

Special issue on Education in (Professional) Legal Ethics, -
Emanuel van Dongen & Jet Tigchelaar (eds.)

Peter van Lochem

. Ter inleiding: de ambtelijke werkelijkheid in twee cases

Professionele ethiek bij het uitoefenen van de overheidstaak wordt wel beschouwd als het sluitstuk van de democratische rechtsstaat (Schlössels & Timmermans, 2013). Ook als de overheid normen van democratie en rechtsstaat volledig in acht neemt, kan het met een goede uitvoering van de overheidstaak nog lelijk misgaan door de beroepsethische mores van ambtenaren. Voorbeelden van ambtelijk handelen dat leidt tot hevige maatschappelijke verontwaardiging en dat bovendien de minister in problemen brengt, liggen voor het oprapen. Ik begin dit artikel zo concreet mogelijk met twee recente cases die tot dergelijke gevolgen hebben geleid: het eerste wetsontwerp Tijdelijke wet maatregelen covid-19¹ en de kinderopvangtoeslagaffaire. Omdat ik hierbij wil inzoomen op de overheidsinterne gang van zaken en de betrokkenheid van overheidsjuristen daarbij, moet ik enigszins speculatief zijn. Aan de hand van de beschikbare informatie, kan een beeld worden gevormd van de overheidsinterne rol van overheidsjuristen daarbij. Wat zich precies heeft afgespeeld is aan het beeld onttrokken, ook daar waar evaluaties in ruime mate voorhanden zijn.²

Case 1: Eerste wetsontwerp Tijdelijke wet maatregelen covid-19

De minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) heeft de wettelijke opdracht³ om leiding te geven aan de pandemiebestrijding. Bij de bestrijding van de covid-19-pandemie blijken zijn bevoegdheden daartoe beperkt. Zo gaat hij niet over de organisaties die een centrale rol spelen in die bestrijding, de GGD'en en de ziekenhuizen. Bovendien kan hij burgers en bedrijven geen beperkingen opleggen, omdat die bevoegdheid is gecentraliseerd naar de voorzitters van de veiligheidsregio's. Deze voorzitters mogen echter geen regels vaststellen (in regionale verordeningen) die de grondrechtelijke vrijheden van burgers beperken, maar dat doen regels die de bewegingsvrijheid beperken en tot mondkapjes verplichten nu juist wel. Met het nodige vernuft hadden de juridisch adviseurs van de minister enige oplossingen gevonden. Zij gaven aan de Wpg een zodanige interpretatie, dat de bevoegdheid van de minister om de regiovoorzitters op te dragen de bestrijding ter hand te nemen zich uitstrekke tot bevoegdheden die de voorzitters op grond van een andere wet hebben.⁴ Daarnaast maken zij een modelverordening, die de regiovoorzitters dan konden overnemen en als regionale verordening konden vaststellen. Weliswaar zijn die verordeningen in strijd met de Grondwet, maar de juridisch adviseurs schatten het risico dat de rechter de regionale verordeningen wegens die strijd onverbindend zal verklaren niet hoog in en adviseerden de minister daarom deze weg te kiezen. Die risicoanalyse blijkt juist te zijn. Alle regiovoorzitters bleken bereid de door de minister gemaakte verordeningen over te nemen en de rechters besloten in voorkomende rechtszaken de verordeningen als rechtsgrond te aanvaarden.⁵ Enkele maanden later – in zomer 2020 – wordt de juridische grond onder de bevoegdheden van de minister alsnog weggenomen. Enkele hoogleraren staatsrecht trekken de nodige media-aandacht met hun juridische bezwaren tegen de bestaande praktijk. Ook de Raad van State wijst erop, zij het in mildere bewoording, dat de gekozen juridische constructie niet veel langer houdbaar is en dat op korte termijn een wettelijke grondslag geboden is.⁶ De Tweede Kamer toont zich wel enigszins gevoelig voor de bezwaren, maar oefent tegelijkertijd veel druk uit op de minister om een succesvolle pandemiebestrijding te garanderen. Voor een beroep op beperkte bevoegdheden is de Tweede Kamer allerminst gevoelig, en deze gaat door met het formuleren van eisen en ingebrekestellingen aan het adres van de minister, wiens voorganger tijdens een eisen- en in gebreke stellend debat moest afhaken. De minister vraagt zijn directeur Wetgeving en Juridische Zaken (WJZ) een wetsontwerp te maken dat hem in staat stelt zijn leidinggevende rol bij de coronabestrijding te kunnen uitvoeren zoals de Tweede Kamer dat van hem eist. Zo kan hij voorkomen dat hij nog eens tegen juridische problemen oploopt. De wetgevingsjuristen maken een wetsontwerp waarin de minister de bevoegdheden krijgt die nodig zijn voor een succesvolle pandemiebestrijding. Zij wijzen de minister erop dat het om ingrijpende bevoegdheden gaat, maar deze zijn nodig gebleken om aan de eisen van de Tweede Kamer te kunnen voldoen en bovendien zijn deze bevoegdheden slechts tijdelijk.⁷ Ook nu laten hoogleraren staatsrecht zich niet onbetuigd. Zij beschuldigen de minister van een staatsrechtelijk onaanvaardbare machtsgreep, die zich laat vergelijken met die van koning Willem I. De Tweede Kamer blijkt andermaal gevoelig voor deze kritiek en dwingt de minister niet alleen tot een wijziging van het wetsontwerp, maar ook tot het maken van excuses voor de indiening van het eerdere ontwerp.

Case 2: De kinderopvangtoeslagaffaire

Op grond van de Wet op de kinderopvang (Wko) heeft een ouder die voldoet aan de wettelijke voorwaarden recht op kinderopvangtoeslag. Die voorwaarden zijn door de wetgever bewust strikt geformuleerd. Zo is de ouder verantwoordelijk voor de juistheid van de gegevens op basis waarvan de Belastingdienst de uitkering toekent. Elke onjuistheid betekent stopzetten en terugvorderen van de uitkering. Voor eventuele bezwaren heeft de wetgever bewust gekozen voor een lichtere rechtsbescherming dan die op grond van de Algemene wet bestuursrecht (Donner, 2019, p. 26 e.v.). De toepassing van de Wko is nog strikter geworden met de Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving (de Fraudewet), waarmee een ruime meerderheid van de Tweede Kamer instemde. De Tweede Kamer hield vast aan de harde lijn, ook nadat vanaf 2014 vanuit diverse fracties herhaaldelijk werd gewezen op onbetaalbare schulden als gevolg van onachtzaamheid bij het indienen van de aanvraag. Voor de fiscaal juristen bij de Belastingdienst, optredend als belastinginspecteur, is de beleidslijn helder en bovendien geheel in lijn met de desbetreffende wetgeving. Bij ontbrekende gegevens, bijvoorbeeld een niet-getekende aanvraag, rest haar of hem niet anders dan de toeslag te stoppen en het ten onrechte betaalde terug te vorderen. Wél toekennen van de toelage zou niet alleen in strijd zijn met de dienstopdracht, maar is bovendien in strijd met de wet.⁸ De juristen zijn er wel bezorgd over dat de schulden soms snel oplopen – het gaat gemiddeld om uitkeringen van ongeveer duizend euro per maand – maar suggesties om de financiële pijn voor de aanvragers te verzachten, worden afgewezen. Het gaat hier immers niet om een onvoorziene harde uitvoering van de wetgeving, maar om een uitdrukkelijk door de Tweede Kamer voorziene en gewenste handhaving.⁹ Bovendien heeft de Raad van State, optredend als bestuursrechter, bij herhaling ingestemd met de strikte handhaving. Enkele jaren later worden publiekelijk bezwaren geuit tegen de toeslagenpraktijk. Door of namens ouders die met stopzetting en terugbetaling van hun kinderopvangtoeslag zijn geconfronteerd, wordt steeds meer aandacht gevraagd voor de strikte toepassing van het toeslagenbeleid. Zij wijzen erop dat de schulden soms groot zijn en de onjuistheid van de aangeleverde informatie beperkt. Daarbij zou van enigerlei bewuste onjuistheid (fraude) geen sprake zijn, al was het maar omdat de ouders de invulling van de gegevens aan anderen, bijvoorbeeld de kinderopvangorganisaties, hebben overgelaten. Tot hun schrik merkten de overheidsjuristen bij de Belastingdienst dat hun werk in steeds heftiger bewoording wordt gediskwalificeerd. Niet alleen de Nationale Ombudsman, maar ook hun eigen staatssecretaris, geeft aan dat bij de uitvoering de menselijke maat ontbrak. Ook de Kamerleden, die toch tot die strikte wetgeving hadden besloten en bovendien op strikt beleid hadden aangedrongen, volgden in deze diskwalificatie. De uit hun midden gevormde commissie-Van Dam (Van Dam, 2020) concludeerde dat 'ongekend onrecht' had plaatsgevonden, overigens zonder het werk en de overwegingen van de betrokken overheidsjuristen (en andere ambtenaren) in hun onderzoek te betrekken. Met de nodige verontwaardiging hadden deze belastingambtenaren gekeken naar de ondervragingen waarbij de Belastingdienst onder meer werd verweten dat de kinderopvangtoeslag als een massaproces werd uitgevoerd.¹⁰ Zij vroegen zich af hoe individugericht een massa aanvragen kan worden uitgevoerd.¹¹ Hun verontwaardiging was zo mogelijk nog groter toen zij in de krant lazen dat hun politieke bestuurder – de staatssecretaris van Financiën – bij het Openbaar Ministerie tegen enkele collega's aangifte had gedaan. Zij moesten worden gestraft voor hun al te strikte handhaving.

