



Duurzaam handelen





Duurzaam handelen

Een onderzoek naar een normatieve grondslag van het milieurecht

Sustainable Action

A study of a normative basis of environmental law

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor
aan de Erasmus Universiteit Rotterdam
op gezag van de rector magnificus
prof. dr. H.G. Schmidt
en volgens besluit van het College voor Promoties.

De openbare verdediging zal plaatsvinden
op vrijdag 23 maart 2012 om 09.30 uur

door

HARM CHRISTIAAN BORGERS

geboren te Rotterdam





Promotiecommissie

Promotoren:

Prof.dr. E. Hey

mr. M.A. Loth

Overige leden:

Prof.dr. C.W. Backes

Prof.mr.dr. A.B. Blomberg

Prof.mr.dr. H.S. Taekema





*Law must be viewed as a purposeful enterprise,
dependent for its success on the energy, insight,
intelligence, and conscientiousness of those who
conduct it.*

Lon L. Fuller

*Het is geen uitdaging te zien wat er is, maar
wat er geweest zou kunnen zijn.*

Arthur Japin

Begrippen zetten ons aan tot onderzoekingen.

Wittgenstein





Meer informatie over deze en andere uitgaven kunt u verkrijgen bij:

Sdu Klantenservice
Postbus 20014
2500 EA Den Haag
tel.: 070 - 378 9880
fax: 070 - 378 9783
www.sdu.nl/klantenservice

© Borgers/Sdu Uitgevers bv, 2012

Schilderij omslag: Marieloes Reek, Hoofdbegrip, 2001 (www.marieloesreek.nl)

Omslagontwerp: SD Communicatie, Rotterdam
Ontwerp binnenwerk: Studio Typeface, Lelystad
Summary: Ad Lexis (www.adlexis.nl)

ISBN: 978 90 12 57575 1



Voorwoord

Ledige lezer, je zult zonder mijn erewoord best willen geloven hoe graag ik dit boek, als spruit uit mijn brein, had zien uitgroeien tot het mooiste, fierste en verstandigste dat men zich kan denken. Maar ik kon de natuurwet niet breken die inhoudt dat alles zijns gelijke voortbrengt.¹

De kwaliteit van ons leefmilieu hangt af van de keuzen die wij maken over het gebruik van schaarse ruimte en schaarse goederen. Iedere keuze heeft gevolgen voor eigen-
dommen, voor de gezondheid en voor de natuur. Keuzen raken dus veel belangen. Milieurecht gaat over deze keuzeruimte. Het zet aan tot maatregelen tegen verontreiniging, uitputting, klimaatverandering en veiligheidsrisico's. Hoe het milieurecht dit doet, is echter geen uitgemaakte zaak. Het is met recht een dynamisch recht dat nog volop in ontwikkeling is.

Deze dynamiek heeft mij verwonderd. Niet vanwege de oorzaken, maar vanwege de gevolgen die dit heeft voor de toepassing van het milieurecht in situaties zoals het verbreden van een snelweg, het moderniseren van een productieproces van een bedrijf en het opnieuw inrichten van woon-, industrie- of natuurgebieden. Het milieurecht geldt voor ontelbaar veel van dit soort projecten en activiteiten en in al die gevallen moeten overheden, burgers, bedrijven en belangengroepen keuzen maken over de invulling van het milieubelang. Dit leidt tot een toepassingsresultaat van milieunormen op concrete gevallen. Door de dynamiek van het milieurecht is het echter lang niet altijd gemakkelijk om dit toepassingsresultaat te benoemen. Zeker voor grotere projecten en omvangrijke activiteiten blijkt dat het milieurecht een complex rechtsgebied is, waarin de regulering gebaseerd is op een mix van een diversiteit aan rechtsregels en wetenschappelijke informatie, tegengestelde belangen en machtsposities en onderliggende fundamentele waarden. Wat mij interesseert, is de vraag hoe de rechtspraktijk tot redelijke keuzen kan komen op basis van deze mix.

Ik heb twee routes gevolgd om de receptuur voor redelijke keuzen te vinden. De eerste route was die van de rechtspraktijk, onder het motto van *learning by doing*. Gaandeweg heb ik ervaring opgedaan met het milieurecht: als jurist handhaving en vergunningverlening bij de provincie Gelderland, als handhavingsjurist en programmamanager milieurecht bij de DCMR Milieudienst Rijnmond, als advocaat bij AKD, als beleidscoördinator milieurecht bij VROM en tegenwoordig als directeur van AT

1 De vernuftige edelman Don Quichot van La Mancha, in: Cervantes (1605), p. 7.

Osborne Legal. De verbinding hiertussen is dat ik met een bestuurlijk-juridische blik heb gewerkt aan milieurechtelijke vraagstukken bij industriële bedrijvigheid en bij ruimtelijke projecten en gebiedsontwikkeling.

De andere route was die van de rechtswetenschap. Langs die weg heb ik het milieurecht op theoretisch niveau willen doorgronden. Ik ben daarvoor dank verschuldigd aan Anton Zijderveld, met wie ik een verkennend gesprek voerde over dit wetenschappelijk avontuur. Het gesprek enthousiasmeerde mij en via Anton kwam ik onder de hoede van Marc Loth. Daar kijk ik met respect op terug, vanwege zijn prettige begeleiding, zijn adviezen bij het ontstaan van dit proefschrift en zijn ruimhartige geduld met mijn 'voortgang'. Eén van zijn vele fluwelen voorstellen was om Ellen Hey te verzoeken als copromotor. Ik ben bij Ellen afgestudeerd en was bijzonder verheugd met haar extra begeleiding. Haar kritische en stimulerende vragen bij mijn zoektocht naar de verbinding tussen de theorie en praktijk van het milieurecht hebben zeer geholpen. Ik ben Ellen bovendien erkentelijk voor haar voorstel (gebod, in de goede zin van dat woord) om vooral in te gaan op het thema duurzaamheid. Met plezier en bewondering kijk ik terug op de gesprekken die Marc, Ellen en ik hebben gevoerd. De resultaten daarvan zijn als rode draad door dit proefschrift geweven.

Oorspronkelijk startte ik mijn onderzoek vanuit de gedachte dat het milieurecht het beste te begrijpen zou zijn vanuit het concept '*wederkerige rechtsbetrekking*'. Ik ging ervan uit dat dit concept de grondslag kan opleveren voor een ander begrip van het milieurecht. Eerlijk gezegd, kwam ik er niet uit. Het concept van de wederkerige rechtsbetrekking verschaftte mij niet het verwachte resultaat en gaandeweg het onderzoek verloor ik dit concept uit het oog. Mijn aandacht verschoof, mede door aansporing van Marc en Ellen, in de richting van de juridische begripsvorming in relatie tot praktische besluitvorming.

Zo kwam ik tot het vermoeden dat er sprake is van een kloof tussen de *instrumentele* dogmatiek van het huidige milieurecht enerzijds en het *contextuele karakter* van de praktijk van het milieurecht anderzijds. Dit bracht mij tot de stelling dat een ander paradigma nodig kan zijn om begrip te krijgen voor de dynamiek en ontwikkeling van het milieurecht. Ik ben hierbij uitgegaan van het idee dat het geen uitdaging is te zien wat er is: een instrumenteel milieurecht dat in de rechtspraktijk regelmatig tekort schiet en ergernis opwekt bij bestuurders, burgers en bedrijven. Velen zien dit probleem en er leeft zelfs een breed gedragen gevoel van crisis in het milieurecht. Het is daarom een uitdaging te willen zien wat er geweest zou kunnen zijn als we de instrumentele benadering van het milieurecht loslaten. Zouden we dan tot de ontwikkeling van een effectiever en efficiënter milieurecht kunnen komen, met oog voor de waarde van duurzaam handelen in concrete situaties? Op basis hiervan heb ik een normatieve grondslag uitgewerkt voor het milieurecht. Daarmee kunnen de spelers die betrokken zijn bij ruimtelijke projecten en milieurelevante activiteiten het best mogelijke toepassingsresultaat van de milieunormen voor hun project of activiteit bepalen.

VOORWOORD

Dit proefschrift is de vrucht van mijn inspanningen maar ook het resultaat van de steun van mijn familie, vrienden en collega's. Eigenlijk zijn het er teveel om op te noemen. Op het gevaar af dat ik anderen tekort doe, wil ik een aantal mensen graag in het bijzonder bedanken. Ik denk met plezier terug aan de constructieve gesprekken die ik op de Erasmus Universiteit heb kunnen voeren, met name met Arie Jan Kwak, Mireille Hildebrandt en Sanne Taekema. Ik heb ook veel profijt gehad van de stimulerende discussies met mijn collega's bij het ministerie van Infrastructuur en Milieu (het voormalige VROM). Ik heb bewondering voor de creatieve geest waarin op dat ministerie werd gewerkt aan de verbetering van het milieu- en omgevingsrecht. Mijn dank gaat in het bijzonder uit naar Aart Dijkzeul, Wilco de Vos, Bert Rademaker, Wim Vellekoop, Arjan Nijenhuis, Job Dresden, Monica Muiser en Rita Leijendekker.

