van openbare meningsvorming, gegoten in de vorm van een kritisch debat, ligt de aanspraak op een hogere rationaliteit van besluitvorming besloten. Er bestaan overigens aanmerkelijke risico's dat in dit democratische proces verstoringen optreden - waardoor rationaliteitspretenties³⁹ teloor kunnen gaan. Alleen met behulp van bepaalde spelregels kan worden voorkomen dat dergelijke verstoringen - zoals (misbruik van) machtsoverwicht, manipulatie van de publieke opinie, gebrek aan de noodzakelijke deskundigheid en het gevaar van "waan van de dag" - de overhand krijgen. Zippelius wijst in dit verband naar de spelregels van de rechtsstaat: onpartijdigheid, wederkerige controle en de klassieke grondrechten (het recht van vergadering en betoging, vereniging en de vrijheid van meningsuiting); welke van directe betekenis zijn voor het proces van openbare meningsuiting⁴⁰. Rechtsstatelijke waarborgen ondersteunen zo het democratische proces⁴¹. Deze rechtstatelijke waarborgen leveren daarmee niet alleen een bijdrage aan de (zelf)bestending van de democratische gezagsbasis maar ook aan

35. Pot, C.W. van der, Handboek van het Nederlandse Staatsrecht, bewerkt door A.M. Donner, Zwolle 1983, p. 146; alsmede de meest recente bewerking van dit standaardwerk door L. Prakke, Zwolle 1989, p. 161.
36. Vergelijk Donner, a.w., p. 146, Prakke p. 161. Ik ga hier overigens voorbij aan de in dit verband gevoerde discussie over vertegenwoordigende of directe democratie - het gaat mij om een onderliggend principe.
37. En drukt daarmee uit dat geen enkele levens- of wereldbeschouwing hogere rechten heeft dan anderen. Vergelijk Zippelius, R., Zur Rechtfertigung des Mehrheitsprinzips in der Demokratie, Aus Politik und Zeitgeschichte (bijlage bij Das Parlament, B42/87), p. 3-10 (met name p. 5 e.v.); alsook Lohmar, U, a.w., -overigens blijkt maar weer eens dat de meerderheidsregel er vooral toe dient dat er wordt beslist.
38. De meerderheid heeft het dus ook niet bij het juiste eind omdat zij de meerderheid is; dan zou de (democratische) waarheid van vandaag - ceteris paribus - de (democratische) onwaarheid van morgen kunnen zijn. Vergelijk Lohmar, U., a.w., p. 11; Zippelius, R., a.w., p. 3 e.v. (§ II).
39. Een pretentie is wel iets anders dan een motief tot. Ik wil hier dus ook niet suggereren dat democratie een vrucht is van onze gerichtheid op rationaliteit.
40. Zippelius, a.w., p. 8.
41. In hoeverre we hier kunnen spreken van vermenging, of dat genoemde eisen pure rechtsnormen zijn die ook in niet-democratische staten zouden (kunnen) bestaan, laat ik hier in het midden.

de waarde van het politiek proces als een - discursief - rationeel proces. Als we de vraag stellen of rationaliteit als een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur kan worden beschouwd⁴², moeten we de verhouding tot de (democratische) grondslagen en kenmerken van het politieke proces derhalve nauw in het oog houden.

In het onderdeel over specifieke rationaliteit bij complexe belangen besprak ik reeds het deskundigheidsprobleem, zij het nog niet als probleem voor het democratisch proces. Bezien vanuit die context mag Lincolns uitspraak "You can fool all the people some of the time, and some of the people all the time, but you can not fool all the people all of the time"⁴³ enige hoop geven dat meerderheden in ieder geval uiteindelijk altijd van hun mogelijke dwalingen zullen terugkeren. Blijft staan dat beoordelingsfouten - als gezegd - tot ongewenste en soms tot onomkeerbare gevolgen zullen kunnen leiden. In aanvulling op waarborgen voor de openheid van het debat, zijn waarborgen voor inbreng van deskundigheid in dat debat derhalve - onder omstandigheden - onmisbaar. De besluitvorming mag echter geen zaak van deskundigen worden; het primaat van de democratische besluitvorming moet overeind blijven⁴⁴.

- c. Met de verwijzing naar de rechtsstaatsidee is de link gelegd naar het laatste discussiepunt: kunnen we spreken van een rationaliteit als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur?

Voor het overheidsbestuur wordt de rechtsstaatsidee thans tot uitdrukking gebracht in de gebondenheid aan een viertal categorieën beginselen: het legaliteitsbeginsel, het specialiteitsbeginsel, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, de algemene rechtsbeginselen⁴⁵.