o 2. Professionele ethiek van bovenaf en van onderop

In beide cases worden overheidsjuristen geconfronteerd met ethische kwesties en dilemma's. Zo zijn onder meer de volgende beroepsethische normen aan de orde:

1. gehoorzaamheid en loyaliteit tegenover de minister, voortkomend uit de ambtelijke status van overheidsjuristen: in de eerste case blijkt dat hun interpretatie van huidige wetgeving en hun ontwerp van nieuwe wetgeving gericht is op het juridisch legitimeren van voldoende handelingsruimte voor de minister. In de tweede case blijkt de gehoorzaamheid en loyaliteit uit het handelen in lijn met het vastgestelde (fraude)beleid;
2. deskundigheid bij het vinden van juridische oplossingen;
3. rechtmatigheid:¹² in de tweede case houden de overheidsjuristen zich tegenover burgers strikt aan de wet. De oriëntatie op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur lijken minder leidend. Als het gaat om bevoegdheden van de minister, blijken zij in case 1 de wet naar hun hand te zetten door een 'goed' gevonden interpretatie. Het uitvoeren van risicoanalyses staat ook op gespannen voet met rechtmatigheid. Eventuele onrechtmatigheid wordt in feite geaccepteerd, zodra de inschatting is dat er geen probleem van komt;

4. aanvaardbare machtsvorming: met het eerste ontwerp van de Tijdelijke wet maatregelen covid-19 zijn overheidsjuristen hiermee te ver gegaan, mogelijk op aandringen van de minister.

De hiervoor genoemde normen (of waarden) van de beroepsethiek van overheidsjuristen zijn te beschouwen als behorend tot de geldende beroepsethiek waaraan overheidsjuristen moeten voldoen. Maar onder beroepsethiek kunnen we ook verstaan de ethische uitgangspunten zoals die door de beroepsbeoefenaren als de juiste worden gezien.

5. versterking van de positie van de minister: het gaat hier niet per se om het gehoorzamen van de minister, maar om de opvatting van de overheidsjuristen wat goed is voor haar of zijn positie, en meer nog voor de positie van het departement op de langere termijn.¹³ De ambtelijke taal kent ook de nodige zegswijzen waaruit een min of meer passieve rol van de minister blijkt; het is voor haar of zijn bestwil.¹⁴ In case 1 gaat het om het beschikken over voldoende bevoegdheden om aan de politieke en maatschappelijke verwachtingen te kunnen voldoen;
6. niet *against*, maar zo nodig wel *with the law*: het vinden van interpretaties van bestaande wetgeving die drempels wegnemen of overheidshandelen mogelijk maakt is aanvaardbaar volgens de overheidsinterne beroepsethiek van overheidsjuristen;
7. risicoanalyse als professionele, moderne praktijk van overheidsjuristen: de achterliggende gedachte is hier dat de overheid er niet zozeer is om aan de regels te voldoen, maar om aan haar politiek bestuurlijke opdracht te voldoen;¹⁵
8. in beginsel niet tegen het beleid ingaan: zeker niet tegen het beleid waarbinnen je zelf een rol speelt als jurist-ambtenaar. Het oordeel van de rechter is een min of meer absoluut ijkpunt. Kanttekeningen bij het beleid, bijvoorbeeld gelet op ongewenste effecten ervan, worden beperkt geuit.¹⁶

De eerste vier uitgangspunten behoren tot de beroepsethiek als deel van de publieke moraal, zoals die gewoonlijk door politiek, bestuur en ambtelijke leiding wordt verwoord. Ze komen ook naar voren – geformuleerd als normen of als waarden – in onderzoek naar de ambtelijke of bestuurlijke ethiek (Van den Heuvel, Huberts & Verberk, 2002, Van der Wal, 2014, en Doornbos & Mein, 2019). Ze zijn te beschouwen als de beroepsethiek van bovenaf. De laatste vier uitgangspunten betreffen de overheidsinterne, contextuele beroepsethiek van overheidsjuristen. We zouden hier van de beroepsethiek van onderop kunnen spreken.

o **3. Vraag naar normatieve oriëntatie in het professionele ethiekonderwijs voor aankomend overheidsjuristen**

Het universitaire ethiekonderwijs voor aankomend overheidsjuristen kan zonder moeite worden gevuld met een veelheid aan casuïstiek. Zo beschouwd, levert de inhoudelijke vulling van dit onderwijs weinig problemen op. Maar er is wel een andere kwestie die nadere aandacht verdient, en die ik in het navolgende centraal wil stellen. Dat is de vraag naar de normatieve oriëntatie. Dient de aankomend overheidsjurist primair de publieke moraal of de overheidsinterne moraal te worden voorgehouden? Het lijkt voor de hand te liggen om de aankomende overheidsjurist het publieke normenkader voor te houden en hem te leren van hieruit kritisch te kijken naar de werkelijkheid van het overheidshandelen. De hoop daarbij is dat deze invulling van het professionele ethiekonderwijs de jurist in staat zal stellen tot kritische distantie en reflectie bij de toekomstige beroepsuitoefening binnen de overheidsorganisatie. Voor velen zal het minder voor de hand liggen om in het professionele ethiekonderwijs het overheidsinterne normenkader primair te stellen. Een dergelijke normatieve benadering van onderop zal bij menigeen de vrees opwekken voor een al te loyale ambtenaar die zich beijvert om vooral de ambtelijke en politieke leiding te dienen in plaats van het publiek. En als deze loyale ambtenaar een jurist-ambtenaar is, zal men vrezen dat een oriëntatie op de overheidsinterne beroepsethiek, deze ambtenaar ertoe zal bewegen om rechtsbescherming van burgers ondergeschikt te maken aan de uitvoering van het (politieke) beleid. Toch zal in het navolgende blijken dat veel te zeggen is voor een benadering vanuit het overheidsinterne normenkader. Indien voor het universitaire ethiekonderwijs voor aankomend overheidsjuristen de overheidsinterne in plaats van de publieke moraal als referentie wordt genomen, is de volgende vraag hoe daaraan invulling te geven. Hoe en door wie moet het onderwijsaanbod dan worden bepaald en met welke inhoud?

Alvorens in te gaan op argumenten voor een normatieve benadering van bovenaf (publieke moraal) en van onderop (overheidsinterne moraal) in paragraaf 3 en 4, zal ik eerst nader aangeven wat in dit kader wordt verstaan onder 'aankomend overheidsjurist' (paragraaf 2). In paragraaf 5 ga ik vervolgens in op de vraag naar de implicaties van een contextuele normatieve

benadering voor de invulling en vormgeving van het professionele ethiekonderwijs voor overheidsjuristen.

○ 4. De aankomend overheidsjurist

In deze bijdrage richt ik mij op de aankomend overheidsjurist in de betekenis van de jurist in opleiding, die na de rechtenstudie in dienst zal treden bij de overheid voor de uitoefening van een juridische functie. Omdat het merendeel van de afstuderende juristen een overheidsfunctie gaat uitoefenen, is het raadzaam om er in het professionele universitaire ethiekonderwijs van uit te gaan dat juristen in opleiding aankomend overheidsjurist kunnen zijn. Wanneer op aankomend overheidsjuristen gericht ethiekonderwijs wordt beperkt tot studenten die al vroeg in hun studie een overheidsfunctie ambiëren, dan blijven (te) veel toekomstige overheidsjuristen van dit onderwijs verstoken. Veel studenten denken aanvankelijk niet aan een baan binnen de overheidsorganisatie.¹⁷ Daarvoor zijn wel de nodige verklaringen. De zichtbaarheid van de beroepsuitoefening verschilt met die van rechter en advocaat. Bovendien zijn rechters en advocaten de oprichters van de juridische faculteiten en heeft de overheid zich, tot op de dag van vandaag, veel minder dan rechtspraak en advocatuur, bekommerd om de inhoud van de rechtenopleiding.

De relatief beperkte aandacht (van universiteiten en studenten) voor juridische functies binnen de overheid is voor de rijksoverheid aanleiding geweest om voor juristen die zich bij de ministeries, bij de griffie van de Tweede Kamer en bij de Raad van State bij de voorbereiding van wetgeving betrokken zijn, de Academie voor Wetgeving op te richten. Later is daar de Academie voor Overheidsjuristen bij gekomen, bestemd voor het opleiden van bij de rijksoverheid werkzame juristen die zich in hoofdzaak richten op behandeling van bezwaarschriften, op procesvoering namens de overheid en op juridische advisering van uiteenlopende aard. De beide academies verzorgen voor aankomende wetgevings- en overheidsjuristen een volledige (geaccrediteerde) masteropleiding; aanzienlijk omvangrijker dan de entreeopleidingen voor rechters en advocaten (Bouwes, 2011).

Tijdens de academieopleidingen zijn de trainees al overheidsjurist, omdat zij – naast hun opleiding – deze functie uitoefenen.¹⁸ Dit artikel richt zich op het universitaire ethiekonderwijs aan de aankomende overheidsjurist die een rechtenstudie volgt.