Bij de DCMR Milieudienst Rijnmond heb ik veel geleerd over de praktijk van het milieurecht in complexe situaties. Ik had het voorrecht daar te kunnen werken met pragmatische voorstanders voor een beter milieu in een bloeiende industriële regio, met name met Ronald Visser, Arie Deelen, Jan van den Heuvel, Marcel Stigter en Koen de Kruif.

In 1999 zocht ik als starter een baan bij de overheid, om naast mijn promotieonderzoek ervaring op te doen met het milieurecht. Die baan vond ik bij de provincie Gelderland. Het bleek destijds een leerzame start te zijn.

De collega's van AT Osborne zijn dagelijks een verrijking van mijn werkplezier. Ik zou ze allemaal moeten bedanken. Maar in het bijzonder ben ik verheugd met de inspirerende samenwerking met Tom Peeters, Jurgen van der Heijden en het juridisch team van AT Osborne *Legal*.

Zonder mijn vrienden en familie was dit proefschrift er nooit gekomen. Ik bof met de steun die ik van hen kreeg om aan mijn studiedoel te werken. Dit geldt het meest voor Sylvia. Ik ben haar voor altijd dankbaar voor haar geduld en de ruimte die zij mij heeft gegund.

Kort na 3 juli 2006 besloot ik dat ik niet zou berusten voordat dit proefschrift af zou zijn. Die dag werd onze zoon Hugo geboren. Daarom is dit proefschrift aan hem opgedragen.

Vlaardingen, 22 januari 2012



Inhoudsopgave

Korte inhoudsopgave

1. Crisis in het milieurecht 15
2. De normatieve grondslag van het milieurecht 43
3. De regulering van duurzaam handelen 97
4. Contextuele rechtsvinding in het milieurecht 147
5. Slotbeschouwing en conclusies 249

Samenvatting 259
 Summary 265
 Literatuur 271
 Zakenregister 295
 Curriculum Vitae 305

Uitgebreide inhoudsopgave

- 1. Crisis in het milieurecht 15**
 - 1.1. Introductie 15
 - 1.2. Knelpunten en anomalieën in het milieurecht 18
 - 1.3. Een illustratieve casus: de kwestie van luchtkwaliteit 22
 - 1.4. Een onwerkbaar systeem van ordening en controle 27
 - 1.5. Van crisis tot paradigmawisseling in het milieurecht 32
 - 1.5.1. De wisseling van een paradigma 32
 - 1.5.2. Een proliferatie van verfijningen in het milieurecht 34
 - 1.5.3. Voorbij het gangbare paradigma 34
 - 1.6. Probleemstelling, onderzoeksvragen en leeswijzer 37
 - 1.7. Onderzoeksmethode 39
- 2. De normatieve grondslag van het milieurecht 43**
 - 2.1. Inleiding 43
 - 2.2. Een schets van de orderingsbenadering 44
 - 2.3. Naar een normatieve interactiebenadering 46
 - 2.3.1. De wending naar taal en praktijk 47
 - 2.3.2. Ruimte voor twijfel: kennis ontstaat in een sociale context 50
 - 2.3.3. Een interactief perspectief voor het handelen 54
 - 2.3.4. Normatieve interactiebenadering 58

2.3.5.	Normatieve eenheid en contextuele verscheidenheid	63
2.3.6.	De architectuur van het recht	64
2.3.7.	De werking van rechtsnormen	67
2.4.	Norm en interactie, ook in het milieurecht	69
2.4.1	De contextualisering van het milieurecht	70
2.4.2.	Rechtsnormen zijn contextuele constructies	71
2.4.3.	De actor en de normatieve waarde van zijn handelen	72
2.4.4.	Eenheid in de verscheidenheid van het milieurecht	79
2.4.5.	De normatieve grondslag van het milieurecht	85
2.5.	Afronding	93
3.	De regulering van duurzaam handelen	97
3.1.	Inleiding	97
3.2.	De transitie naar een duurzame samenleving	101
3.2.1.	Een duurzame rechtsorde	102
3.2.2.	De transitieparadox	104
3.2.3.	Less government but not less governance	106
3.3.	De regulering van duurzaam handelen	109
3.3.1.	De architectuur van een duurzaam milieurecht	110
3.3.2.	Een kwestie van rechtszekerheid	117
3.3.3.	Een kwestie van evenredige belangenafweging	121
3.3.4.	De procedurele rationaliteit van het milieurecht	130
3.3.5.	Naar een codificatie van duurzaam handelen?	138
3.4.	Afronding	144
4.	Contextuele rechtsvinding in het milieurecht	147
4.1.	Inleiding	147
4.2.	Wat is 'contextuele rechtsvinding'?	153
4.2.1.	De normatieve grondslag van rechtsvinding	154
4.2.2.	Recht, beleid en discretionaire beslissingsruimte	157
4.2.3.	Rechtsvinding is een contextueel constructieproces	161
4.2.4.	Besluitvorming is een reflexief proces van contextuele rechtsvinding	163
4.2.5.	De gevonden norm als redelijk product van inzicht en inspanning	169
4.2.6.	Duurzame belangenafweging	177
4.3.	Een model van contextuele rechtsvinding	177
4.3.1.	Rechtsvinding in vier dimensies en met een vergelijkingsmethode	178
4.3.2.	Hoe kunnen toepassingsresultaten worden vergeleken?	182
4.3.3.	Een ideaaltypisch model van rechtsvinding	185
4.3.4.	Milieurechtelijke rechtsvinding als waardegeladen proces	189
4.4.	Rechtsvinding in lastige kwesties van milieurecht	190
4.4.1.	De contextuele constructie van milieukwaliteitsnormen	191
4.4.2.	De contextuele constructie van de beste beschikbare technieken	201
4.4.3.	De contextuele constructie van milieuzorgplichten	211
4.4.4.	De contextuele constructie van het voorzorgbeginsel	227
4.5.	Afronding	244

INHOUDSOPGAVE

5.	Slotbeschouwing en conclusies	249
5.1.	Antwoord op vraag 1. Een normatieve grondslag voor het milieurecht	250
5.2.	Antwoord op vraag 2. De regulering van duurzaam handelen	253
5.3.	Antwoord op vraag 3. Contextuele rechtsvinding, dynamiek en flexibiliteit	255
5.4.	Conclusie. Naar een normatieve interactiebenadering in het milieurecht?	257
	Samenvatting	259
	Inleiding en aanleiding	259
	Probleemstelling en onderzoeksvragen	259
	Normatieve interactiebenadering	260
	De regulering van duurzaam handelen	262
	Contextuele rechtsvinding in het milieurecht	263
	Conclusie	264
	Summary	265
	Literatuur	271
	Zakenregister	295
	Curriculum Vitae	305



1. Crisis in het milieurecht

*The history of life on earth has been a history of interaction between living things and their surroundings.*¹

1.1. Introductie

Sinds de jaren 1960 is een uitgebreid stelsel van milieuregelgeving ontstaan, zonder dat daarbij vanuit een blauwdruk voor het rechtsgebied is gewerkt. De regelgeving was destijds vooral een reactie op negatieve gebeurtenissen; bedrijfsexplosies, gifschandalen, luchtverontreiniging (smog), olierampen en de registratie van uitstervende dieren en plantensoorten.² De heftigheid van de hinder en effecten hiervan leidde vrij schoksgewijs tot een maatschappelijk bewustzijn over de bedreigingen van het milieu door de moderne samenleving. In wisselwerking met dit groeiende publieke besef heeft de overheid milieubeleid ontwikkeld en aparte wetten per nieuw milieuprobleem ingevoerd. Dit leidde tot specifiek recht en beleid voor bijvoorbeeld bodemverontreiniging, geluidhinder, waterverontreiniging en luchtverontreiniging. Het primaire doel was om de directe bronnen van grote milieuverontreiniging te verminderen, historische verontreinigingen op te ruimen en nieuwe rampen en verontreinigingen te voorkomen. De ratio van het vroege milieurecht was dus vooral puinruimen en incidenten bestrijden.

Sindsdien heeft zich een evolutionair proces voltrokken. Gaandeweg de jaren '80 en '90 van de vorige eeuw veranderde het doel van incidentenbestrijding en puinruimen in het idee dat de overheid het milieu in beheer zou moeten nemen. Dit ging uit van een breder perspectief op de gezondheid van huidige en toekomstige generaties dan het acuut opruimen en vermijden van verontreiniging. Er werd nagedacht over grondstoffengebruik, energieverbruik en over de sociale aspecten van een kwalitatief goed milieu. Deze ontwikkeling ging gepaard met een voortdurende stroom verfijningen van het eerder schoksgewijs tot stand gebrachte recht en beleid.

Volgens evaluatieonderzoek is het oorspronkelijke milieubeleid uit de periode tussen 1960 en 2000 redelijk succesvol geweest. Veel van de milieubeleidsdoelen uit die tijd zijn daadwerkelijk gerealiseerd.³ Dat wil zeggen dat er sindsdien veel wordt gedaan aan het voorkomen van nieuwe rampen en dat veel van de bekende bronnen van milieuverontreiniging onder controle zijn gebracht. Het komt er vooral op aan om dit

1 Carson (1962), p. 5.

2 NMP 4 (2001), pp. 7-15.

3 Toekomstagenda milieu (2006), p. 23.



succes constant te behoeden tegen een terugval, wat betekent dat het vroegste milieubeleid nog wel om voortdurende inspanning blijft vragen.