Het legaliteitsbeginsel staat vooral in functie van rechtszekerheid (en rechtsgelijkheid). Volgens Van Male is het legaliteitsbeginsel van oudsher mede gegrondvest op de fundamentele eis van weloverwogen overheidsbestuur⁴⁶. De gedachte dat de wet als geschreven rede rationaliteit belichaamt⁴⁷ verbindt hij in zijn proefschrift met de Kantiaanse positie waarin de algemeenheid als kenmerk van wettelijke normen de rationaliteit daarvan verzekert⁴⁸. Het proces van wetgeving waarborgt een goede uitwisseling van argumenten en de vinding van waardevrije, algemene inzichten; de algemeen-

42. Mijn insteek was een bescheidener analyse: is rationaliteit een abbb?
43. Oxford Dictionary of Quotations, 3d ed., Oxford University Press, 1979/1985
44. Vgl. in dit verband overigens (naast veel andere literatuur) Polak, J.M., Uitbesteding van wetgeving, NJB'89, p. 1080.
45. Met de laatste doel ik op de beginselen die ook wel als beginselen van behoorlijke regelgeving worden aangeduid - verg. R. van Male, Rechter en bestuurswetgeving, prft. Zwolle 1987, p. 322-324
46. R.M. van Male, NTB, p. 73.
47. Van Male, prft., p. 264./NTB 88/3 i.h.b. p. 73
48. Verg. ook Zippelius, a.w., p. 8

heid (of herhaalde toepasbaarheid) waarborgt tegen willekeurig overheidsbestuur⁴⁹.

Onze hedendaagse rationaliteitsoptiek stelt - als gezegd - het discursieve element voorop. Van Male spreekt in dat verband over 'weloverwogenheid' of 'redelijkheid in strikte zin' als typerende kwalificaties⁵⁰. Zijn stelling is nu dat de thans geldende ongeschreven rechtsnormen (vooral de algemene beginselen van behoorlijk bestuur), in een situatie van terugtred van de wetgever, dragers zijn geworden van de eis van weloverwogen, niet-willekeurig overheidsbestuur - waarvoor aanvankelijk slechts het legaliteitsbeginsel stond.

Wat mij in de zienswijze van Van Male aanspreekt is het verband dat hij legt tussen twee ontwikkelingslijnen; enerzijds de lijn van de klassieke legaliteitsconceptie naar de hedendaagse ongeschreven rechtsnormen, en anderzijds de lijn van de absolute (klassieke) naar de relatieve (discursieve) rationaliteitsconceptie.

Bezwaarlijk vind ik echter dat in zijn analyse het primaat bij de rationaliteitslijn lijkt te worden gelegd: rationaliteit, vertaald als weloverwogenheid (en redelijkheid in strikte zin), lijkt tot het funderend beginsel voor het rechtsstaatsdenken te worden verklaard. Met het oog op de staatsrechtelijke rolverdeling tussen wetgever, bestuur en rechter, in het bijzonder met het oog op de verhouding tussen recht en politiek, acht ik deze benadering problematisch. Dit hangt nauw samen met het feit dat juist in de context van die verhouding duidelijk kan worden gemaakt waarom alleen rationaliteit in discursieve zin aansluit bij de rechterlijke toetsingspraktijk.

- d. Ik meen dat bij een analyse van rechtsbeginselen ons vertrekpunt moet liggen bij het streven naar intoming van overheidsmacht. In dat opzicht lijkt mij het verbod van willekeur, in eerste aanleg vooral gericht op het realiseren van rechtszekerheid, het primaire beginsel te zijn⁵¹. Dit beginsel werpt zich enerzijds op tegen ongewenste inbreuken op bijzondere belangen (van burgers), terwijl het anderzijds in de verhouding tussen wetgever en bestuur de behartiging van het door de wetgever te duiden algemeen belang centraal stelt.

In de tijds- en cultuurgebonden ontwikkeling van het willekeurverbod komen we de ontwikkelingslijnen waarop Van Male ziet tegen. In eerste aanleg werd het legaliteitsbeginsel daarbij als een aantrekkelijke uitwerking van de in het willekeurverbod besloten rechtswaarborgen gezien. Gaandeweg, met het terugtreden van de wetgever, zijn de ongeschreven rechtsnormen deze functie mee gaan vervullen. Ik acht het waarschijnlijk dat de (tweede) ontwikkeling(-slijn) van de rationaliteitsidee bij deze verschuiving als een soort culturele invloedsfactor heeft gewerkt: eerst (nog in de klassieke zin) ter ondersteu-

ning van de legaliteitsconceptie, naderhand (in de discursieve zin) bij de ontwikkeling van ongeschreven rechtsnormen.