○ 5. Normerend van bovenaf

In het huidige universitaire ethiekonderwijs voor aankomend juristen treffen we gewoonlijk een normatieve benadering van bovenaf. Zo wordt een 'sterk accent' gelegd op centrale, in beroepscode neergelegde, beroepsethiek,¹⁹ of gaat het om de morele problemen die zich voordoen bij toepassing van recht en mensenrechten.²⁰ In dit ethiekonderwijs is, zoals in het universitair juridisch onderwijs als geheel, geen specifieke aandacht voor overheidsjuristen. De overheidsjurist beschikt ook niet over een met de rechter en advocaat vergelijkbare (specifieke) beroepscode. Op het ambtelijke deel van haar of zijn functie is wel de omvangrijke 'Gedragscode Integriteit Rijk' van toepassing.²¹ De in deze ambtelijke beroepscode vermelde kernwaarden van het ambtelijk professionele handelen zijn onafhankelijkheid en onpartijdigheid, betrouwbaarheid en zorgvuldigheid en, ten slotte, eigen verantwoordelijkheid. Verder bevat de code nog een groot aantal specifieke normen, zoals regels over het aannemen van geschenken of over de omgang met lobbyisten.

In het kader van de universitaire bestuurskundeopleiding is wel wat meer aandacht voor op de overheid gericht ethiekonderwijs. Gelet op het hoge percentage bestuurskundige afstudeerders dat bij de overheid gaat werken (ongeveer 95%), ligt dat ook wel voor de hand. Als afzonderlijk vak blijkt (professionele) ethiek overigens weinig levensvatbaar (Hoekstra, Van Dijk & Talsma, 2016). Voor zover binnen de bestuurskunde professioneel ethiekonderwijs wordt aangeboden, is de benadering vanuit de theorie.²² De normatieve oriëntatie is hier ook van bovenaf, in die zin dat aan de studenten gedragscodes worden voorgehouden zodat zij deze later in de praktijk kunnen toepassen.²³

Een normatieve oriëntatie van bovenaf, vanuit de al dan niet in beroepscode vastgelegde beroepsmoraal, is niet alleen gebruikelijk, maar zeker ook te verdedigen. Er zijn ten minste drie goede argumenten voor. De eerste is de gerichtheid op het bovenliggende ideaal van de beroepsuitoefening. De ambtelijke beroepsethiek wordt, als gezegd, vaak beschouwd als een voorwaarde voor de realisering van de democratische rechtsstaat.²⁴ Het professionele ethiekonderwijs zou aankomend overheidsjuristen de maatstaven kunnen bieden om in de toekomstige beroepsuitoefening het functioneren van democratie en rechtsstaat in acht te nemen en waar mogelijk te bevorderen.

Ten tweede zal het ethiekonderwijs vanuit de – al dan niet gecodificeerde – beroepsethiek de aankomend overheidsjurist ook in staat stellen zich kritisch op te stellen en tegenspraak te leveren in de gevallen waarin hij in de toekomstige praktijk een met de positieve beroepsmoraal strijdige situatie tegenkomt. Foqué beschouwt het als dé uitdaging voor elke juridische opleiding

om de aan te bieden kennis in te zetten 'als onmisbaar kritisch perspectief en toetssteen op de praktijk' (Foqué, 2012). Het belang van tegenspraak door overheidsjuristen binnen de overheidsorganisatie wordt, vooral bij de voorbereiding van wetgeving, herhaaldelijk beklemd.²⁵ Binnen de rechtenopleidingen wordt de ontwikkeling van een kritische opstelling op uiteenlopende wijzen nagestreefd (onder meer Van Klink & Francot, 2018). Natuurlijk kent de invloed van de nieuw aangetreden overheidsjurist zijn beperkingen, maar gewoonlijk wordt van de nieuwkomer wel enig idealisme verwacht en kan deze zich het leveren van kritiek en tegenspraak wel permitteren. Bovendien kan het beschikken over algemeen geaccepteerde maatstaven de overheidsjurist helpen bij het oplossen van de (morele) dilemma's waarmee zij of hij in de praktijk zal worden geconfronteerd.

Een derde argument voor een normatieve oriëntatie van bovenaf is dat deze goed past bij de – vermoedelijk dominante – veronderstelling dat de overheidsjurist een rol heeft als poortwachter. In die veronderstelling behoort het tot de verantwoordelijkheid van de overheidsjurist te bewaken dat het overheidshandelen binnen de gestelde normatieve grenzen blijft (Dodek, 2010, Haimé, 2015 en Mastenbroek, 2017). Uit de genoemde kinderopvangtoeslagaffaire komt ook een dergelijke verwachting naar voren, namelijk dat de overheidsjurist (en hier ook andere ambtelijke collega's) niet zo scherp zouden moeten handhaven als door de wetgever uitdrukkelijk leek te zijn opgedragen.

○ 6. Normerend van onderop

Naast beschouwing van het recht als gelegen in bovenliggende bronnen als wetgeving en rechtsleer, treft men ook die waar het recht gezocht wordt binnen uiteenlopende kringen binnen de samenleving: het recht van onderop²⁶ of het recht in context.²⁷ Dat geldt evenzo voor het terrein van de ethiek.²⁸ De gedachte hierbij is dat men op goede gronden kan vinden dat het recht van bovenaf het formeel geldende recht is, maar dat niettemin binnen samenlevingskringen het rechtsbewustzijn en het handelingspatroon van de binnen die kring acterende personen daarvan kan afwijken. Dat hoeft niet altijd te leiden tot het overtreden van de formele normen. Iemand kan ook op enigerlei manier zodanig handig met die normen omgaan, dat van een echte strijd daarmee minder duidelijk sprake is.²⁹ Zijn er goede argumenten om bij het universitaire ethiekonderwijs voor de aankomend overheidsjurist de contextuele, overheidsinterne beroepsethiek als normatieve oriëntatie te nemen? Menigeen zal moeite hebben met de gedachte dat de aankomend jurist zich dit interne normenkader eigen zal maken. Dit interne normenkader gaat immers hier en daar in tegen de geldende beroepscode(s) en (daarmee) ook tegen normen die gerekend kunnen worden tot het normenkader van de democratische rechtsstaat of gaat daar in sommige gevallen al te handig mee om.³⁰ Ook dit laatste zou de overheid zich, op grond van bovenliggende (ethische) normen, niet kunnen permitteren.³¹ Uit de hiervoor besproken twee cases is wel gebleken dat beroepsethische normen van bovenaf en van onderop kunnen verschillen. Die constatering is overigens herhaaldelijk gedaan (zie bijvoorbeeld: Van der Wal, 2010 en Van Lochem, 2013). Niettemin zijn er goede argumenten om het professionele ethiekonderwijs voor aankomend overheidsjuristen te richten op de ethiek van onderop, op de beroepsethische normen in context. Hierna noem ik drie argumenten: een realistische entree, gevoel voor tegenkracht en rolvastheid.

6.1 Een realistische entree

De eerste publicatie over de jurist als ambtenaar is van bijna een eeuw geleden. De publicatie is bekend gebleven door de vaak en met instemming geciteerde oproep van Kan aan het adres van aankomend overheidsjuristen om geen ambtenaar te worden indien zij over een 'scherp uitgebeiteld' karakter beschikken.³² De interne organisatiecultuur bij de overheid lijkt duurzaam pragmatisch. Dat is op zichzelf niet verontrustend, nu pragmatisme kenmerkend wordt geacht voor de Nederlandse cultuur als geheel. Volgens Pleij (2014) biedt het dé verklaring voor onze welvaart. Pragmatisme is in zekere zin ook kenmerkend voor de wijze waarop de Nederlandse rechtsstaat gestalte heeft gekregen. Voor principiële verankering in instituties als een constitutioneel hof of in een *attorney general*,³³ voelen wij weinig.³⁴ Uit de woorden van Kan blijkt ook, dat een principiële opstelling binnen de ambtelijke gelederen niet is uitgesloten. Het is wel lastig, niet in de laatste plaats ook voor de ambtenaar zelf. Maar zelfs dan wordt gewoonlijk een pragmatische oplossing gevonden, bijvoorbeeld door de taak waartegen de ambtenaar principiële bezwaren heeft door een collega te laten uitvoeren en het niet als werkweigering op de spits te drijven.³⁵ Het pragmatisme binnen ambtelijke geledingen is haast absoluut.