Anders gezegd; de bestrijding van rampen en verontreiniging zoals die uit de jaren '60 en '70 is tegenwoordig geen kwestie van intensieve *beleidsontwikkeling*, maar het blijft wel een voortdurende kwestie van *beleidsuitvoering*. Dit klinkt wellicht geruststellend, maar dat is het niet. Er is namelijk sprake van een verborgen gebrek in dit succes van het vroege milieubeleid. Beleidsuitvoering gaat niet vanzelf: het vereist bestuurlijk inzicht en een hoog opgeleid ambtelijk apparaat. Hier wringt de schoen. De bestuurlijke inzet voor het milieubeleid is verspreid over circa 500 bestuurlijke organen, die evenzoveel ambtelijke apparaten in het leven hebben geroepen. Uit diverse onderzoeken is bekend dat deze versnippering tot een gespreide aandacht voor het milieubeheer leidt, terwijl dit beleid juist integraal bestuur en een brede belangenafweging nodig heeft. Het succes van het vroege milieubeleid wordt daarom constant bedreigd door een gebrek aan slagkracht in de bestuurlijke uitvoering.⁴

Los van deze perikelen in de uitvoering van het bestaande milieurecht en -beleid, is inmiddels ook bekend dat sommige milieuproblemen nog (lang) niet zijn opgelost en dus niet in de fase van louter uitvoering te zijn beland. Zij worden in eerdergenoemd evaluatieonderzoek omschreven als 'hardnekkige' milieuproblemen. Dit gaat met name over klimaatverandering, degradatie van de natuurlijke leefomgeving, verlies van biodiversiteit en zwerfvuil op land en in de zee.⁵ Bovendien is sprake van snelle technische en wetenschappelijke ontwikkelingen die tot nieuwe en direct ook hardnekkig milieuproblemen kunnen leiden, met name nanotechnologie, genetische manipulatie en CO₂-opslag. Dit zijn nieuwe maatschappelijke activiteiten die nieuwe vormen van milieuverontreiniging meebrengen of die tot nieuwe milieumaatregelen kunnen gaan leiden. De technologische dynamiek rond deze hardnekkige milieuproblemen is daardoor vrij hoog, met allerlei wetenschappelijke onzekerheden.⁶ Er is bovendien sprake van een extra complicerende factor bij de aanpak van deze serie hardnekkige, nieuwe en deels onbekende milieuproblemen, omdat zij gedeeltelijk boven het nationale niveau uitstijgen. Dit zorgt ervoor dat ze moeilijker te reguleren zijn dan de problemen uit de beginjaren van het milieubeleid.

Ondanks de successen uit het verleden staat het milieubeleid dus voor nieuwe uitdagingen vanwege uitvoeringstekorten, hardnekkige en complexe problemen, kennisonzekerheid en nieuwe milieubedreigingen. De moeilijkheid bij deze uitdagingen is verder ook nog eens dat zij zich vaak over een lange termijn manifesteren en dat agendering van het milieuthema steeds vaker een internationale en Europese kwestie is. Maar de realisatie van oplossingen is voornamelijk een concrete en tegelijk onzekere

4 Kamerstukken II, 2008–2009, 22 343, nr. 215 (kabinetsreactie op het advies van de commissie Herziening handhavingstelsel VROM-regelgeving (commissie Mans), met in de reactie een integrale analyse en aanpak van de knelpunten in de uitvoering van het milieu- en omgevingsrecht).

5 Toekomstagenda milieu (2006), p. 23.

6 Heldeweg (1993), p. 19.



opgave op het lokaal niveau.⁷ Op dat niveau komen de eigen verantwoordelijkheid van burgers en bedrijven in aanraking met de zorg van het openbaar bestuur voor een duurzame en leefbare omgeving. De match hiertussen loopt niet automatisch via het centrale recht van de nationale overheid.

Schaalniveau van het milieuthema	<i>Internationaal</i>	duurzaam bewustzijn	vrijwillige normsystemen zoals ISO ⁸	VN-Verdragen, bijvoorbeeld over klimaat of biodiversiteit
			ketenbenadering	EU-milieurecht en -beleid
		zorgplicht voor het milieu	doelgroepenbeleid	Nationaal recht en beleid voor milieubeheer
			brancheafspraken	provinciaal beleid milieu en water
	<i>Lokaal</i>	feitelijke milieuprestaties	belangenbehartiging	provinciale en gemeentelijke besluiten over losse gevallen
		<i>Individueel/bedrijven</i>	<i>Collectieven</i>	<i>Overheid</i>

Realisatie van oplossingen

© Borgers

De figuur laat zien dat verschillende groepen actoren (privaat, collectief, publiek) op verschillende schaalniveaus een verantwoordelijkheid op zich kunnen nemen voor het milieubeheer. De regulering hiervan is sinds de jaren 1960 via een evolutionair en soms spectaculair proces van beleidsvoering en regelgeving ontstaan.

Het is echter zeer onzeker of dit stelsel van milieurecht en –beleid voldoende opgewassen is tegen de uitdagingen van de hardnekkige, nieuwe en onbekende milieuproblemen, op het praktische lokale versus het agenderende internationale niveau. Illustratief voor deze fundamentele onzekerheid is de opsomming van de belangrijkste uitdagingen uit het huidige Nederlandse milieubeleid.⁹

- Nederland kenmerkt zich als ‘stadstaat’ met steeds hogere kosten voor de maatregelen tegen milieuproblemen, met name door de hoge concentratie van economische activiteiten ten opzichte van de bevolkingsdichtheid. Een deel van het bedrijfsleven wil gelegenheid krijgen om zelf het initiatief te nemen om milieuproblemen op te lossen, afwijkend van het overheidsbeleid.

⁷ Vgl. WRR (2002/a), p. 36.

⁸ Aalders (2010), p. 9.

⁹ Toekomstagenda milieu (2006), pp. 24-25.



- Het publiek vertrouwen in het beleid en optreden van de overheid is niet groot.
- Milieuproblemen hebben steeds vaker een Europees of wereldwijd schaalniveau. En het Nederlandse milieubeleid wordt tegenwoordig grotendeels op Europees niveau bepaald, maar de oplossing van grootscheepse milieuproblemen in de Nederlandse context is vooral een lokale en regionale opgave.

Het is de vraag wat dit betekent voor het huidige milieurecht. Bij de concrete toepassing van dat recht blijkt namelijk dat de praktijk soms vastloopt, ondanks diverse pogingen van de wetgever om het systeem te vereenvoudigen en te moderniseren.¹⁰ In de literatuur wordt er inmiddels op gewezen dat daarom ‘alle alarmbellen rinkelen’ vanwege de enorme complexiteit van het milieurecht. Er is een gevoel van crisis in dit rechtsgebied. In de literatuur wordt in dit kader gesignaleerd dat zelfs de meest door-gewinterde milieurechtsspecialisten het spoor inmiddels bijster raken en¹¹ Er wordt zelfs gepleit voor een revolutie in dit rechtsgebied.¹²

1.2. Knelpunten en anomalieën in het milieurecht

Wie in Nederland een economische activiteit onderneemt, krijgt al snel te maken met het milieurecht. Denk aan de bouw van een woonwijk of bedrijfsgebouw, de organisatie van een evenement, de aanleg of verbreding van een weg, het ontdoen van afval, het exploiteren van een bedrijf met uitstoot van stoffen naar de lucht, het water of de bodem, het verrichten van handelingen met gevaarlijke stoffen. Bij dit soort ruimtelijke projecten en milieurelevante activiteiten wordt het milieubelang beschermd en beheerd via het milieurecht. Dit rechtsgebied bestaat uit een veelheid van wetten, lagere regelgeving, beleidsdocumenten en andere informatiebronnen. Uit deze verzameling informatiebronnen is echter vaak niet onmiddellijk en ondubbelzinnig af te leiden wat de milieudoelen en normatieve verplichtingen zullen zijn voor de activiteit. Daarvoor is dan eerst een nadere beslissing van een bevoegde overheidsinstantie nodig, bijvoorbeeld in de vorm van een vergunning. En in veel gevallen moet eerst uitgebreid onderzoek worden verricht naar de effecten op het milieu en naar de mogelijkheden om hiertegen maatregelen te treffen, voordat duidelijk is welke milieunorm van toepassing is en wat die norm redelijkerwijs betekent. Hierdoor vereist het milieurecht vrijwel standaard de inzet van veel technisch-wetenschappelijke expertise.

De conclusie daaruit moet zijn dat (...) de inzet van technisch-wetenschappelijke expertise veelal onmisbaar zal blijken. Zo beschouwd kan men spreken van een verwetenschappelijking van de milieuproblematiek.¹³

In de praktijk blijkt echter dat vaak meerdere methoden en technieken bestaan waarmee de effecten van de activiteit op het milieu gemeten of berekend kunnen worden. De milieunormen voor concrete activiteiten zijn bovendien vaak diffuus, omdat hun gelding of betekenis afhankelijk is van een bestuurlijk standpunt. In de rechtspraak

10 Zoals recent via het Activiteitenbesluit (Stb. 2007/415) en de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) (Stb. 2008/496).