Ook zou het zou onjuist zijn het willekeurverbod (als uitiem rechtsstaatsbeginsel) te identificeren met de rationaliteitsidee. Daarmee zou immers de rationaliteit toch weer als uitiem rechtsstatelijk ijkpunt worden gepostuleerd⁵². Onze rationaliteitsopvattingen (wat is weloverwogen?) zouden daarin inhoud en reikwijdte van aan het overheidsbestuur te stellen rechtseisen volledig gaan bepalen. Als de inhoud van deze rationaliteitseis zich - in de context van bestuurlijke besluitvorming - zou ontwikkelen van de huidige, sterke formele, discursieve beoordeling van het besluitvormingsproces, tot een meer materieel, bijvoorbeeld op utilitaristische leest geschoeide beoordeling, dan zou dit voor de politiek-bestuurlijke vrijheid grote gevolgen hebben. De (fundamentele) rolverdeling tussen recht en politiek zou sterk worden verlegd. Bestuurlijke besluitvorming zou dan 'ondergeschikt worden gemaakt aan een door het recht voorgehouden algemene utilitaristische rationaliteitsmaatstaf. Voor de politiek-beleidsmatige dimensie zou aldus nog slechts geringe (hooguit nog 'rekenkundige') ruimte resteren.

Al vanaf de klassieke legaliteitsconceptie, met uitdrukkelijk (beoogde) inhoudelijk gebonden bestuursbevoegdheden⁵³, wordt de politieke sturing, in eerste aanleg slechts op het wetgevende niveau, voor het recht als uitgangspunt gerespecteerd. Bij de hedendaagse terugtred van de wetgever kunnen ongeschreven recht(er)snormen, juist indien deze het idee van weloverwogenheid in meer inhoudelijke zin tot uitdrukking zouden brengen echter de aanzet vormen tot volledige juridificatie van het politieke proces. Verrassend genoeg moet - wat mij betreft - worden geconstateerd dat zo'n tendens zich de laatste decennia ook aan het aftekenen is. Het denken in termen van een evenredigheidsbeginsel en een beginsel van 'de minste pijn' c.q. het materiële zorgvuldigheidsbeginsel⁵⁴ maken deze juridificatie reeds enigermate zichtbaar⁵⁵. Hier lijkt, de door mij hiervoor slechts als voorbeeld aangehaalde, 'utilitaristische' optiek de boventoon te voeren⁵⁶.

Kernpunt van het willekeurverbod is echter nu juist dat het recht het politieke beleidsproces, met zijn eigen democratische legitimatie, respecteert. Van

52. Van Male gebruikt de, wat mij betreft tamelijk cryptische, aanduiding "rationaliteitspostulaat" NTB 1988/3, p. 74

53. Vgl. Verheij, N., Alleen de wet heerscht over ons. Over de wetmatigheid van bestuur., Publiek Domein 1989/5, p. 188 en 6/7, p. 237.

54. Verg. artikel 3.2.3 lid 2 AWB.

55. In zoverre sluit Van Males zienswijze wellicht wel aan bij de "propagandisten" van deze lijn.

56. Ik vraag mij af of dit het gevolg is van een verkeerde interpretatie van het in de relatie wetgever-bestuur hiervoor centraal gestelde concept van het algemeen belang. Daarmee wordt (hier) bedoeld op het richtinggevend primaat van de wetgever (boven het bestuur). Het lijkt er op dat het algemeen belang als zelfstandig begrip de boventoon is gaan voeren (dat kan -wat mij betreft- echter alleen in de zin van een plicht tot belangenafweging volgens de regels van het recht). Als het begrip algemeen belang inhoudelijk wordt genormeerd worden de beginselen daardoor anders -meer inhoudelijk/beleidsmatig- ingekleurd -hoewel ik nog vrede zou hebben met een vage inhoudelijke norm zoals staatsrecht (dat wettelijk wordt vastgesteld) en de afweging van het algemeen belang.

49. Van Male, prft., pp. 264 e.v.

50. Van Male, prft., p. 266

heid (of herhaalde toepasbaarheid) waarborgt tegen willekeurig overheidsbestuur⁴⁹.

Onze hedendaagse rationaliteitsoptiek stelt - als gezegd - het discursieve element voorop. Van Male spreekt in dat verband over 'weloverwogenheid' of 'redelijkheid in strikte zin' als typerende kwalificaties⁵⁰. Zijn stelling is nu dat de thans geldende ongeschreven rechtsnormen (vooral de algemene beginselen van behoorlijk bestuur), in een situatie van terugtred van de wetgever, dragers zijn geworden van de eis van weloverwogen, niet-willekeurig overheidsbestuur - waarvoor aanvankelijk slechts het legaliteitsbeginsel stond.

Wat mij in de zienswijze van Van Male aanspreekt is het verband dat hij legt tussen twee ontwikkelingslijnen; enerzijds de lijn van de klassieke legaliteitsconceptie naar de hedendaagse ongeschreven rechtsnormen, en anderzijds de lijn van de absolute (klassieke) naar de relatieve (discursieve) rationaliteitsconceptie.