Deze pragmatiek binnen de overheidsorganisatie is niet alleen te verklaren uit de cultuur van ons land. Besluitvorming binnen de overheidsorganisatie verloopt vrijwel altijd onder tijdsdruk. Dit betekent dat vaak onvoldoende recht kan worden gedaan aan de zich voordoende botsing van belangen en moraliteiten. Tijdsdruk en belangenafweging – de moraliteiten zijn vaak

nauwelijks afweegbaar maar vergen een beredeneerde toelichting – leiden ook vaak tot de nodige pragmatiek in de besluitvorming. Het beeld van Becker (2007), dat alleen bestuurders knopen doorhakken, lijkt mij niet in overeenstemming met de werkelijkheid. Het aandeel van ambtenaren in de definitieve besluitvorming is in de meeste gevallen veel groter.³⁶ Het ethiekonderwijs zal de aankomend overheidsjurist meer helpen met een inleiding op een complexe en normatief relativerende realiteit dan met het meegeven van de meer principiële normering van de (gedeeltelijk vastgelegde) beroepsethiek. De aankomend overheidsjurist wordt bij zijn inleidingen op uiteenlopende rechtsgebieden gewoonlijk ruimschoots gericht op de rechtsstatelijke gebreken van het overheidsoptreden en de mogelijkheden daarbij om overheid en mogelijk individuele ambtenaren strafrechtelijk en civielrechtelijk aan te spreken. Daarbij is het geen gebruik om zich te verdiepen in voorafgaande advisering door overheidsjuristen. Het kan voor het ethiekonderwijs aan de aankomende juristen een uitdaging zijn om de praktijk van de overheidsjurist wel in beeld te brengen. De hierbij te ontwikkelen attitude is daarbij te richten op het leren uitstellen van een oordeel ter wille van onderzoek naar de overheidsinterne feiten en overwegingen.

Een dergelijke aanpak van het professionele ethiekonderwijs vergt vanzelfsprekend ook een openheid van de ambtelijke dienst zelf. Juist zaken die in normatief opzicht op of over de pijngrens zijn verlopen, moeten achteraf bespreekbaar zijn. Aan die voorwaarden wordt overigens vaker voldaan dan men zou vermoeden.³⁷

Tot de realistische voorbereiding van aankomend overheidsjuristen, zoals hier bepleit, behoort ook het wijzen op de vaak complexe samenwerking waarin het werk binnen de overheid wordt uitgevoerd. Vooral aan de beleidsuitvoering en de totstandkoming van wetgeving wordt vaak door veel ambtenaren, regelmatig ook die van meerdere ministeries gewerkt. Dat maakt het soms moeilijk om je individueel verantwoordelijk te kunnen voelen. De door de commissie-Van Dam (kinderopvangtoeslagen) opgeroepen personen verwezen vermoedelijk (ook) om die reden regelmatig naar andere actoren in het proces.

6.2 Waakzaam voor tegenkrachten

Niet alleen realisme is een argument om de normatieve oriëntatie van het ethiekonderwijs voor aankomend overheidsjuristen te richten op de overheidsinterne ethiek. Een tweede argument betreft het mogelijk oproepen van tegenkrachten. Een eenzijdig beroep op rechtsstatelijkheid enzovoort, kan weerstand oproepen die juist afbreuk kan doen aan rechtsstatelijkheid. Principiële opvattingen zijn, zo gezien, niet alleen lastig voor de leidinggevende en voor jezelf, maar kunnen een zo krachtig verzet oproepen, dat de achterliggende waarden juist verdere beperking ondergaan.

Op juridisch terrein is de recente *Urgenda*-zaak daarvan een treffend voorbeeld. Wat men ook mag denken van de desbetreffende rechterlijke uitspraken, duidelijk is wel dat deze uitspraken tot – vooral parlementaire – reacties hebben geleid, die gericht zijn op verzwakking van de rechter en op vermindering van grondrechtelijke bescherming. Zo heeft de Tweede Kamer er aanleiding in gezien om het vermeende dikastocratieprobleem te agenderen.³⁸ Daarnaast heeft de grootste regeringspartij er aanleiding in gezien om in haar conceptverkiezingsprogramma de rechtsbescherming op grond van internationale grondrechten substantieel te beperken.³⁹ Heringa meent dat de tekst van dit conceptprogramma zo ver ging, dat hiermee het recht komt te vervallen om bezwaar te maken tegen de wijze waarop landen als Polen en Hongarije omgaan met de eisen van de rechtsstaat (Heringa, 2020).

Het is zinvol om de aankomend overheidsjurist erop attent te maken dat het stellen van normatieve eisen die binnen de overheid al te (onredelijk) beperkend worden ervaren, tegenkrachten kunnen oproepen. Het is vanzelfsprekend niet de bedoeling dat aankomend overheidsjuristen worden opgeleid in het beperken van rechtsstatelijke aanspraken, maar wel dat zij gevoel ontwikkelen over wanneer die aanspraken (effectief) verzet oproepen. Zo is het rechtsstatelijk van belang dat politieoptreden kan worden getoetst aan normen van correct geweldsgebruik. Tegelijkertijd dient de overheidsjurist in te zien dat een dergelijke toets aan politiezijde kan leiden tot enigerlei tegenkracht, zoals afnemende geweldsbereidheid, wanneer deze niet als een redelijke toetsing wordt ervaren.

Het is overigens niet alleen binnen de overheid dat (te) principiële aanspraken weerstand kunnen oproepen. Onlangs gaf Van den Berg in confronterende bewoording blijk van zijn depreciatie van staatsrechtgeleerden die, volgens hem, het overheidshandelen bij herhaling al te principiële de maat nemen.⁴⁰

6.3 Rolvastheid leren

Voor de effectiviteit van het ethiekonderwijs voor aankomend overheidsjuristen is van evident belang dat deze juristen in spe bewust worden gemaakt van hun toekomstige rol binnen de overheidsorganisatie. Die wijkt in de kern af van het in de rechtenstudie gebruikelijke standaardbeeld van bijvoorbeeld de advocaat. De professie van de overheidsjurist is veel

minder gericht op de verdediging van tegengestelde belangen en veel meer op dat van de *constructive lawyer*.⁴¹ Weliswaar heeft de overheidsjurist die in rechte optreedt namens de overheid ook te maken met tegenstellingen, maar hij wordt toch geacht daarbij niet uitsluitend het belang van de overheid aandacht te geven.⁴²

De aankomend overheidsjurist heeft een goed beeld van haar of zijn toekomstige rol nodig om te kunnen bepalen of en zo ja, in welke mate, de zich voordoende ethische kwesties deel van de eigen beroepsethiek uitmaken. Het maakt nogal wat uit of de rol van de overheidsjurist wordt gelijkgesteld met die van de junior advocaat in een groot kantoor, zoals Hutchinson (2009) doet, of met die van de door Waldron (2010) aangegeven *gatekeeper* van de *rule of law*. Is hier de ondergeschiktheid en loyaliteit van de ambtenaar het richtpunt of de autonomie van de professional? Ook hier is het zaak om uit te gaan van de wijze waarop de rol binnen de overheidsorganisatie in praktijk wordt gebracht. Binnen de Nederlandse overheidsorganisatie is die rol nauwelijks geëxpliciteerd en is deze bovendien niet binnen elke overheidsorganisatie gelijk.

Di rol van de overheidsjurist ondergaat overigens veranderingen. In de traditionele invulling, die aan de ministeries nog bestond toen daar in de jaren tachtig de centrale juridische directies werden gevormd, domineerde de rol van de jurist die niet alleen vooraf adviseerde, maar die ook aan het einde van het proces de besluitvorming juridisch toetste. Een negatief oordeel betekende dan dat het besluit niet werd genomen. Juristen hadden daarmee een ruime verantwoordelijkheid, waardoor overheidsjuristen de zich voordoende ethische problemen – bijvoorbeeld die van strijd tussen (politieke) beleidseffectiviteit en rechtsstatelijkheid – in grote mate tot hun eigen verantwoordelijkheid rekenden. Daarna is de – vermoedelijk tot op heden dominante – opvatting geworden dat de verantwoordelijkheden worden gedeeld met de beleidsambtenaren. Optimale samenwerking met deze ambtelijke collega's, van wie de positie zich versterkte, stond voorop.⁴³ In deze samenwerkingsbenadering paste de juridische eindtoets niet meer (Van der Zande, 2011). Recenter is de ontwikkeling waarneembaar naar een markering van de eigen verantwoordelijkheid om diffusie van rollen tegen te gaan en de eigen professie te versterken (De Groot & Van Lochem, 2015). In dit (praktijk)beeld moet de aankomend overheidsjurist leren dat zij of hij lang niet altijd zelf de geadresseerde is van zich voordoende ethische problemen. De beroepsethiek wordt daarmee primair gericht op de juridische dimensie van de overheidstaak. Primair, want in de politiek bestuurlijke context die de overheidsorganisatie is, wordt van de overheidsjurist verwacht dat zij of hij niet alleen een juridische, maar ook een neutrale opstelling kan innemen.⁴⁴

6.4 Résumé: Het belang van normatieve oriëntatie van onderop

Een principiëel geladen beroepsethiek, gericht op normen van rechtsstatelijkheid en rechtvaardigheid, lijkt niet adequaat in de beroepspraktijk van de overheidsjurist. Alleen al daarom is veel te zeggen voor een realistische oriëntatie op de pragmatische beroepswerkelijkheid bij het professionele ethiekonderwijs voor aankomend overheidsjuristen. Terughoudendheid met een normatieve oriëntatie van bovenaf is ook aan te bevelen, omdat zich hier al gauw (normatieve) tegenkrachten ontwikkelen, waarvoor de overheidsjurist nu juist zou moeten waken. Zeker gelet op de nadelige gevolgen ervan, zoals van afnemende rechtsbescherming. Daarnaast helpt een oriëntatie op het overheidsinterne, contextuele normen om de aankomend jurist de gelegenheid te bieden om zich op rolvastheid in zijn toekomstige beroepsuitoefening voor te bereiden.