11 Janssen (2010), p. 213 e.v.

12 Tonnaer (2011).

13 Heldeweg (1993), p. 20.



wordt geregeld onderhandeld over dat standpunt of over de toe te passen wetenschappelijke onderzoeksmethoden.

In de basisopvatting over het milieurecht wordt desondanks uitgegaan van het idee dat het milieu beschermd kan worden via *harde rechtsnormen* voor ruimtelijke projecten en milieurelevante activiteiten. De achterliggende gedachte is dat deze vorm van normstelling tot rechtszekerheid leidt. Kort gezegd, verlangt het rechtszekerheidsbeginsel in deze gangbare uitleg dat burgers vooraf duidelijkheid moeten hebben over rechtsregels. In de praktijk is de inhoud en de wijze van toepassing van milieunormen echter diffuser dan volgens deze grondstructuur en het rechtszekerheidsbeginsel verwacht zou kunnen worden. Met als gevolg dat de aanvaarding van het milieurecht door burgers en bedrijven regelmatig onder druk is komen te staan. Dit legitimiteitstekort heeft naast de verwetenschappelijkte normstelling en de schijn van rechtszekerheid ook te maken met de regeldruk en de toezichtlast van het huidige systeem van milieurecht. We leven niet meer in de jaren zestig of eerder, toen er nog weinig geregeld was op het gebied van veiligheidsrisico's, milieurampen of preventieve maatregelen. Sindsdien zijn er boekenkasten gevuld met regelgeving en technische informatie om ons tegen rampen en verontreiniging te beschermen. De praktische uitvoering van deze grote hoeveelheid regelgeving vereist naast hoge mate van specialisatie ook integrale keuzen. Hierbij spelen problemen van theoretische en van regulatieve aard, aangevuld met een probleem van afstemming van het nationale op het Europese recht.

Het afstemmingsprobleem met het Europese recht heeft te maken met het volgende. Enerzijds zou dat recht te star zijn en problemen geven bij de realisatie van ruimtelijke projecten of andere milieurelevante activiteiten. Anderzijds wordt er ook op gewezen dat de nationale wetgever (in Nederland) moeite heeft het EU-recht adequaat te implementeren. Bekende voorbeelden zijn de aanpassingen van de wet aan de MER-richtlijn,¹⁴ de IPPC-richtlijn¹⁵ en de natuurbeschermingsrichtlijnen.¹⁶ Bekend zijn ook de perikelen met begrippen zoals 'afvalstof'¹⁷ en 'lozing'.¹⁸ Naast de inhoudelijke problemen met de implementatie is ook het tempo waarmee nieuwe Europese wetgeving ontstaat een probleem voor de nationale wetgever.

Het punt is dat het Europese recht volop in ontwikkeling is, waardoor er voortdurend nieuwe normen en instrumenten bijkomen. Dit leidt vanzelf tot turbulentie in het

14 HvJ EG, 15 oktober 2009 (zaak C-255/08), over het niet voldoen van de Nederlandse wetgeving aan de Europese richtlijn over milieueffectbeoordelingen.

15 Onder druk van een ingebrekestellingsprocedure van de Europese Commissie is de Nederlandse wetgeving nauwkeuriger aangepast aan de IPPC-richtlijn. Zaak C-247/05. Daarover Jongma (2006).

16 HvJ EG, 14 april 2005 (zaak C-441/03), inbreukprocedure waarin is geoordeeld dat Nederland de Vogel- en Habitatrichtlijn niet goed heeft geïmplementeerd. Daarover Van der Wal/van Schaik (2007).

17 HvJ EG, 15 juni 2000, (zaak C-418/97), over vragen van de Nederlandse Raad van State hoe ruim het begrip 'afvalstof' moet worden uitgelegd. Daarover AB 2000, 311, m.nt. Backes.

18 HvJ EG, 29 september 1999 (zaak C-231/97), over vragen van de Nederlandse Raad van State hoe het begrip 'lozing' moet worden uitgelegd. Daarover AB 2000, 22, m.nt. Backes.

ationale milieurecht, zowel wat betreft de implementatie als de concrete uitvoering in de praktijk van ruimtelijke projecten en andere milieurelevante activiteiten.

Naast de betekenis van het Europese recht heeft het milieurecht te maken met een probleem van theoretische aard. Er wordt vrij algemeen van uitgegaan dat een overheidsorgaan alleen bevoegdheden mag uitoefenen als daarvoor een grondslag bestaat in de wet. Dit is verwoord met het *specialiteitsbeginsel*. In praktijk blijkt dit beginsel echter vele kanten op te kunnen wijzen.¹⁹ Een sprekend voorbeeld is het criterium van de goede ruimtelijke ordening. Dit criterium speelt een centrale rol in situaties waarin de overheid een beslissing neemt over een bestemmingsplan of over een afwijking daarvan in het geval van een concreet project.²⁰ Het specialiteitsbeginsel leidt hierbij tot de vraag tot hoever de wettelijk toegekende behartiging van ruimtelijke belangen strekt. In de rechtspraak heeft deze vraag in de loop der jaren tot een uitgebreide toetsing geleid van de milieueffecten van voorgenomen ruimtelijke ontwikkelingen. Om de praktijk te helpen, heeft het ministerie van Infrastructuur en Milieu op haar website een serie deelbelangen benoemd waarvoor de gevolgen van een ruimtelijk plan meestal moeten worden onderzocht.²¹ Dit gaat om akoestische, archeologische en ecologische onderzoeken, om een water- en bodemtoets en om onderzoek naar de luchtkwaliteit, de externe veiligheid, de habitat van soorten en de gevolgen voor flora en fauna. Het criterium van de 'goede ruimtelijke ordening' is dus behoorlijk *generiek*. Om te kunnen bepalen welke belangenbehartiging in een concreet geval specifiek aan de orde mag zijn, is een vertaalslag nodig van het criterium naar het concrete geval. Dit gaat gepaard met een uitgebreide motiveringsplicht en er is altijd een *interpretatie* nodig van de omvang van de wettelijke bedoelingen. Zo bezien, kan worden gesteld dat de *specialiteit* van de wettelijke belangenbehartiging in de praktijk een *contextueel vraagstuk* is. Deze constatering heeft gevolgen voor de mate waarin een overheidsinstantie het belang van de bescherming van het milieu kan behartigen. Het dilemma is dat de omvang van deze taak niet letterlijk uit wetteksten valt af te leiden en dat het specialiteitsbeginsel dus pas in zijn praktische toepassing een functie heeft. Het zal in de context van ieder geval moeten worden beoordeeld en de specialiteit van een wettelijke taak is daarom niet vooraf gegeven, maar wordt er achteraf ingelezen. Het beginsel rechtvaardigt zodoende wel de keuze van de overheid om een taak te behartigen (*context of justification*), maar zegt niets over de wijze waarop die overheid tot die keuze komt (*context of discovery*).

Het probleem van de specialiteit van de wettelijke taken hangt ermee samen dat de moderne samenleving een complex geheel van verdelingsvraagstukken is tussen mensen, tussen groepen en tussen gebieden. Dit is ook wat het milieurecht voortdurend teweeg brengt: een *verdeling van schaarse milieuruimte* over partijen die nu en hier en ook elders en later in de tijd een milieubelang hebben. De uitkomst van deze verdeling kan niet louter door en vanuit het milieurecht worden beslecht. Dat komt doordat iedere succesvolle toepassing van het milieurecht afhankelijk is van de keuzen die de

19 Van Hall (2000), p. 144.

20 Art. 3.1 lid 1 Wro, resp. art. 2.1 lid 1 onder c Wabo.

21 <http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/ruimtelijke-ordening/toetsen-ruimtelijke-plannen>

betrokken actoren in hun context maken en ook van de wetenschappelijke inzichten die op dat moment beschikbaar zijn en relevant gevonden worden. Dit heeft vergaande gevolgen voor de specialiteit van de normstelling. Die is niet af te leiden uit de bevoegdheidstoedeling, maar wel uit de toepassingsresultaten in concrete situaties. En in die situaties gaat het om een brede kring van belangen, zoals de verdeling van schaarste aan duurzame milieukwaliteit over bewoners, bedrijven, passerend verkeer en natuurwaarden. Wanneer een bestuur bevoegd is een besluit te nemen dat invloed heeft op de verdeling van dergelijke belangen, dan maken die belangen onvermijdelijk deel uit van de *context of discovery*.

Dit raakt de kern van het theoretisch probleem van het milieurecht. Het rechtsgebied is van oorsprong bedoeld voor de bescherming van individuen tegen hinder en schade aan de gezondheid zoals door gif of explosies. Maar deze doelstelling is gaandeweg verbreed tot het streven naar een goed leefmilieu in zijn algemeenheid. De specialiteit van de oorspronkelijke beschermende milieuregels is niet gelijk aan de specialiteit van het grotere doel van een goed en duurzaam leefmilieu.