Bezwaarlijk vind ik echter dat in zijn analyse het primaat bij de rationaliteitslijn lijkt te worden gelegd: rationaliteit, vertaald als weloverwogenheid (en redelijkheid in strikte zin), lijkt tot het funderend beginsel voor het rechtsstaatsdenken te worden verklaard. Met het oog op de staatsrechtelijke rolverdeling tussen wetgever, bestuur en rechter, in het bijzonder met het oog op de verhouding tussen recht en politiek, acht ik deze benadering problematisch. Dit hangt nauw samen met het feit dat juist in de context van die verhouding duidelijk kan worden gemaakt waarom alleen rationaliteit in discursieve zin aansluit bij de rechterlijke toetsingspraktijk.

- d. Ik meen dat bij een analyse van rechtsbeginselen ons vertrekpunt moet liggen bij het streven naar intoming van overheidsmacht. In dat opzicht lijkt mij het verbod van willekeur, in eerste aanleg vooral gericht op het realiseren van rechtszekerheid, het primaire beginsel te zijn⁵¹. Dit beginsel werpt zich enerzijds op tegen ongewenste inbreuken op bijzondere belangen (van burgers), terwijl het anderzijds in de verhouding tussen wetgever en bestuur de behartiging van het door de wetgever te duiden algemeen belang centraal stelt.

In de tijds- en cultuurgebonden ontwikkeling van het willekeurverbod komen we de ontwikkelingslijnen waarop Van Male ziet tegen. In eerste aanleg werd het legaliteitsbeginsel daarbij als een aantrekkelijke uitwerking van de in het willekeurverbod besloten rechtswaarborgen gezien. Gaandeweg, met het terugtreden van de wetgever, zijn de ongeschreven rechtsnormen deze functie mee gaan vervullen. Ik acht het waarschijnlijk dat de (tweede) ontwikkeling(-slijn) van de rationaliteitsidee bij deze verschuiving als een soort culturele invloedsfactor heeft gewerkt: eerst (nog in de klassieke zin) ter ondersteu-

49. Van Male, prft., pp. 264 e.v.

50. Van Male, prft., p. 266

51. Vgl de bijdrage van Tak en Bakker elders in dit boek.

ning van de legaliteitsconceptie, naderhand (in de discursieve zin) bij de ontwikkeling van ongeschreven rechtsnormen.

Ook zou het zou onjuist zijn het willekeurverbod (als uitiem rechtsstaatsbeginsel) te identificeren met de rationaliteitsidee. Daarmee zou immers de rationaliteit toch weer als uitiem rechtsstatelijk ijkpunt worden gepostuleerd⁵². Onze rationaliteitsopvattingen (wat is weloverwogen?) zouden daarin inhoud en reikwijdte van aan het overheidsbestuur te stellen rechtseisen volledig gaan bepalen. Als de inhoud van deze rationaliteitseis zich - in de context van bestuurlijke besluitvorming - zou ontwikkelen van de huidige, sterk formele, discursieve beoordeling van het besluitvormingsproces, tot een meer materieel, bijvoorbeeld op utilitaristische leest geschoede beoordeling, dan zou dit voor de politiek-bestuurlijke vrijheid grote gevolgen hebben. De (fundamentele) rolverdeling tussen recht en politiek zou sterk worden verlegd. Bestuurlijke besluitvorming zou dan 'ondergeschikt worden gemaakt' aan een door het recht voorgehouden algemene utilitaristische rationaliteitsmaatstaf. Voor de politiek-beleidsmatige dimensie zou aldus nog slechts geringe (hooguit nog 'rekenkundige') ruimte resteren.

Al vanaf de klassieke legaliteitsconceptie, met uitdrukkelijk (beoogde) inhoudelijk gebonden bestuursbevoegdheden⁵³, wordt de politieke sturing, in eerste aanleg slechts op het wetgevende niveau, voor het recht als uitgangspunt gerespecteerd. Bij de hedendaagse terugtred van de wetgever kunnen ongeschreven recht(er)snormen, juist indien deze het idee van weloverwogenheid in meer inhoudelijke zin tot uitdrukking zouden brengen, echter de aanzet vormen tot volledige juridificatie van het politieke proces. Verrassend genoeg moet - wat mij betreft - worden geconstateerd dat zo'n tendens zich de laatste decennia ook aan het aftekenen is. Het denken in termen van een evenredigheidsbeginsel en een beginsel van 'de minste pijn', c.q. het materiële zorgvuldigheidsbeginsel⁵⁴ maken deze juridificatie reeds enigermate zichtbaar⁵⁵. Hier lijkt, de door mij hiervoor slechts als voorbeeld aangehaalde, 'utilitaristische' optiek de boventoon te voeren⁵⁶.

Kernpunt van het willekeurverbod is echter nu juist dat het recht het politieke beleidsproces, met zijn eigen democratische legitimatie, respecteert. Van

52. Van Male gebruikt de, wat mij betreft tamelijk cryptische, aanduiding "rationaliteitspostulaat", NTB 1988/3, p. 74

53. Vgl. Verheij, N., Alleen de wet heerscht over ons. Over de wetmatigheid van bestuur., Publick Domein 1989/5, p. 188 en 6/7, p. 237.