Voorstelbaar is dat menigeen moeite zal hebben met zo'n realistische, contextgerichte invulling van het professionele ethiekonderwijs. Dient de aankomend overheidsjurist juist niet gevormd te worden aan de hand van bovenliggende beroepsethische normen? Heeft de overheidsjurist niet juist tot taak kritische tegenspraak te leveren op basis van deze normen, om te voorkomen dat het streven naar een effectieve uitvoering van de politieke beleidsdoelen ten koste gaat van de juridische kwaliteit ervan? Moet zij of hij niet de poortwachter van de rechtsstaat zijn, onder andere om burgers te beschermen tegen een al te ambitieus politiek bestuurlijk optreden? Het antwoord is dat die poortwachtersoptie verleden tijd is en dat de overheidsjurist zaken als rechtsbescherming en kwaliteit van wetgeving in deze tijd vermoedelijk het beste kan bereiken door een rolbewust optreden binnen een pragmatische overheid. Het zou irreal  zijn om te veronderstellen dat de beroepsethische vorming van de overheidsjurist zou kunnen bewerkstelligen dat deze jurist het geconstateerde onrecht bij de toekenning van kinderopvangtoeslag had kunnen tegengaan.

Dat het professionele ethiekonderwijs voor overheidsjuristen niet langer moet worden gericht op de professionele eisen die (van bovenaf) aan deze jurist worden gesteld, is geen nieuwe gedachte. Robertson en Tranter (2006) stellen hiervoor in de plaats een gerichtheid op de wijze waarop overheidsjuristen hun discretionaire ruimte (moreel) invullen. Ook Guerrero (2012) concludeert dat '*legal ethics must be fundamentally context-sensitive*'; een conclusie die leidt tot de ontwikkeling van zijn *multi-context view*. Pleidooien voor een meer contextgerichte benadering van de beroepsethiek beperken zich niet tot de beroepsethiek van de overheidsjurist. Van Domselaar bepleitte onlangs een dergelijke benadering van de

beroepsethiek voor advocaten, omdat zij een 'disconnect' waarneemt tussen wat zij noemt de algemene beginselen waaraan advocaten gebonden zijn (van bovenaf) en hoe advocaten zelf naar hun taak kijken (van onderop).⁴⁵ Overigens is er alle ruimte voor twijfel over het houvast dat beroepsethische normen in de praktijk feitelijk bieden.⁴⁶ De vraag nu is hoe in het professionele ethiekonderwijs voor aankomend overheidsjuristen een realistische, contextgerichte benadering, een gerichtheid op de overheidsinterne beroepsnormering, gestalte kan krijgen.

○ 7. Vormgeven aan een contextgericht professioneel ethiekonderwijs voor overheidsjuristen

Wat zijn de implicaties van de hier voorgestelde contextuele benadering voor het professioneel ethiekonderwijs voor aankomend overheidsjuristen? Ervan uitgaande dat het universitaire curriculum voor verandering vatbaar is, geef ik hierna enige indicaties voor de inhoud van zo'n opleiding (paragraaf 7.1), voor de plaats in de opleiding, als afzonderlijk vak of geïntegreerd (paragraaf 7.2) en voor de docentkeuze (paragraaf 7.3).

7.1 De onderwijsinhoud

Het vinden van inhoudelijke thema's en casuïstiek zal voor dit onderwijs geen probleem zijn. In elke periode dienen zich voorvallen aan waarin beroepsethische kwesties en dilemma's aan de orde zijn. Voor een contextgerichte benadering zou het professionele ethiekonderwijs te richten zijn op de ontwikkeling van een attitude waarin empirie en verantwoording centraal staan. Zo'n attitude zal de kans vergroten dat de overheidsjurist vragen over of kritiek op de ethische kwaliteit van haar of zijn handelen, aanzet tot verantwoording en tot (bevorderen van) nader onderzoek naar de feiten; dit zelfs waar mogelijk afdwingt. Onderzoek, hoe beperkt ook, maakt het mogelijk dat tijd wordt genomen voor de feiten en dat nog even kan worden gewacht met het uitspreken van oordelen die mogelijk zijn ingegeven door een bestaand frame van ambtelijk optreden. Individuele verantwoording biedt betrokkenen daarbij de mogelijkheid het bevroegde of betwiste handelen toe te lichten. Daarbij is zelfs mogelijk dat de functionaliteit (en verdedigbaarheid) kan worden aangegeven van de overheidsinterne normen, ook van die normen die afwijken van bovenliggende normen.

Aan deze accentuering van onderzoek en verantwoording door betrokkenen zelf zijn nog twee andere voordelen verbonden. Het eerste is dat ook in geval van ambtelijke keuzen die achteraf onjuist worden geacht, informatie en verantwoording die keuzen toch begrijpelijker kunnen maken. In elk geval is dat te verkiezen boven de gebruikelijke praktijk waarin via (sociale) media grote verwijten en verontwaardiging worden geuit, zonder dat wordt ingezoomd op de door de betrokken ambtenaren gemaakte keuzen. Daarnaast kan een op empirie en verantwoording gerichte attitude een bijdrage zijn aan het tegengaan van *fake news*, complottheorieën en andere vertekeningen van de werkelijkheid.

Voor een treffend voorbeeld van deze benadering kan dienen de reactie van overheidsjuristen binnen de Amerikaanse overheid naar aanleiding van de gewraakte inval in Irak en van de juridische 'rechtvaardiging' van het martelen van gevangene terroristen c.q. verdachten van terrorisme. De verwijten aan het adres van deze juristen in termen van onethische beroepsuitoefening waren talrijk en fel. Niettemin hebben zij hun handelen in ruime mate geopenbaard en toegelicht, zoals blijkt uit de publicaties van Sands (2005 en 2008) hierover en over latere publicaties van deze overheidsjuristen zelf (vooral die van Yoo, 2006). Uit dit Amerikaanse voorbeeld blijkt overigens dat de verantwoording niet per se via formele lijnen hoeft te lopen.⁴⁷

De wijze waarop de door de overheidsjuristen (en collega's) van de Belastingdienst gemaakte keuzen is omgegaan, vormt het tegendeel van wat ik hier bepleit. Geen onderzoek naar het handelen van de betrokken ambtenaren en geen ruimte (genomen) voor ambtelijke verantwoording, maar onderzoek gericht op de ambtelijke en politieke leiding, getoetst aan bovenliggende normen. Een dergelijke benadering leidt al gauw tot grote gebaren en verwijten en tot verwijten van onmenselijkheid aan het adres van ambtenaren en tot het doen van aangiften tegen hen. Het lijkt (te) veel gevraagd van ambtenaren om zich in dit beeld te herkennen.

7.2 Geïntegreerd of als afzonderlijk vak

Een verkenning van de universitaire curricula leert dat het onderwijs in beroepsethiek voor aankomend juristen zelden als afzonderlijk vak wordt aangeboden. Vermoedelijk doet zich hier eenzelfde ontwikkeling voor als de eerdergenoemde ontwikkeling binnen de studie Bestuurskunde. In de enkele gevallen dat hiervan sprake was, bleken deze slechts tijdelijk als afzonderlijke vakken te zijn gegeven. Vervolgens werd gekozen voor het integreren van de

desbetreffende inhoud binnen andere (grotere) vakken. Afgaand op algemene inleidingen en handboeken lijkt de aandacht voor de ethische aspecten van het juridische beroep allerm minst vanzelfsprekend. Dat geldt temeer waar het specifiek om de beroepsethiek van overheidsjuristen gaat. In de op hen gerichte handboeken, in het bijzonder ook die voor wetgevingsjuristen, is de aandacht voor beroepsethische kwesties en dilemma's nogal gering (onder meer Eijlander & Voermans, 2000, Veerman, 2012 en Zijlstra, 2012). Wanneer dergelijke dilemma's toch in beeld komen, wordt gewoonlijk volstaan met verwijzing naar het gezond verstand (Zijlstra, 2012).

Alleen die beperkte aandacht kan al een argument zijn om voor een afzonderlijk vak Ethiek voor overheidsjuristen te kiezen. Nu een groot deel van de rechtenstudenten binnen de overheid werkzaam zal zijn, maar die keuze tijdens de studie nog niet heeft gemaakt, is aan te bevelen om het vak aan alle studenten aan te bieden in plaats van als een keuzevak. Nu de onderdelen van de rechtenstudie voornamelijk gericht zijn op de functie van advocaat en rechter, is aandacht voor beroepsethische aspecten voor overheidsjuristen daarin moeilijk te integreren. Bovendien zal een dergelijke integratie ook al gauw verbonden worden aan bespreking van normen van bovenaf, bijvoorbeeld als sluitstuk van het democratische en rechtsstatelijke normenkader. Als de aandacht voor beroepsethiek van overheidsjuristen al geïntegreerd zou moeten worden, dan zouden, in het verlengde van het voorafgaande, empirische en anderszins onderzoekgerichte vakken daarvoor het meest in aanmerking komen.