Als derde probleem is hierboven genoemd dat er sprake is van een regulatief knelpunt. De kern hiervan is dat de overheid voor de uitvoering van zijn zorg voor het milieu in de praktijk sterk afhankelijk is van de wijze waarop initiatiefnemers hun eigen verantwoordelijkheid waarmaken. In deze eigen verantwoordelijkheid vermengt het particulier initiatief zich met een publiekelijke zorg voor het algemeen belang, bijvoorbeeld via 'maatschappelijk verantwoord ondernemen'.²² De mate waarin de eigen verantwoordelijkheid wordt waargemaakt, verschilt echter in grote mate. Sommige initiatiefnemers zijn 'koplopers' omdat zij een hoge ambitie hebben om de verantwoordelijkheid te nemen voor duurzaamheid en milieubelangen. De meeste initiatiefnemers van activiteiten met milieugevolgen zijn echter 'volgers' of 'achterblijvers', en doen slechts datgene wat de overheid voorschrijft. Eventueel pas na een aanschrijving van de overheid dat sprake is van een overtreding en dat daarop gehandhaafd zal worden. Dit speelveld van koplopers tot en met achterblijvers is een dilemma voor de wijze waarop de verantwoordelijkheid kan worden gereguleerd in het milieurecht. Die regulering hangt in wezen sterk samen met het feit dat de primaire verantwoordelijkheid voor de milieugevolgen van activiteiten bij de initiatiefnemer behoort te liggen. De overheid zou niet meer dan een afgeleide taak moeten hebben om deze verantwoordelijkheid te begeleiden en zo nodig bij te sturen via beslissingen over ruimtelijke keuzen, passende vergunningvoorschriften of gerichte handhaving. In bestuurlijk-juridische kringen krijgt deze afgeleide taak echter de meeste aandacht, waardoor het lijkt alsof de verantwoordelijkheid voor een schoon en toekomstvast milieu primair een overheidsverantwoordelijkheid is. Maar de overheid kan niet zonder de meewerkende en tegenwerkende krachten in de maatschappij, want het recht concretiseert zich juist daar waar interactie plaatsvindt tussen de uitoefening van bestuurlijke bevoegdheden en de realisatie van de eigen verantwoordelijkheid van de initiatiefnemers van ruimtelijke projecten en milieurelevante activiteiten.

²² Scheltema (2006), p. 193.



Het regulatief dilemma dat hiermee is geschetst, is dat het primaat van de eigen verantwoordelijkheid in combinatie met de publieke zorg om deze verantwoordelijkheid te begeleiden, het gebruik van open normen impliceert. Daarmee kan de rechtspraktijk relatief onafhankelijk van het openbaar bestuur aan de slag, zonder dat het publieke belang ongenormeerd zou blijven. Maar tegenover dit primaat van de eigen verantwoordelijkheid in het moderne denken over de verhouding staat-samenleving, staat de realiteit van het kleine aantal initiatiefnemers die koplopers zijn en het grote aantal volgers en achterblijvers. Deze realiteit impliceert het gebruik van gedetailleerde voorschriften en de frequente uitoefening van toezichtstaken door de overheid.

1.3. Een illustratieve casus: de kwestie van luchtkwaliteit

Het voorgaande kan worden geïllustreerd met de kwestie van de luchtkwaliteitsnormen, die in de periode van 2005 tot 2010 heeft gespeeld. Deze kwestie laat zien dat de wetgever, het bestuur en de rechter verschillend kunnen omgaan met de begrippen en normen uit het milieurecht en dat de praktijk last heeft van de verschillende visies op de toepassingsmogelijkheden van de milieunormen. Het is telkens de vraag welke beleidsruimte de nationale wetgever heeft ten opzichte van hogere normstelling (met name van de EU) en welke beleidsruimte het bestuur heeft om de normen af te stemmen op concrete situaties. Waar dit dubbele vraagstuk van de beleidsvrijheid toe kan leiden, laat zich het beste beschrijven met een spraakmakende case uit het luchtkwaliteitsdossier. Vanaf 2005 deed de Afdeling bestuursrechtspraak namelijk een reeks vernietigende uitspraken over allerlei bestemmingsplannen, milieuvergunningen en wegaanpassingen omdat de grenswaarden voor luchtkwaliteit niet op juiste wijze waren toegepast. De rechtspraktijk had kennelijk grote moeite met de aard en betekenis van de luchtkwaliteitsnormen. De gebeurtenissen zijn uitvoerig in de juridische literatuur beschreven, waarnaar hier kan worden verwezen.²³

De spraakmakende case gaat over het Tracébesluit A4 Burgerveen-Leiden, dat op 13 februari 2006 werd vastgesteld door de minister van Verkeer en Waterstaat. Dit besluit voorzag kort gezegd in de verbreding van de A4 tussen Leiden en Leiderdorp met extra rijstroken en een gedeeltelijke verdiepte aanleg van de weg. Tegen dit besluit werd door enkele belanghebbenden beroep ingesteld, waaronder de Vereniging Milieudefensie en een bedrijf dat een vestiging heeft langs het tracé. Zij betoogden onder andere dat het Tracébesluit ten onrechte was vastgesteld omdat niet werd voldaan aan het Besluit luchtkwaliteit 2005 (hierna: Blk 2005). Deze regeling bevat grenswaarden voor een aantal luchtverontreinigende stoffen. Bestuursorganen moeten die grenswaarden in acht nemen bij de uitoefening van hun bevoegdheden, als daarbij sprake kan zijn van gevolgen voor de luchtkwaliteit. In de Nederlandse context zijn vooral stikstofdioxide (NO₂) en fijnstof (PM₁₀) echter structureel problematisch, wegens

23 Een greep uit de literatuur: Schutte-Postma (2001); MenR (2004); Borgers (2005/B); MenR (2006); Borgers (2006); Schippers/Besselink (2007); Van den Brand/Gierveld/Van der Sluis (2008); Van den Brand/Kwast/Van der Sluis (2009); Bosma (2009), Schippers/Besselink (2009); Van den Brand/Van der Sluis (2010).



hoge achtergrondconcentraties. Het Blk 2005 biedt hiervoor een oplossing. Bestuursorganen mogen hun bevoegdheden ook uitoefenen in situaties waarin *per saldo* sprake is van een verbetering of gelijkblijvende luchtkwaliteit en ook in situaties waarin weliswaar sprake is van een beperkte verslechtering van de luchtkwaliteit maar waarin die kwaliteit *per saldo* toch verbetert door maatregelen of effecten die met de bevoegdheidsuitoefening samenhangen.²⁴

De kern van het beroep van de appellanten was dat de luchtkwaliteit niet zou verbeteren door de verbreding van de A4. Ook stelden zij dat het Tracébesluit ten onrechte alleen betrekking heeft op de luchtkwaliteitseffecten in het jaar van openstelling van de wegverbreding in 2012.²⁵ De minister bestreed dit en stelde dat het Tracébesluit *per saldo* wel tot een verbetering van de luchtkwaliteit zou leiden. Het belangrijkste argument van de minister was dat een maximumsnelheid van 80 km/u zou worden ingesteld. Dit zou, in combinatie met het wegontwerp en de reductie van files, tot een vermindering van de luchtverontreiniging van de verbrede weg leiden ten opzichte van de autonome situatie.²⁶ Het Tracébesluit voldeed daarom aan de salderingsmogelijkheid van het Blk 2005, zo concludeerde de minister. Daarbij gold ook dat een vergezicht voor de effecten na 2012 geen zin had, omdat in 2012 direct de maximale capaciteit van de nieuwe weg zou zijn bereikt.²⁷

Vereniging Milieudefensie betoogde voorts dat het studiegebied van de effecten op de luchtkwaliteit te klein was.²⁸ In het Tracébesluit was de luchtkwaliteit langs aangrenzende wegvakken en de aansluitende lokale en provinciale wegen niet onderzocht. De minister bestreed dit met het argument dat de wegverbreding geen relevante effecten zou hebben op genoemde wegvakken en aansluitende wegen.²⁹

Het oordeel van de Afdeling bestuursrechtspraak was vernietigend. Allereerst oordeelde de Afdeling dat de minister niet deugdelijk had gemotiveerd dat maatregelen zoals de maximumsnelheid van 80 km/u in combinatie met het wegontwerp en de reductie van de files, tot positieve effecten op de luchtkwaliteit zouden leiden. Het beschikbare onderzoek kon die stelling niet onderbouwen.³⁰ Vervolgens oordeelde de Afdeling dat evenmin deugdelijk was gemotiveerd dat er sprake was van een situatie waarin *per saldo* sprake is van een verbetering of gelijkblijvende luchtkwaliteit ten opzichte van de autonome situatie. Om dit te kunnen concluderen had de minister verslechtingen gecompenseerd met verbeteringen, maar deze werkwijze is geen goede uitleg van de salderingsmethode van het Blk 2005.³¹

24 Art. 7 lid 3 onder a en b Blk 2005.

25 ro. 2.18.1, 2.18.2 en 2.18.3.

26 ro. 2.19.

27 ro. 2.19.1.

28 ro. 2.18.3.

29 ro. 2.19.2

30 ro. 2.26.

31 ro. 2.27.