54. Verg. artikel 3.2.3 lid 2 AWB.

55. In zoverre sluit Van Males zienswijze wellicht wel aan bij de "propagandisten" van deze lijn.

56. Ik vraag mij af of dit het gevolg is van een verkeerde interpretatie van het in de relatie wetgever-bestuur hiervoor centraal gestelde concept van het algemeen belang. Daarmee wordt (hier) bedoeld op het richtinggevende primaat van de wetgever (boven het bestuur). Het lijkt er op dat het algemeen belang als zelfstandig begrip de boventoon is gaan voeren (dat kan -wat mij betreft- echter alleen in de zin van een plicht tot belangenafweging volgens de regels van het recht). Als het begrip algemeen belang inhoudelijk wordt genormeerd worden de beginselen daardoor anders-meer inhoudelijk/beleidsmatig- ingekleurd -hoewel ik nog vrede zou hebben met een vage inhoudelijke norm zoals streven naar (het mogelijk maken van) een menswaardig bestaan!

een aantal beginselen die als verbijzonderingen van het willekeurverbod zijn ontstaan, kan ook worden volgehouden dat zij het politieke proces inhoudelijk ondersteunen: zo bevestigen het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel politieke keuzes die aan opgewerkte verwachtingen en beleidslijnen of -regels ten grondslag liggen. Naar hun aard bezien dwingen deze beginselen ook niet tot politieke verstarring⁵⁷.

Het typische (en tevens problematische) van het willekeurverbod⁵⁸ is het politiek-afhoudende karakter ervan. Daarom kan en mag 'niet-onredelijk' ook niet met 'redelijk' worden vereenzelvigd - hoewel daar taalkundig wellicht veel voor te zeggen valt. Aanvankelijk zag het willekeurverbod mijns inziens vooral op de rechtszekerheid van de burger en de gebondenheid van het bestuur aan het door de wetgever gedefinieerde algemeen belang. In deze zin heeft het willekeurverbod een open karakter, waarmee het wat zijn concretiseringsopties bevattelijk is voor het 'cultuurmoment'⁵⁹. Zo heeft het willekeurverbod in de loop der tijd elementen opgenomen van het idee van de discursieve, openbare meningsvorming, dat ik zojuist als belangrijk democratisch gedachtengoed beschreef. Het *formele* zorgvuldigheidsbeginsel, het fair-play- en het motiveringsbeginsel zijn in het verlengde daarvan te zien als belangrijke verbijzonderingen. Deze beginselen konden zich - als offspring van het willekeurverbod - ontwikkelen omdat ze - in de eerste plaats - geen inbreuk vormen op de leidende gedachte dat de politiek-beleidsmatige dimensie een zelfstandige positie inneemt, mede omdat ze - in de tweede plaats - aansloten op een discursief rationaliteitsconcept.

Door te redeneren in termen van een rationaliteitspostulaat wordt het rechtsstatelijke 'respect' voor het eigen gezag van de politieke besluitvorming miskend. In het verlengde van dit respect is het willekeurverbod dan ook slechts eenzijdig-open van karakter. Het neemt alleen datgene op dat het aspect van de politieke of beleidsmatige keuzevrijheid (impliciet) erkent. Door rationaliteit centraal te stellen wordt deze inwendige 'rem' ten onrechte veronachtzaamd. Te weinig wordt naar mijn mening overigens ingezien dat het eenzijdig-open karakter van het willekeurverbod bescherming en onderstreping verdient⁶⁰.

Ik sluit deze paragraaf af met de stelling dat rationaliteit, niet als postulaat of als ultiem beginsel van de rechtsstaatsidee kan worden beschouwd. Het lijkt mij al evenmin te passen in onze staatsrechtelijke rolverdeling om te spreken van een rationaliteitsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. Wel heeft (de

ontwikkeling van het) rationaliteitsidee invloed op inhoud en uitwerking van het willekeurverbod, zij het voor zover dit zich met het eenzijdig-open karakter daarvan laat verenigen; hetgeen bij een discursief rationaliteitsbegrip goed mogelijk is.

Dat ook Van Male rationaliteit niet als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur zal zien, ik moet ook hem tenslotte recht doen, meen ik te mogen afleiden uit zijn stelling dat: "de rechter... slechts een oordeel toekomt over de vraag of ie irrationeel is" Dit is het geval indien *niet* (cursivering, MAH) blijkt *dat* (belangen zijn afgewogen. Zou deze rechterlijke terughoudendheid minder v gaan, dan dreigt "dat de rechter dieper ingrijpt in het wezen van de politiel prioriteitstelling, dan hij gelet op zijn staatsrechtelijke positie kan verar woorden"⁶¹.