7.3 Docentkeuze

Juist omdat ethiekonderwijs, naast kennisoverdracht, ook gericht is op de attitude van aankomend overheidsjuristen, is de docentkeuze van bijzonder belang. Indien, zoals hier, wordt gekozen voor het overheidsinterne (contextuele) normenkader, lijkt het voor de hand te liggen om het onderwijs te laten verzorgen door in die praktijk werkende professionals. Toch is dit minder vanzelfsprekend dan het lijkt. De vraag is namelijk of de professional wel voldoende op de praktijkmoraal kan reflecteren en tegelijkertijd voldoende gericht is op empirie en verantwoording. Juist als je er dicht op zit, kan het moeilijk zijn om het grotere, normatieve kader te zien. Die beperking doet zich mogelijk het meest voor bij personen die al langer in de overheidsorganisatie werkzaam zijn. Opleiders zijn vaak geneigd om juist hen uit te nodigen voor het geven van onderwijs, gelet op hun praktijkervaring.

Een mogelijk goede keuze is hier om leidinggevende overheidsjuristen voor in te schakelen. Directeuren WJZ hebben in de praktijk een verantwoordelijkheid voor het beantwoorden van de vraag: hoe doen wij het hier? Gezamenlijk dragen deze directeuren de verantwoordelijkheid voor het uitvoeren van de regels en voorwaarden, waaronder de juridische functies binnen de rijksoverheid.⁴⁸ Bovendien geeft hun functie hen de mogelijkheid om enige afstand te bewaren. Uit eigen (promotie)onderzoek heb ik ervaren hoezeer juridisch directeuren van ministeries, meer dan andere professionals, in staat zijn tot reflectie op de praktijkmoraal. Zij kennen bovendien uit eigen ervaring de ethische dilemma's van de overheidsjurist, die vaak verbonden zijn aan de spanning tussen beleid en recht, maar ook de dilemma's voortkomend uit de spanning tussen hoog en laag ambtelijke niveau en die tussen politiek en ambtelijke dienst. Een contextuele benadering van het professionele ethiekonderwijs vergt gerichtheid op actuele en voorzienbare problemen. Dit onderwijs moet de rechtenstudent immers in staat stellen om pas over één of enkele jaren om te gaan met zich dan voordoende ethische kwesties en dilemma's. Omdat deze voortdurend verandering ondergaan – het gewicht van en de spanning tussen rationaliteiten en moraliteiten zijn geen constanten – is het raadzaam om naast de juridische leidinggevende, een docent toe te voegen met onderzoekservaring binnen de overheid. Deze tweede docent zal, door een zekere onafhankelijkheid en een analytische benadering, meer dan de docent uit de overheidsorganisatie, in staat zijn de ethische kwesties en dilemma's te expliciteren. Zij of hij zal ook in staat zijn om aan de attitude van de aankomend overheidsjurist een empirische dimensie toe te voegen die de ambitie van deze jurist om zich op enigerlei wijze te verantwoorden zal kunnen bevorderen.

o 8. Conclusie

De kern van de democratische rechtsstaat is dat het overheidshandelen wordt beoordeeld aan de hand van normen van bovenaf, zoals vastgelegd in de Grondwet en in vele andere wetten, naast internationaal recht. De beroepsethiek van ambtenaren is erop gericht dat zij de aan de overheid opgelegde normen zo goed mogelijk uitvoeren. Zo gezien kan dit beroepsethische normenkader worden gezien als sluitstuk van de democratische rechtsstaat. Het lijkt daarom voor de hand liggend om het professionele ethiekonderwijs voor aankomend overheidsjuristen te benaderen vanuit de van bovenaf opgelegde normering. Toch wordt in het voorafgaande geconcludeerd dat veel te zeggen is voor een normatieve benadering van dit onderwijs van onderop, waarbij de aankomend jurist primair kennismaakt met het binnen de overheidsorganisatie levende normenkader.

Een argument voor contextgericht ethiekonderwijs voor aankomend overheidsjuristen is dat we ze een realistische entree bieden in een overwegend pragmatische context met botsende moraliteiten. Daarnaast kan contextgericht onderwijs waakzaamheid ontwikkelen voor potentieel ondermijnende tegenkrachten, die kunnen opkomen op momenten waarop het overheidshandelen op principiële wijze wordt gemeten aan bovenliggende normen. Een derde argument is dat contextgericht ethiekonderwijs aankomende juristen kan leren rolvast op te treden als een professioneel *constructive lawyer*, die in staat is om binnen een politiek bestuurlijke context zowel een juridische als een neutrale opstelling in te nemen. Binnen realistisch en contextgericht ethiekonderwijs voor overheidsjuristen is de onderwijsinhoud gericht op de ontwikkeling van een empirie- en verantwoordingsgerichte attitude. Hiermee kan de aankomend overheidsjurist leren dat voor openheid en verantwoording van haar of zijn handelen volgens de normen van onze democratische rechtsstaat vaak weinig ruimte bestaat, maar dat het achterwege blijven ervan de positie van deze jurist-ambtenaren wel veel schade kan berokkenen. Bij gerichtheid op de feiten en de verantwoording van het ambtelijk handelen mag worden verwacht dat de beoordeling van het betwiste ambtelijke handelen – afgezien van niet integer of zelfs corruptie handelen – realistische en proportioneel zal zijn, waardoor ook groeiende hoeveelheid fake news en complottheorieën minder kans krijgen. Openheid en verantwoording van overheidsjuristen in de Verenigde Staten – in de publicaties van Sands en in eigen publicaties – laten zien dat draconische beelden over het optreden van overheidsjuristen toch onderwerp kunnen worden van een inhoudelijk gerichte, publieke reflectie.

Naast deze inhoudelijke gerichtheid van het professioneel ethiekonderwijs voor aankomend overheidsjuristen kunnen ook de plaats in het onderwijs en de keuze van docenten bijdragen aan de contextgerichtheid van dit onderwijs. Gelet op de specifieke profissie van de overheidsjurist – het universitaire rechtenonderwijs is voornamelijk gericht op de professies van advocaat en rechter – ligt een afzonderlijk vak voor de hand. Omdat de meerderheid van de studenten een juridische functie bij de overheid gaat vervullen, maar die keuze op dat moment vaak nog niet heeft gemaakt, is het raadzaam dit vak in het algemene, voor alle studenten bestemde, onderwijsprogramma op te nemen. Een leidinggevende (directeur WJZ) uit de praktijk, samen met een onderzoeker op het terrein van de juridische overheidsfunctie, zouden de aangewezen docenten kunnen zijn. Zij kunnen instaan voor een contextuele benadering, waarbij enige afstand kan worden bewaard om de eigenheid van de beroepsuitoefening te blijven zien en te kunnen expliciteren.

Literatuur

- Becker, M. (2007). Bestuurlijke ethiek. Een inleiding. Assen: Van Gorcum.
- Bekker, R. (2009). *Liaisons dangereuses. Enige beschouwingen over de arbeidsverhoudingen bij de overheid, met name tussen politici en ambtenaren*. Den Haag: CAOP.
- Berg, J. Th. J. van den (2020). Rumor in de staatsrechtelijke gelederen, maar waarover eigenlijk? *Column Parlement en Politiek*, 31 augustus 2020.
- Besselink, L. (2021). De Afdeling Bestuursrechtspraak en de rechtsstatelijke crisis van de Toeslagenaffaire. Over een onverstandige en onvoldoende reactie. *Nederlands Juristenblad* 96(3), 194-198.
- Bouwes, M. Tj. (2011). *De vorming van de wetgevingsjurist. Preadvies voor de Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers.
- Burg, W. van der (2009). De professionalisering van Juridische Beroepen. Over het verlies van Rechtsstatelijke Oriëntatie. In N. J. H. Huls (red.). *Ongedeeld integer*. (pp. 17-27), Den Haag: Boom Juridische uitgevers.
- Cardozo, M. A. (2014). The conflicting ethical, legal, and public policy obligations of the government's Chief Legal Officer. *The Professional Lawyer*, 22(3), 1-15.
- Dam, C. J. L. van, vz (2020). *Ongekend onrecht. Verslag Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag*. Kamerstukken II, 35510, nr. 2.
- Dodek, A. M. (2010). Lawyering at the intersection of public law and legal ethics: Government lawyers as custodians of the rule of law. *The Dalhousie Law Journal*, 33(1), 1-53.
- Domselaar, I. van (2020). Professionele identiteit en beroepsethiek voor advocaten. Pleidooi voor (meer) realisme. *Nederlands Juristenblad*, 43, 3305-3313.
- Donner, J. P. H., vz (2019). *Omzien in verwondering. Interim-advies*. Den Haag: Adviescommissie uitvoering toeslagen.
- Donner, J. P. H., vz (2020). *Omzien in verwondering 2. Eindrapport*. Den Haag: Adviescommissie uitvoering toeslagen.
- Doornbos, N. & Mein, A. (2019). Manoeuvreren binnen smalle marges. Over de rol van wetgevingsjuristen bij de totstandkoming van wet- en regelgeving. *Recht en Werkelijkheid*, 40(3), 30-50.
- Eijlander, Ph. & Voermans W. (2000). *Wetgevingsleer*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers.