Over het vergelijkingsjaar 2012 constateerde de Afdeling dat in de stukken bij het Tracébesluit voorzien was in een toename van het verkeer in de jaren na 2012 en dat daardoor ook na 2012 sprake zou kunnen zijn van een verslechtering van de luchtkwaliteit.³² Dit was niet goed onderzocht. Ook met betrekking tot de omvang van het studiegebied voor de effecten op de luchtkwaliteit en de daarbij passende vraag of bij een beperkte verslechtering per saldo toch sprake is van een verbetering, oordeelde de Afdeling dat het Tracébesluit ondeugdelijk was gemotiveerd. Er had een integrale benadering moeten worden toegepast, met inbegrip van alle locaties waar significante gevolgen voor de luchtkwaliteit zullen optreden. De mogelijkheid van saldering had daarom in het Tracébesluit moeten worden beoordeeld aan de hand van alle relevante factoren, zoals de concentraties van stoffen ter plaatse van de verslechtingen en de verbeteringen, het gebied en het aantal blootgestelden dat door de verslechtering of verbetering wordt geraakt.³³ De minister had daarentegen gekozen voor een vast studiegebied met een bandbreedte van 300 meter aan weerszijden van het tracé.

Op 17 mei 2009 heeft de minister een nieuw Tracébesluit vastgesteld. Hiertegen is opnieuw beroep ingesteld door de Vereniging Milieudefensie. In een uitspraak van 15 september 2010 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak dit beroep ongegrond verklaard.³⁴ De eerdere problematiek van de verslechterde luchtkwaliteit langs gedeelten van het tracé speelde geen rol van betekenis meer. Dit kwam doordat de systematiek van het Blk 2005 in de tussentijd ingrijpend was aangepast, in reactie op de vernietiging van het Tracébesluit voor de A4 en nog een aantal belangrijke besluiten voor grote ruimtelijke ontwikkelingen in de periode vanaf 2005.

De case van de A4 bij Leiderdorp is illustratief voor het ongemak van de wetgever en het bestuur in het gebruik van de beleidsruimte in de regelgeving voor de luchtkwaliteit. Door dit ongemak was in de periode 2005 tot 2010 sprake van een opeenvolging van jurisprudentie en wetwijzigingen, op nationaal en Europees niveau. De aanloop naar deze turbulente periode van vijf jaar begon echter al in de jaren tachtig van de 20^e eeuw. Het verloop van de gebeurtenissen heb ik ter illustratie in onderstaande tabel op een rij gezet. Daarin is zichtbaar hoe wetgever, bestuur en rechter hebben geworsteld met het vraagstuk van de beleidsruimte bij de toepassing van de luchtkwaliteitsnormen. Uiteindelijk hebben wetwijzigingen in 2005 en 2007 tot een ruimere discretionaire toepassing van de grenswaarden voor luchtkwaliteit geleid en kunnen de grenswaarden via meerdere wegen worden bereikt, namelijk door de:

- vaststelling dat een activiteit/project *niet in betekende mate* bijdraagt aan de concentratie van een bepaalde stof in de buitenlucht;
- vaststelling dat met de uitoefening van een bestuurlijke bevoegdheid de concentratie van een bepaalde stof in de buitenlucht *per saldo* gelijk blijft of verbetert, eventueel door middel van een samenhangende maatregel;

32 ro. 2.28.

33 ro. 2.29.

34 ABRvS 15 september 2010, 200904401/1, JB 2010/236.



- opname van een activiteit/project in het Nationaal Samenwerkingsprogramma Luchtkwaliteit of in een regionaal programma luchtkwaliteit.
- aanwijzing van zones en agglomeraties waarvoor de werking van bepaalde grenswaarden tot een bepaald tijdstip wordt uitgesteld.

- 1980-1996 Diverse EU-richtlijnen komen tot stand, met daarin kwaliteitsnormen voor bepaalde stoffen in de buitenlucht (SO₂, zwevende deeltjes, lood, NO₂).³⁵ Kort gezegd, worden de Lidstaten geacht maatregelen te treffen als na een bepaalde periode niet aan de grenswaarden wordt voldaan. De richtlijnen verplichten tevens tot het opstellen van plannen, tot het uitvoeren van metingen en tot het rapporteren over de luchtkwaliteit.
- 1996-1999 Europese kaderrichtlijn Luchtkwaliteit,³⁶ met 1^e dochterrichtlijn,³⁷ later overigens met meer dochterrichtlijnen.³⁸ Kern van de systematiek is dat de Lidstaten de nodige maatregelen moeten treffen om te voorkomen dat grenswaarden voor bepaalde concentraties stoffen in de lucht worden overschreden per 2005 of 2010. De richtlijnen omvatten grenswaarden, alarmdrempels, plandrempels, meet- en rekenregelingen en een actieve rapportageplicht voor de Lidstaten.
- 2001-2004 Besluit luchtkwaliteit, ter implementatie van de 1^e dochterrichtlijn.³⁹ Kern van de regeling is dat nieuwe emissiebronnen op plaatsen met een te hoge concentratie van een stof in de lucht, niet geaccepteerd kunnen worden. Bestuursorganen dienen de luchtkwaliteitseisen in acht te nemen bij de uitoefening van bevoegdheden die gevolgen hebben voor deze luchtkwaliteit. Toelating van gevoelige bestemmingen in een overschrijdingsgebied kan wel. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State gaat in eerste instantie mee in dit onderscheid.⁴⁰
- 2004-2005 Diverse besluiten over bestemmingsplannen en wegbuitbreidingen worden door de bestuursrechter vernietigd, kort gezegd omdat niet of onvolledig onderzoek naar de concentraties stoffen was gedaan cq. dat onvoldoende was gemotiveerd of en hoe aan de kwaliteitseisen zal worden voldaan.
- 2005 Het Besluit luchtkwaliteit wordt vervangen door een nieuw Besluit luchtkwaliteit 2005. In reactie op de jurisprudentie van de bestuursrechter wordt saldering mogelijk gemaakt.⁴¹ Ook worden de latere EU-dochterrichtlijnen geïmplementeerd.

35 Richtlijn 80/779/EEG van de Raad van 15 juli 1980 betreffende grenswaarden en richtwaarden van de luchtkwaliteit voor zwaveldioxyde en zwevende deeltjes; richtlijn 82/884/EEG van de Raad van 3 december 1982 betreffende een grenswaarde van de luchtkwaliteit voor lood; Richtlijn 85/203/EEG van de Raad van 7 maart 1985 inzake luchtkwaliteitsnormen voor stikstofdioxyde.

36 Richtlijn 96/62/EG van de Raad van 27 september 1996 inzake de beoordeling en het beheer van de luchtkwaliteit.

37 Richtlijn 1999/30/EG van de Raad van 22 april 1999 betreffende grenswaarden voor zwaveldioxide, stikstofdioxide en stikstofoxiden, zwevende deeltjes en lood in de lucht.

38 Richtlijn 2000/69/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 november 2000 betreffende grenswaarden voor benzeen en koolmonoxide in de lucht; Richtlijn 2002/3/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 februari 2002 betreffende ozon in de lucht.

39 Stb. 2001, 269.

40 Van der Feltz (2004), p. 335, met verwijzing naar jurisprudentie.

41 Art. 7 derde lid onder a en b Besluit Luchtkwaliteit 2005, Stb. 2005, 316.



- 2006-2007 Wetsvoorstel Luchtkwaliteit, die het Blk 2005 vervangt door een regeling in hoofdstuk 5 van de Wet milieubeheer.⁴² Nieuw is de introductie van een landelijk luchtkwaliteitsprogramma, die enerzijds maatregelen bevat ter verbetering van de luchtkwaliteit en die anderzijds ruimte biedt voor ruimtelijke ontwikkelingen met een negatief effect op de luchtkwaliteit. Voor veel besluiten die tot toestemmingen voor activiteiten leiden, vervalt hierdoor de toetsing aan de grenswaarden. Ook nieuw is het criterium 'niet in betekende mate', wat inhoudt dat luchtverontreinigende activiteiten die minder dan 3% bijdragen aan de totale concentratie in de lucht, niet aan de grenswaarden worden getoetst.
- 2008 De kaderrichtlijn luchtkwaliteit wordt vervangen door de EG-richtlijn luchtkwaliteit.⁴³ De richtlijn maakt het mogelijk dat Lidstaten uitstel kunnen krijgen voor de grenswaarde voor bepaalde stoffen en introduceert een nieuwe norm voor zeer fijn stof (PM_{2,5}). In Nederland wordt het Besluit gevoelige bestemmingen vastgesteld,⁴⁴ waarmee voor bepaalde gevallen, zoals scholen langs snelwegen, de uitoefening van een bevoegdheid of toepassing van een wettelijk voorschrift niet mag leiden tot een toename van het aantal personen dat in een overschrijdingsgebied verblijft.
- 2009 Nederland verkrijgt op eigen verzoek derogatie van de Europese Commissie van de grenswaarden voor PM₁₀ en NO₂.⁴⁵ De nieuwe Richtlijn wordt geïmplementeerd via een wijziging van hoofdstuk 5 Wm.⁴⁶ Voor zones of agglomeraties waarin niet aan de richtwaarden voor ozon of fijn stof wordt voldaan krijgt de minister van VROM de opdracht om maatregelen te treffen, voor zover die geen onevenredige kosten met zich meebrengen.⁴⁷
- 2010 De Afdeling bestuursrechtspraak accepteert de nieuwe systematiek van de uitzonderingspositie voor projecten die 'niet in betekende mate' bijdragen aan de luchtkwaliteit, en voor projecten waarvan de negatieve effecten in voldoende mate worden gecompenseerd door lokale of regionale maatregelen uit het 'Nationaal Samenwerkingsprogramma Luchtkwaliteit'.⁴⁸

@ H.C. Borgers

Bij de gang van zaken zoals samengevat in bovenstaande tabel moet worden opgemerkt dat de luchtkwaliteitsnormen inhoudelijk niet zijn veranderd. Het probleem zat dus niet in de concentratiewaarden maar in het onvermogen van het bestuur om een redelijke toepassing aan de kwaliteitsnormen te geven. Die mogelijkheid bestond echter ook al voor de recente wetwijzigingen: de kern van de regeling was namelijk al die tijd al dat bestuursorganen ondubbelzinnig bepalen hoe de grenswaarden gehaald gaan worden in situaties van overschrijdingen en nieuwe ruimtelijke ontwikkelingen.