4. Tot besluit

Hoewel de eis van een algemene rationaliteit niet als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur kan worden gekwalificeerd, moet tegelijkertijd worden erkend dat rationaliteit, mits begrepen in discursieve zin en gesteld in functie van (met name) het willekeurverbod, bij de toetsing van het bestuurlijk handelen door de rechter, een zekere rol kan spelen. Deze rol ligt daarbij in de sfeer van hetgeen ik hiervoor betoogde bij de relatie tussen democratie en rationaliteit; bij de algemene rationaliteit als verwijzing naar de open uitwisseling van kennis, opvattingen en argumenten. Daarbij lijkt rationaliteit vooral van belang waar het probleem van expertise zich bij het verkrijgen van kennis over feiten en belangen doet gelden. Juist in die context kan de algemene rationaliteit - in functie van het willekeurverbod - bijdragen aan correct omgaan met het probleem van (ontbrekende) inhoudsdeskundigheid. Daarmee ben ik weer terug op het punt waarmee ik deze bijdrage begon, maar dan nu aan het einde van de lijn; bij de rechterlijke toetsing.

Het is zaak dat de rechter op het punt van de specifieke bestuurlijke rationaliteit van handelen tot een goed oordeel kan komen. Bij de door De Waard gegeven opsomming van beginselen van behoorlijke (administratieve) rechtspleging⁶², lijken met name het motiveringsbeginsel (dat hij met name in functie van de kwaliteitsbevordering⁶³ van het rechterlijk oordeel stelt) en het verdedigingsbeginsel (in het bijzonder het adagium 'who decides must hear') als waarboven voor een redelijk - althans, niet onredelijk - handelende rechter te worden beschouwd. Toch meen ik dat juist met het oog op het rechterlijk oordeel over

57. Zij zijn niet veel meer dan "je moet je woord houden, tenzij"-beginselen, met een - passende! - relatieve afweerkracht (vgl. Messer, E.A., M.A. Heldeweg, Bestuurscompensatie en het specialiteitsbeginsel, publicatie in RM Themis voorzien in het voorjaar van 1990).

58. Als rechtsstaatsbeginsel en als abbb.

59. Verg. J.J. Boasson, De rechter tegenover de vrijheid der administratie, prft., Groningen 1911, p. 380-381.

60. Hierom ging het in mijn kritiek op art 3.2.3. lid 2 VAWB; in De prijs van codificatie, TvO'88/18,

61. Van Male, proefschrift, p. 349.

62. De Waard, B.W.N., Beginselen van behoorlijke rechtspleging, prft. Zwolle 1987, onderscheid van beginselen op blz. 127-128; te weten het decisie-beginsel, het verdedigingsbeginsel, het onpartijdigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel (later werkt De Waard deze verder uit).

63. De Waard (p. 371 e.v.) onderscheidt drie functies van het motiveringsbeginsel: kwaliteitsbevordering, informatie en legitimatie, alsmede rechtsvorming.

een aantal beginselen die als verbijzonderingen van het willekeurverbod zijn ontstaan, kan ook worden volgehouden dat zij het politieke proces inhoudelijk ondersteunen: zo bevestigen het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel politieke keuzes die aan opgewerkte verwachtingen en beleidslijnen of -regels ten grondslag liggen. Naar hun aard bezien dwingen deze beginselen ook niet tot politieke verstarring⁵⁷.

Het typische (en tevens problematische) van het willekeurverbod⁵⁸ is het politiek-afhoudende karakter ervan. Daarom kan en mag 'niet-onredelijk' ook niet met 'redelijk' worden vereenzelvigd - hoewel daar taalkundig wellicht veel voor te zeggen valt. Aanvankelijk zag het willekeurverbod mijns inziens vooral op de rechtszekerheid van de burger en de gebondenheid van het bestuur aan het door de wetgever gedefinieerde algemeen belang. In deze zin heeft het willekeurverbod een open karakter, waarmee het wat zijn concretiseringsopties bevattelijk is voor het 'cultuurmoment'⁵⁹. Zo heeft het willekeurverbod in de loop der tijd elementen opgenomen van het idee van de discursieve, openbare meningsvorming, dat ik zojuist als belangrijk democratisch gedachtengoed beschreef. Het *formele* zorgvuldigheidsbeginsel, het fair-play- en het motiveringsbeginsel zijn in het verlengde daarvan te zien als belangrijke verbijzonderingen. Deze beginselen konden zich - als off-spring van het willekeurverbod - ontwikkelen omdat ze - in de eerste plaats - geen inbreuk vormen op de leidende gedachte dat de politiek-beleidsmatige dimensie een zelfstandige positie inneemt, mede omdat ze - in de tweede plaats - aansloten op een discursief rationaliteitsconcept.

Door te redeneren in termen van een rationaliteitspostulaat wordt het rechtsstatelijke 'respect' voor het eigen gezag van de politieke besluitvorming miskend. In het verlengde van dit respect is het willekeurverbod dan ook slechts eenzijdig-open van karakter. Het neemt alleen datgene op dat het aspect van de politieke of beleidsmatige keuzevrijheid (impliciet) erkent. Door rationaliteit centraal te stellen wordt deze inwendige 'rem' ten onrechte veronachtzaamd. Te weinig wordt naar mijn mening overigens ingezien dat het eenzijdig-open karakter van het willekeurverbod bescherming en onderstreping verdient⁶⁰.