- Ewick, P. & Silbey, S. S. (1998). *The common place of law. Stories from everyday life*. Chicago and London: The University of Chicago Press.
- Foqué, R. (2012). Grondslagen en methoden van juridisch onderwijs. *Recht en Methode in onderzoek en onderwijs*, 2(2), 6- 24.
- Guerrero, A.A. (2012). Lawyers, context, and legitimacy. A new theory of legal ethics. *The Georgetown Journal of Legal Ethics*, 25 (1), 107-164.
- Gestel, R. A. J. van (2018). Wetgeving en de toets der kritiek. *RegelMaat*, 33(4), 177-193.
- Graaf, Th. C. de (2019). 'Fake-lawyers?' – de rol en positie van juristen bij het Rijk. Toespraak ter gelegenheid van het lustrumsymposium van de Academie voor Overheidsjuristen. Den Haag: Raad van State.
- Groot, D. de & Lochem, P. van (2015). *Rolvaste juristen. Vooraanstaande verbinders. Onderzoek naar de effecten en de consequenties van de samenvoeging van juridische eenheden bij het Rijk*. Den Haag: JuristenRijk.
- Haimé, M. L. (2015). De dagelijks praktijk. *RegelMaat*, 30(4), 267-278.
- Heringa, A. W. (2020). De VVD, Polen en Hongarije. *De Hofvijver*, 30 november 2020.
- Hertogh, M. L. M. & Weyers, H. A. M., (red.) (2011). *Recht van onderop. Antwoorden uit de rechtssociologie*. Nijmegen: Juridische uitgeverij Ars Aequi.
- Heuvel, J. H. J. van den, Huberts, I. W. J. C. & Verberk, S. (2002). *Het morele gezicht van de overheid. Waarden, normen en beleid*. Utrecht: Lemma BV.
- Hoekstra, A., Dijk, M. van & Talsma, J. (2016). *Beroepsethiek in het onderwijs: van bijzaak naar Bildung. Morele vorming en integriteit bij WO-opleidingen bestuurskunde*. Den Haag: BIOS.
- Hutchinson, A. C. (2009). In the public interest. The responsibilities and rights of government lawyers. *German Law Journal*, 10(7), 981-1000.
- Kan, J. B. (1977). De jurist als ambtenaar. In G. E. Langermeijer, H. Th. J. F. van Maarseveen & J. M. Polak (red.). *De jurist-ambtenaar. Bundel opstellen opgedragen aan mr. J.M. Kan*. Zwolle: Tjeenk Willink. De oorspronkelijke uitgave van de bijdrage van J.B. Kan was van 1923.)
- Klink, B. van & Francot, L. (2018). Critical writing skills in legal education *Law and Method*, 21(12), 1-15.
- Kraan, K. & Niemeijer, B. (2018). De opleiding tot overheidsjurist. In *Herijking van de juridische opleidingen. Preadviezen Nederlandse Juristen-Vereniging*. (pp. 93-12*). Deventer: Wolters Kluwer.
- Lochem, P. J. P. M. van (2013). *Rechtsrelativering. Een verkenning op het terrein van het overheidshandelen* (proefschrift Universiteit Leiden). Den Haag: Boom Juridische uitgevers.
- Macor, A.R. (2020). Juridische beroepsethiek. Over macht en moraal, soft law en soft skills, T-vormige juristen en kansen-rechters. In *De toekomst van de jurist, de jurist van de toekomst. Preadviezen Nederlandse Juristen-Vereniging*. (pp. 75-107). Deventer: Wolters Kluwer.
- Mastenbroek, E. (2017). Guardians of EU Law? Analysing roles and behaviour of Dutch legislative drafters involved in EU compliance. *Journal of European Public Policy*, 24(9), 1289-1307.
- Menkel-Meadow, C. (2002). The lawyer as consensus builder: Ethics for a new practice. *Tennessee Law Review*, 70, 63-119.
- Partner in beleid (2010). Rapport programma versterking juridische functie rijk. Kamerstukken II 2009/10, 32124, nr. 9
(www.eerstekamer.nl/behandeling/20100324/partner_in_beleid_een_product/f=y.pdf).
- Peters, J. (2011). Van wie zijn zij? De ambtenaren (oratie Universiteit van Amsterdam). Amsterdam: Vossius Pers.
- Pleij, H. (2014). *Moet kunnen. Op zoek naar een Nederlandse identiteit*. Amsterdam: Prometheus – Bert Bakker.
- Robertson, M. & Tranter, K. (2006). Grounding legal ethics learning in social scientific studies of lawyers at work, *Legal Ethics*, 9 (2), 211-228.
- Sands, P. (2005). *Lawless world. The whistle-blowing account of how Bush and Blair are taking the law into their own hands*. New York: Penguin Books.
- Sands, P. (2008). *Torture team. Rumsfeld's memo and the betrayal of American values*. New York: Palgrave Macmillan.
- Schlössels, R. J. N. & Timmermans, L. J. M. (2013). Integriteit, bestuur en recht. Enige systematiserende en rechtsvergelijkende beschouwingen. In S. C. Loeffen e.a. (red.). *Integriteit in politiek en bestuur. De (on)mogelijkheden van het recht* (pp. 9-36). Oisterwijk: Wolf Legal Publishers.
- Stokmans, D. & Witt Wijnen, Ph. de (2020). Topambtenaren zijn vooral bezig hun minister uit de wind te houden. *NRC* 21 februari 2020.
- Taekema, H. S., Gaakeer, A. M. P. & Loth, M. A. (2009). *Recht in context. Een inleiding tot de rechtswetenschap*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers.
- Yong, B. (2013). *Risk management. Government lawyers and the provision of legal advice within Whitehall*. London: The Constitution Society.
- Yoo, J. (2006). *War by other means. An insider's account of the War on Terror*. New York: Atlantic Monthly Press.

- Veerman, G. J. (2012). *Over wetgeving. Principes, paradoxen en praktische beschouwingen* (3de druk). Den Haag: Sdu Uitgevers.
- Wal, Z. van der (2014). Elite ethics. Comparing public values prioritization between administrative elites and political elites. *International Journal of Public Administration*, 37(14), 1030-1043.
- Waldron, J. (2010). *Torture, terror and trade-offs. Philosophy for the White House*. Oxford: University Press.
- Zande, A. van der (2011). LNV en de relatie beleid en wetgeving. In N. Florijn e.a. (red.). *La Heukers. Scherp op het snijvlak van beleid en recht*. Den Haag: Ministerie van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit.
- Zijlstra, S. E. (red.) (2012). *Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid*. Deventer: Kluwer.

Noten

- **1** Kamerstukken II 2019/20, 35526, nr. 2.
- **2** Over de tweede case zijn uitvoerige evaluaties verricht, vooral door de commissie-Donner en de commissie-Van Dam. Die evaluaties richten zich echter op de ambtelijke en politieke leiding. Zie Donner, 2019, Donner, 2020 en Van Dam, 2020.
- **3** Op grond van artikel 7 Wet publieke gezondheid (Wpg).
- **4** De Wet veiligheidsregio's (Wvr). Artikel 7 Wpg geeft aan dat de voorzitters, ter uitvoering van de opdracht van de minister, alleen de specifieke bevoegdheden uit (hoofdstuk V) van de Wpg mogen inzetten.
- **5** Zie: [ECLI:NL:RBDHA:2020:6856](#) en [ECLI:NL:RBAMS:2020:4057](#).
- **6** Zie: www.raadvanstate.nl/@121106/w04-20-0139-vo/.
- **7** Voor een halfjaar, indien nodig te verlengen, zij het met parlementaire instemming.
- **8** Zo is althans de uitleg op dat moment. Ook de bestuursrechter volgt deze uitleg. In latere instantie, na verschijning van de eindrapportage van de commissie-Van Dam en de reactie van de voorzitter van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State, wordt deze uitleg bestreden door (onder anderen) Besselink 2021.
- **9** Zo stemde de Kamer bij de behandeling van de Fraudewet in meerderheid tegen een motie van D66 en ChristenUnie om dergelijke veronachtzaming niet als fraude te behandelen. Kamerstukken II, 2011/12, 33207, nr. 23.
- **10** De commissie nam dit verwijt over. Zie Van Dam, 2020, p. 28.
- **11** Alleen het aantal gevallen waarin problematische schulden waren ontstaan betrof al twintigduizend aanvragen.
- **12** Rechtmatigheid is een juridische kwestie als het gaat om de vraag naar de geldigheid van het toepasselijke recht, maar is een beroepsethische aangelegenheid als het daaraan voldoen aan de orde is.
- **13** Zoals de stelling van Cardozo (2014) dat 'government lawyers have a special responsibility to care for the long-term interests of the institutions they serve, which politicians will not do sufficiently'.
- **14** Zoals: de minister uit de wind houden, de minister de weg wijzen of de minister uit de schuur rijden. Zie o.m.: Stokmans & Witt Wijnen 2020.
- **15** Zie: Yong, 2013.
- **16** Er bestaan wel expliciete afspraken over, bijvoorbeeld dat bezwaar kan worden gemaakt en niet meer dan één keer herhaald.
- **17** Overheidsjuristen die aan universiteiten hun functie toelichten merken vrijwel steeds hoe onbekend hun functie onder studenten is. Zelf heb ik wel de vraag gekregen of het hier niet om een tegenstelling ging. Een jurist is toch iemand die rechtsbescherming tegen de overheid biedt en toch niet iemand die de overheid uitvoert? Fake-lawyers? (De Graaf, 2019).
- **18** Onder de het begrip 'overheidsjurist' gaan de nodige specialismen schuil, waarvan die van wetgevingsjurist vermoedelijk de bekendste is. Zie voor een recent overzicht van overheidsjuridische functies en opleidingen: Kraan & Niemeijer 2018.
- **19** Zoals in het vak 'Ethiek voor juristen' (collegejaar 2020), gegeven aan de Radboud Universiteit Nijmegen. Zie: www.ru.nl/rechten/studenten/faculteitsbrede-informatie/osirislinks/osirislinks-2020/ethiek-juristen/.
- **20** Zoals in het vak 'Ethiek (LAW)', gegeven aan de Universiteit Leiden. Zie: <https://studiegids.universiteitleiden.nl/courses/99263/ethiek-law>.
- **21** Gepubliceerd in de *Staatscourant* van 31 december 2019.
- **22** Soms ook theorie op het (abstractere) niveau van theoretische benaderingen van de beroepsethiek zelf, zoals de utilistische en deontologische benadering, zie Hoekstra, Van Dijk & Talsma 2016.
- **23** Hoekstra, Van Wijk & Talsma, 2016, p. 19. De werkgroep pleit ervoor dat universiteiten bij hun aanbod van professioneel beroepsonderwijs voor aankomend bestuurskundigen meer

normatief durven te zijn door bij te dragen aan de vorming van studenten in de huidige opvattingen over goed en slecht ambtenaarschap (p. 21).