42 Wet van 11 oktober 2007, Stb. 2007, 414.

43 Richtlijn nr. 2008/50/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 21 mei 2008 betreffende de luchtkwaliteit en schonere lucht voor Europa.

44 Stb. 2009, 14.

45 TK 2008-2009, 31589, nr. C.

46 Stb. 2009, 158.

47 Stb. 2009, 364.

48 Roelands-Fransen (2011), diverse jurisprudentie in noot 14 en 18.



Dit vergt niet per se een individuele toets van activiteiten aan harde milieunormen, aangezien de Europese regelgeving altijd de mogelijkheid heeft opengelaten voor een luchtkwaliteitplan met algemene maatregelen om aan de grenswaarden te voldoen. De bestuursrechter heeft deze mogelijkheid vrijwel letterlijk ook voorgesteld in een van de eerste luchtkwaliteitzaken op basis van een individuele toets, maar dit is kennelijk niet opgevat als een richtinggevende uitspraak over de beleidsruimte in de regelgeving.

In saneringssituaties, bestaande situaties waarin sprake is van overschrijding van grenswaarden, is het denkbaar dat doorvoering van één individuele maatregel niet leidt tot het voldoen aan een grenswaarde, terwijl de desbetreffende maatregel wel een belangrijke bijdrage kan leveren aan verbetering van de situatie. In dergelijke gevallen dienen de overheden bij de uitoefening van hun bevoegdheden de afweging te maken of een voorgenomen wijziging met betrekking tot de onderhavige activiteit in voldoende mate bijdraagt aan realisering van de grenswaarde en dient daarvan ook rekenschap te worden gegeven.⁴⁹

Vrijwel geen enkele overheid maakte gebruik van deze beleidsruimte. Hierdoor waren al die bestuurders genoodzaakt om individuele gevallen te toetsen aan de mogelijke overschrijding van de grenswaarden. Toen dit tot vernietigingen van besluiten over maatschappelijk gewenste projecten leidde (wegverbredingen en bestemmingsplannen voor woonwijken en voetbalstadions), schoot de wetgever in de reflex van het wijzigen van de regelgeving om de grenswaarde minder hard te maken. En bestuurders kozen veelal voor een afwachtende houding, waardoor de besluitvorming over veel projecten vertraging opliep. Het lijkt er op dat de wetgever en de bestuurders zich geen raad wisten met het fenomeen ‘discretionaire ruimte’ die zij over de band van een luchtkwaliteitplan hadden kunnen benutten.

De uiteindelijke oplossing is ogenschijnlijk eenvoudig. In plaats van een projectgebonden toetsing aan de grenswaarden is via een wijziging van de Wet milieubeheer een nationale en regionale programmatoetsing mogelijk gemaakt voor ruimtelijke projecten. Via deze generieke toetsing is de luchtkwaliteit losgekoppeld van de individuele bijdrage van projecten en activiteiten, omdat de effecten en maatregelen in een programma (niet per project) worden vastgesteld. Maar zo eenvoudig als de uitkomst van de gebeurtenissen tussen 1980 en 2010 lijkt, is het niet. Want de programmatoetsing is blijkbaar een anomalie ten opzichte van de grondstructuur van het milieurecht, die eerst wettelijk geregeld moest worden. Dat wil zeggen dat deze oplossing niet zonder meer mogelijk was met de gangbare opvattingen over de beleidsruimte van bestuursorganen met betrekking tot de totstandkoming en praktische werking van milieurechtelijke normen in concrete gevallen.

1.4. Een onwerkbaar systeem van ordening en controle

Als de lastige kwestie van de toepassing van de luchtkwaliteitsnormen op individuele projecten en activiteiten op zichzelf zou staan, zou sprake zijn van een uitzondering

⁴⁹ ABRvS 9 februari 2005, MenR 2005/6, nr. 61 (Stationseiland Amsterdam).



op de regel die verder geen aanleiding vormt om vragen te stellen bij de grondstructuur van het milieurecht. Dat zou betekenen dat het rechtsgebied voor het overige goed functioneert. Maar dit is niet het geval. De problemen bij de toepassing van de luchtkwaliteitsnormen zijn namelijk geen losstaand incident, integendeel. De kwestie is exemplarisch voor de eerdergenoemde knelpunten in het hedendaagse milieurecht, namelijk de afstemming van het nationale op het Europese recht, het probleem van de specialiteit van de normstelling en het probleem van de verantwoordelijkheidsverdeling tussen samenleving en overheid. Door deze knelpunten ondervinden ruimtelijke projecten en andere milieurelevante activiteiten vaak onnodige vertraging en verloopt de beoordeling van hun milieugevolgen vaak moeizaam.⁵⁰

De knelpunten raken volgens mij aan de fundamenten van het Nederlandse milieurecht.⁵¹ Dit rechtsgebied is van oudsher gebaseerd op de gedachte dat de overheid de zorg heeft om het milieubelang te reguleren.

*De zorg van de overheid is gericht op de bewoonbaarheid van het land en de bescherming en verbetering van het leefmilieu.*⁵²

De grondwettelijk vastgelegde focus op de zorg van de overheid voor de bescherming en verbetering van het leefmilieu werkt sterk door in het milieurecht. Daarin is sprake van een nadruk op milieubescherming via de inzet van milieurechtelijke instrumenten door en van de overheid. Het milieurecht is hierdoor sterk *instrumenteel* van aard en georiënteerd op een *ordering* van de samenleving door de overheid. De focus leidt er bovendien toe dat de overheid zoveel als mogelijk is ‘harde’ rechtsregels in de vorm van minimumeisen en grenswaarden zal willen vastleggen voor ruimtelijke projecten en milieurelevante activiteiten. Het gevolg hiervan is dat het Nederlandse milieurecht zich in de basis ervan kenmerkt door een voorkeur voor een wetenschappelijke en modelmatige onderbouwing van de normstelling. De motivering voor deze voorkeur is dat de ‘zuivere’ onderbouwing van de normstelling een consensusvorming en pacificatie vergemakkelijkt.⁵³ De zuivere onderbouwing zou tot ‘zuivere normstelling’ leiden, wat inhoudt dat de overheid zich op basis van zuivere wetenschapsmethoden laat informeren over feiten en relevante ontwikkelingen. Op basis daarvan weegt het politiek verantwoordelijke overheidsbestuur deze feiten en vertaalt die in beleid of besluiten.⁵⁴

Wat is omschreven als ‘zuivere normstelling’ kan met andere woorden zodanig worden uitgelegd dat het milieurecht bij voorkeur gebruik maakt van *abstracte* normen. Het abstracte kenmerk is het gevolg van de doorslaggevende betekenis die aan ‘zuivere’ kennis wordt toegekend bij het formuleren en toepassen van normen. Hierdoor is de verhouding tussen feiten en normen een abstracte kwestie, alsof de norm in een laboratorium kan worden ontwikkeld.

50 Kamerstukken II, 2010–2011, 31 953, nr. 40, p. 1.

51 Borgers (2011/b), p. 634.

52 Artikel 21 Grondwet.

53 WRR (2003), p. 28.

54 WRR 2003, p. 56.



Deze benadering kan echter ter discussie worden gesteld. Door Verschuuren is hierover treffend geschreven dat de verantwoordelijkheid voor het milieu niet alleen ontstaat door wettelijke ge- of verboden die de zorg van de overheid zijn, maar dat deze verantwoordelijkheid ook uit het recht zelf voortvloeit.⁵⁵ Reeds dit vraagt om een overdenking van de instrumentele oriëntatie van het milieurecht. Maar hier bestaat nog een tweede aanleiding voor, want het idee dat het mogelijk is om 'abstracte' normen vast te stellen strookt niet met de werkelijkheid. Bij het opstellen en vooral bij het toepassen van normen zal altijd met meer aspecten rekening worden gehouden dan louter wetenschappelijke informatie over feiten.