Ik sluit deze paragraaf af met de stelling dat rationaliteit, niet als postulaat of als ultiem beginsel van de rechtsstaatsidee kan worden beschouwd. Het lijkt mij al evenmin te passen in onze staatsrechtelijke rolverdeling om te spreken van een rationaliteitsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. Wel heeft (de

57. Zij zijn niet veel meer dan "je moet je woord houden, tenzij"-beginselen, met een - passende! - relatieve afweerkracht (vgl. Messer, E.A., M.A. Heldeweg, Bestuurscompensatie en het specialiteitsbeginsel, publicatie in RM Themis voorzien in het voorjaar van 1990).

58. Als rechtsstaatsbeginsel en als abbb.

59. Verg. J.J. Boasson, De rechter tegenover de vrijheid der administratie, prft., Groningen 1911, p. 380-381.

60. Hierom ging het in mijn kritiek op art 3.2.3. lid 2 VAWB; in De prijs van codificatie, TvO'88/18, p. 391 e.v.

ontwikkeling van het) rationaliteitsidee invloed op inhoud en uitwerking van het willekeurverbod, zij het voor zover dit zich met het eenzijdig-open karakter daarvan laat verenigen; hetgeen bij een discursief rationaliteitsbegrip goed mogelijk is.

Dat ook Van Male rationaliteit niet als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur zal zien, ik moet ook hem tenslotte recht doen, meen ik te mogen afleiden uit zijn stelling dat: "de rechter... slechts een oordeel toekomt over de vraag of iets irrationeel is" Dit is het geval indien niet (cursivering, MAH) blijkt *dat* er belangen zijn afgewogen. Zou deze rechterlijke terughoudendheid minder ver gaan, dan dreigt "dat de rechter dieper ingrijpt in het wezen van de politieke prioriteitstelling, dan hij gelet op zijn staatsrechtelijke positie kan verantwoordt"⁶¹.

4. Tot besluit

Hoewel de eis van een algemene rationaliteit niet als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur kan worden gekwalificeerd, moet tegelijkertijd worden erkend dat rationaliteit, mits begrepen in discursieve zin en gesteld in functie van (met name) het willekeurverbod, bij de toetsing van het bestuurlijk handelen door de rechter, een zekere rol kan spelen. Deze rol ligt daarbij in de sfeer van hetgeen ik hiervoor betoogde bij de relatie tussen democratie en rationaliteit; bij de algemene rationaliteit als verwijzing naar de open uitwisseling van kennis, opvattingen en argumenten. Daarbij lijkt rationaliteit vooral van belang waar het probleem van expertise zich bij het verkrijgen van kennis over feiten en belangen doet gelden. Juist in die context kan de algemene rationaliteit - in functie van het willekeurverbod - bijdragen aan correct omgaan met het probleem van (ontbrekende) inhoudsdeskundigheid. Daarmee ben ik weer terug op het punt waarmee ik deze bijdrage begon, maar dan nu aan het einde van de lijn; bij de rechterlijke toetsing.

Het is zaak dat de rechter op het punt van de specifieke bestuurlijke rationaliteit van handelen tot een goed oordeel kan komen. Bij de door De Waard gegeven opsomming van beginselen van behoorlijke (administratieve) rechtspleging⁶², lijken met name het motiveringsbeginsel (dat hij met name in functie van de kwaliteitsbevordering⁶³ van het rechterlijk oordeel stelt) en het verdedigingsbeginsel (in het bijzonder het adagium 'who decides must hear') als waarborg voor een redelijk - althans, niet onredelijk - handelende rechter te worden beschouwd. Toch meen ik dat juist met het oog op het rechterlijk oordeel over

61. Van Male, proefschrift, p. 349.

62. De Waard, B.W.N., Beginselen van behoorlijke rechtspleging, prft. Zwolle 1987, onderscheid vier beginselen op blz. 127-128; te weten het decisie-beginsel, het verdedigingsbeginsel, het onpartijdigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel (later werkt De Waard deze verder uit).

63. De Waard (p. 371 e.v.) onderscheid drie functies van het motiveringsbeginsel: kwaliteitsbevordering, informatie en legitimatie, alsmede rechtsvorming.

de rationaliteit van het bestuurlijk handelen het willekeurverbod als een beginsel van behoorlijke administratieve rechtspleging niet mag ontbreken⁶⁴.

Praktisch gezien acht ik de toevoeging van het willekeurverbod in deze context vooral van belang voor het - eerder aangestipte - probleem van de rechterlijke kundigheid. In meer kritische termen: de rechterlijke plicht om zich op z'n kundigheid terzake te bezinnen, zo nodig advies in te winnen en kritisch te staan tegenover de adviezen die zijns weegs komen!