- **24** Zie Schlössels & Timmermans, 2013. Ook in de toelichting op de Gedragscode Integriteit Rijk wordt de oriëntatie op ambtelijke ethiek beschouwd als 'deksel' op de democratische rechtsstaat.
- **25** Onder meer door Van Gestel (2018), die herhaaldelijk heeft gepleit 'voor het faciliteren van kritiek en tegenspraak bij de voorbereiding van wetgeving'.
- **26** Zie voor deze benadering: Hertogh & Weyers 2011. De auteurs gebruiken het begrip 'recht van onderop' op tweeërlei wijze, namelijk het kijken naar het recht vanuit de samenlevingspraktijk en gelding geven aan (informele) recht zoals dat geïmplementeerd wordt en ook deel uitmaakt van het rechtsbewustzijn. In dit artikel gaat het met betrekking tot de (beroeps)ethiek om de tweede betekenis, waarbij bovendien de informele ethiek niet zozeer een toevoeging is, maar zelfs voorop wordt gesteld.
- **27** Onder contextueel versta ik hier dat het betreffende (ethische) normenkader alleen gekend kan worden in de context van de omstandigheden waarin het functioneert. Ik ontleen deze begripsbepaling aan wat Taekema, Gaakeer & Loth (2009) definiëren met betrekking tot contextueel recht.
- **28** Van der Burg (2009) zoekt professieverbetering primair in interne, niet in externe regulering en protocollering.
- **29** Als een vorm van *with the law*, naast *against the law*. Zie voor deze terminologie: Ewick & Silbey, 1998.
- **30** Zie Van Lochem, 2013 en de daarin vermelde literatuur.
- **31** Waldron (2010) concludeert tot dit beroepsethische imperatief op basis van rechtsstatelijke overwegingen.
- **32** De letterlijke tekst luidt: 'Is uw karakter scherp uitgebeiteld? Zijt gij een Dieu et mond droit-mensch? Gevoelt gij een onweerstaanbaren drang om gevoelens welke u heilig voorkomen, steeds onversaagd te ontblooten? Wordt dan geen ambtenaar, want gij zoudt den boven u gestelden en, wat nog erger is, u zelf een dagelijksche ergernis zijn.' Zie: Kan, 1977.
- **33** Een met de nodige macht beklede juridische functie, in de hoogste regionen van de overheidsorganisatie.
- **34** Een constitutioneel hof verankert de rechtsstaat door de rechter de bevoegdheid te geven om in te grijpen, zodra de wetgever niet aan rechtsstatelijke eisen voldoet. De functie van *attorney general* is op te vatten als een ambtelijke verankering van de rechtsstaat, omdat de bekleder van deze functie de bevoegdheid (en positie) heeft om op het niveau van de departementale leiding of zelfs op dat van het Kabinet kan interveniëren in geval van onrechtmatig overheidshandelen. Wij kennen deze functies niet. Wel blijkt uit de Ontwikkelagenda Juridische Functie Rijk 2019, dat een voorzichtige stap richting *attorney general* waarneembaar is, gelet op het voornemen om binnen de rijksoverheid een juridische functie in te stellen die vergelijkbaar is met die van de directeur-generaal Rijksbegroting.
- **35** De oplossing is dan dat een collega de taak op zich neemt. In enkele gemeenten werd de weigering van trouwambtenaren, die principiële bezwaren hadden tegen het homohuwelijk, wél op de spits gedreven.
- **36** Voormalig directeur Constitutionele Zaken en Wetgeving, Jit Peters (2011), heeft kennelijk ervaren dat ambtenaren de dienst uitmaken.
- **37** De indruk dat binnen de rijksoverheid kritiek negatief wordt bejegend of zelfs nauwelijks mogelijk is, blijkt toch niet altijd waar te zijn. Toen Roel Bekker (2009), als secretaris-generaal, schreef over de vaak bar slechte verhouding tussen (onder andere) bewindspersonen en ambtelijke leiding, heeft hij daarop – naar eigen zeggen – geen afkeurende reacties gekregen. Ook zelf heb ik geen negatieve reacties ontvangen toen ik – toen nog als rector van de Academie voor Wetgeving/Academie voor Overheidsjuristen – concludeerde dat relativering van het recht kan worden beschouwd als een handelingspraktijk binnen de overheidsorganisatie (Van Lochem, 2013).
- **38** Op 9 maart hield de vaste commissie voor Binnenlandse Zaken een hoorzitting waarop dertien deskundigen werden uitgenodigd om hun zienswijzen te geven. Hun *position papers* zijn te vinden op: www.tweedekamer.nl/debat_en_vergadering/commissievergaderingen/details?id=-2020A00508.
- **39** Voorgesteld werd onder meer om het toetsingsrecht van de rechter aan internationale verdragen te beperken en om uitspraken van het Europees Hof voor de rechten van de mens (onder voorwaarden) te kunnen overrulen door het Comité van Ministers van de Raad van Europa. Inmiddels is het verkiezingsprogramma op deze punten bijgesteld.
- **40** Van den Berg (2020) noemde het advies van vier hoogleraren staatsrecht over de relatie tussen de grondwettelijke inlichtingenplicht en de Wet openbaar bestuur 'een theologisch, pardon: staatsrechtelijk, traktaat met een opvallend hoog "spijkers-op-laag-water"gehalte'. Hij constateert dat, naast populistische, ook staatsrechtgeleerden 'soms blijkbaar liever zendtijd dan bedenktijd' hebben.

- **41** Menkel-Meadow (2002) gebruikt deze aanduiding voor de jurist als mediator. De strekking van haar betoog is om bij de ontwikkeling van de beroepsethiek onderscheid te maken tussen die van de advocaat en die van later opgekomen bijzondere type juristen, waaronder de overheidsjurist en de jurist-mediator.
- **42** Zoals ook uit de recente kinderopvangtoeslagaffaire bleek, wordt de belastinginspecteur gehouden om niet alleen te kijken naar de mogelijkheid tot inning van belastinggeld c.q. tot verlaging van de uit te betalen toeslagen, maar ook naar het belang van de betalende respectievelijk ontvangende burger. Ook de leiding van de Belastingdienst zelf geeft aan dit (beroepsethische) uitgangspunt te delen. Dat geldt vermoedelijk ook voor de onder deze leiding ressorterende overheidsjuristen, maar hun opvatting en uitvoering is niet nader onderzocht door de commissie-Van Dam. Overigens is een redenering dat de overheidsjurist in rechte wel – zelfs met verve – de tegenstelling zoekt, ook denkbaar. Voormalig City Corporation Counsel van New York, Cardozo (2014), meent dat hij het aan de belastingbetaler verplicht was om het in civiele procedures tegenover burgers hard te spelen, zelfs tegenover hen die slachtoffer waren van de terroristische aanslag op 9/11.
- **43** Deze oriëntatie op samenwerking komt helder naar voren in de titel van het eindrapport van het Programma Versterking Juridische Functie Rijk uit 2010, namelijk 'Partner in beleid' (2009).
- **44** Deze opvatting is geëxpliciteerd in de Ontwikkelagenda Juridische functie Rijk 2019. Als element van een 'kwalitatief goede juridische functie' wordt daarin vermeld: 'Beschikbaar ten behoeve van (advisering over) politiek en/of mediagevoelige incidenten waarbij een neutrale en/of juridische invalshoek gewenst wordt in een politiek bestuurlijke context.'
- **45** Van Domselaar, 2020.
- **46** Zo concludeerde Mackor (2020, p. 83) onlangs dat zij in haar werk tot het inzicht was gekomen dat professie-ethiek, gedragscodes en kernwaarden een ondergeschikte rol spelen bij het voorkomen, signaleren, analyseren en aanpakken van algemene integriteitsproblemen.
- **47** Ik doel hier dus niet op het herhaalde pleidooi om ambtenaren rechtstreeks aan de Tweede Kamer verantwoording te laten afleggen.
- **48** In het Interdepartementaal Overleg Wetgeving en Juridische Zaken (IOWJZ), de stuurgroep voor het wetgevingsbeleid en departementoverschrijdende juridische zaken. Naast strategische aangelegenheden, richt het IOWJZ zich ook op de ontwikkeling van de juridische functie.