Vanuit het rationaliteitsperspectief is het - tenslotte - van belang dat de rechterlijke controle op van het bestuurlijk handelen geschiedt in een procedure die ook zelf voldoet aan de eisen van een rationeel discours: een open uitwisseling van argumenten en opvattingen gesteund door onderzoek naar de (feitelijke) grondslagen daarvan. Verwezenlijking van genoemde rechtsplegingsbeginselen (waaronder het willekeurverbod) kan een zodanige situatie bewerkstelligen.

Het rationaliteitsconcept heeft geen zelfstandige juridische betekenis. Redeneren in termen van een bestuurlijke (en rechterlijke) algemene rationaliteitseis maakt zichtbaar wat de precieze plaats en betekenis van het willekeurverbod moet zijn. Daarbij wordt duidelijk dat willekeur en rationaliteit niet met elkaar mogen worden geïdentificeerd.

Voorts blijkt het rationaliteitsconcept - in discursieve zin opgevat - van heuristische betekenis. Het brengt ons op het spoor van enkele (van het willekeurverbod 'afstammende') algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het zorgvuldigheids- en het motiveringsbeginsel. Daarbij wordt duidelijk dat zowel het willekeurverbod als deze 'off-spring', hoewel politiek-afhoudend of eenzijdig-open van aard (en eigenlijk juist door toedoen daarvan), tegelijkertijd het proces van oordeelsvorming kwalitatief kunnen versterken.

Tenslotte is het rationaliteitsconcept van belang bij de aandacht die nodig is voor de beoordeling van complexe belangen. Juist waar het gaat om specifieke rationaliteit blijkt het bewaken van de algemene rationaliteit - het discours - van groot belang. De rechter kan hierin - mits kritisch over zijn eigen kundigheid - een belangrijke rol vervullen.

R.E.C.M. Niessen

1. Inleiding

"Belasting noemen wij de heffing, waardoor de overheid zich door middel van juridische dwang middelen verschaft om publieke uitgaven te bestrijden zulks zonder enige praestatie daartegenover te stellen". Adriani vult zijn definitie aldus aan: "Vermogen moet naar de overheid overgaan; er moet een verplaatsing zijn van het particuliere vermogen naar het overheidsvermogen".²

De gedachte dat het bij de heffing van belasting gaat om overdracht van middelen van burger aan Staat, is volstrekt gemeengoed. De gedachte dat de Staat aan zichzelf belasting zou moeten betalen, lijkt zinledig. Ook Hofstra gewaagde in achtereenvolgende drukken van zijn vermaarde handboek van "bijdragen van particuliere huishoudingen aan de overheid". In de zesde druk getuigt hij evenwel van een veranderde zienswijze en merkt hij op:

"Ik liet thans achterwege de woorden 'van particuliere huishoudingen' omdat ook publiekrechtelijke lichamen belastingschuldig kunnen zijn".³

De vraag of publiekrechtelijke lichamen principieel wel belastingplichtig *kunnen* zijn, is echter pregnanter dan de aangehaalde mededeling doet vermoeden. Ik wil hieraan in navolging van Giele⁴ een beschouwing wijden.

Giele heeft de ten aanzien van de belastingheffing van publiekrechtelijke lichamen bestaande chaos in de regelgeving blootgelegd. Hij concludeert 'dat de wetgever, bij de beantwoording van de vraag in hoeverre de overheid al dan niet in de belastingheffing behoort te worden betrokken, een volstrekt ondoorzichtig beleid voert en zich nauwelijks bewust lijkt van de principiële aspecten daarvan' (blz. 179-180).

Het onderhavige onderzoek is gericht op de vraag welke de ratio kan zijn om publiekrechtelijke lichamen als belastingplichtige aan te wijzen. Daarbij zal blijken dat de ontleding van fiscale wetgeving hypothesen voor de werking van de overheid als zodanig kan opleveren.

Het onderwerp zal ons voeren tot het vraagstuk van het onderscheid tussen typische en a-typische overheidstaken en dat van de verhouding tussen publiekrechtelijke lichamen en organen onderling.

1. Met dank aan A.Q.C. Tak.

2. P.J.A. Adriani, Het belastingrecht, tweede druk bewerkt door de auteur en J. van Hoorn jr., L.J. Veen's Uitgeverij N.V., 1954 Amsterdam, Deel I, blz. 99 resp. 93.

3. H.J. Hofstra, Inleiding tot het Nederlandse belastingrecht, Kluwer Deventer 1986, 6e druk, blz. 25.

4. J.F.M. Giele, De overheid als belastingbetaler, Van Dijkbundel, Uitgeverij FED BV, 1988.

64. Opmerkelijk genoeg is ook De Waard (prft. p. 68) van mening dat voor de rechtspraak -meer nog dan voor het bestuur- het willekeurverbod van toepassing is. Hij voert het verbod echter -