*Het zwakke punt is hierbij dat het (bestuurlijk wenselijke) scherpe onderscheid tussen feiten en waardering onvoldoende recht doet aan de pluriformiteit van concepties waarbinnen de feiten worden gegeven (...).*⁵⁶

De consequentie van abstracte normstelling in een pluriforme werkelijkheid is dat die normstelling vaak te rigide zal zijn. Dit rigide karakter van het milieurecht heeft Van den Broek in een essay uit 2001 tot de stelling gebracht dat de praktijk behoefte heeft aan meer vrijheid binnen de milieuwetgeving, om gewenste maatschappelijke oplossingen voor milieuproblemen niet te frustreren.⁵⁷

*In de discussie over nut en noodzaak van deze centraal geregisseerde normen bestaat het beeld als zouden zij waardevrij zijn, want gebaseerd op wetenschappelijk onderzoek, en noodzakelijk, want ter bescherming van de zwakkere burger.*⁵⁸

Wie meent dat milieunormen waardevrij zijn ('abstract'), die zal de gelding en toepasbaarheid van milieunormen zelden of nooit ter discussie stellen. Daarvoor is in de standaardbenadering ook geen aanleiding, aangezien de gedachte is dat deze normen een wetenschappelijk etiket van goedkeuring dragen. Het milieurecht zou zich daarom vooral kunnen concentreren op het legalistisch vraagstuk van de zekerheden die de overheid (wetgever en bestuur) kan en moet bieden op het niveau van de definitie van de milieuproblemen, de formulering van de milieudoelen en het toepassen van effectieve maatregelen. In deze benadering wordt gedacht dat de instrumentele toepassing van het milieurecht als vanzelf tot goede resultaten leidt. Doorbladerend in de standaard literatuur over milieurecht, valt dit uitgangspunt ook op. De meeste handboeken milieurecht zijn grotendeels gewijd aan de uitleg van de instrumenten van de overheid, zoals de plan- en vergunningverleningprocedures en het handhavinginstrumentarium.⁵⁹ Tussen de honderden pagina's uitleg van deze instrumenten blijft weinig ruimte over voor een behandeling van de materiële milieunormstelling, anders dan als a priori doelstellingen waaraan de overheid het handelen van actoren toetst en goed- of afkeurt.

⁵⁵ Verschuuren (1993), p. 2.

⁵⁶ WRR 2003, p. 56.

⁵⁷ Van den Broek (2001), p. 15.

⁵⁸ Van den Broek (2001), p. 9.

⁵⁹ Vgl. Tonaer (1994); Van den Broek e.a. (1998); Backes e.a. (2004), Teunissen (2007).

De zorg voor het milieubelang is aldus uitgewerkt via een *instrumentalisering* en *proceduralisering* van de mogelijkheden van de overheid om die zorg waar te maken. In het verlengde hiervan is een uitgebreid systeem van rechtsbescherming ontwikkeld, zodat de uitoefening van de overheidsbevoegdheden aan rechterlijke toetsing gebonden kan worden.⁶⁰ In één begrip samengevat, kenmerkt het milieurecht zich als *ordeningwetgeving* op basis van *command and control*. Deze grondstructuur van het milieurecht gaat uit van de veronderstelling dat de zorg voor de bescherming en verbetering van het leefmilieu gebaad is bij een stelsel van abstracte milieunormen die worden *opgesteld, uitgevoerd en gehandhaafd* door bevoegde overheidsinstanties.

*Om haar zorgplicht ingevolge artikel 21 Grondwet te kunnen vervullen, zal de overheid moeten beschikken over toereikende wettelijke bevoegdheden en instrumenten tot het stellen en handhaven van grenzen ten aanzien van het milieu en maatschappelijke activiteiten.*⁶¹

De ratio van de benadering zoals verwoord door Biezeveld is dat de milieubescherming niet van de grond zal komen zonder sterk toegeruste en stevig optredende overheid. Met als veronderstelling dat de wetgever – en ook het overheidsbestuur als sprake is van gedelegeerde normstelling – kennelijk in staat is om de mate waarin milieubescherming nodig is *te definiëren*, daartoe *regels te stellen* en de *naleving af te dwingen*. Maar hoe juist is deze veronderstelling? Is de overheid daadwerkelijk effectief en efficiënt in staat het milieubelang te definiëren, te reguleren en te handhaven?

In de literatuur zijn twijfels geuit over deze veronderstelling. Daarbij wordt niet zozeer ter discussie gesteld dat de overheid regels kan stellen en maatregelen kan treffen die ingrijpen in het maatschappelijk verkeer. Maar de wijze waarop dit gebeurt, is wel onderwerp van debat. Tijdens de studiedag van het Centrum van Milieurecht gaf Scheltema bijvoorbeeld een inleiding waarin hij aandacht vroeg voor de veranderende rol van de overheid in de huidige samenleving.

*De gevaren die in een moderne samenleving dreigen en de belangen die de overheid moet bewaken, vergen een kennis waarover de overheid lang niet altijd meer de beschikking heeft. Wanneer zij ervoor moet zorgen dat het milieu niet wordt geschaad (...) dan is het niet meer doenlijk om dat via de klassieke methode van regelgeving en controle op de nakoming ervan te doen. (...) Dus wordt het in toenemende mate onmogelijk om centraal vanuit de overheid precies voor te schrijven wat er moet gebeuren.*⁶²

In een andere publicatie constateert Scheltema dat het belang van staatsgrenzen en daarmee van de staat afneemt, bijvoorbeeld doordat het economisch leven internationaal vervlochten is geraakt en doordat de bescherming van het klimaat afhankelijk is van internationale verhoudingen, net zoals de bestrijding van virusinfecties.⁶³ Ook constateert hij dat het juridische onderscheid tussen publiek- en privaatrecht in klassieke zin niet meer opgaat, onder verwijzing naar enerzijds de privatisering van publieke

60 Backes e.a. (2004), p. 25.

61 Biezeveld (2002), p. 16.

62 Scheltema (2001), p. 3.

63 Scheltema (2006), pp. 192-193

taken en anderzijds de toenemende maatschappelijke verantwoordelijkheid voor het publieke belang die van private organisaties wordt verlangd.

De tijd waarin de wetgever een monopolie heeft op de inrichting van de samenleving en op het ordenen van het handelen van mensen en organisaties, is voorbij. Met Glasstra van Loon kan worden geconstateerd dat dit te verklaren valt vanuit het perspectief van de hoge organisatiegraad van de moderne samenleving.⁶⁴ Kort gezegd, is in onze samenleving in de loop van de recente geschiedenis een hoge mate van specialisatie in arbeidsprocessen en in de wetenschappen ontstaan. Hierdoor kenmerkt de samenleving zich als een veelheid aan *sociale netwerken*, waarin eigen belangen worden behartigd en waarin sprake is van zeer specifieke deskundigheid. Tegenover deze specialiteit van de sociale netwerken staat de *institutie* van de democratische rechtsstaat, met het idee van de machtenscheiding, de parlementaire democratie, de procedurele rationaliteit voor de totstandkoming van overheidsbeslissingen en de juridische waarborgen voor burgers tegen onrechtmatige besluiten. Glasstra van Loon concludeert dat de gewijzigde verhouding tussen de sociale netwerken en de klassieke institutionalisering van de samenleving tot spanningen leidt.

*Het juridische bedrijf raakt overbelast. Tegelijkertijd verliest zijn selectieve, abstraherende en generaliserende besliskunde op een toenemend aantal terreinen zijn greep op de problemen. Noch democratisch genomen besluiten, noch door de administratie genomen en zelfs rechterlijke beslissingen vinden nog de maatschappelijke aanvaarding die voorwaarde is voor hun effectiviteit.*⁶⁵

Dit is van fundamenteel belang. De rechtsstaat is gebaseerd op het idee van algemeen geldende wetgeving die tot stand komt op basis van democratische besluitvorming, waarin iedereen één stem toekomt. Maar in onze hoog ontwikkelde en globaliserende samenleving met mondige burgers, is de effectiviteit van deze wetgeving afhankelijk van de acceptatie en uitvoering in allerlei sociale netwerken. Het gevolg is dat die netwerken een beslissende invloed uitoefenen op de *inputzijde* van het wetgeven en besturen door de overheid.⁶⁶ Bovendien hebben de sociale netwerken ook invloed op de *outputzijde* van de instituties van de rechtsstaat, juist omdat die netwerken over specialistische kennis op het gebied van hun specifieke belangen beschikken, welke de overheid niet bezit.⁶⁷ Vanuit hun kennis en vanwege hun belangen beïnvloeden de netwerken, en vaak met succes, de uitkomsten van het wetgevingsproces en de bestuurlijk-juridische besluitvorming door bestuursorganen. Dankzij hun hoge organisatiegraad beïnvloeden netwerken de objectieve beoordeling die de overheid moet uitvoeren om tot rechtvaardige beslissingen te komen.⁶⁸

Hiermee is een dieperliggend dilemma aan het licht getreden, waarmee de huidige crisiservaring met de ontwikkeling en toepassing van het milieurecht kan worden ver-

64 Glasstra van Loon (1987), p. 4.

65 Glasstra van Loon (1987), p. 7.

66 Glasstra van Loon (1987), p. 8-9.

67 Glasstra van Loon (1987), pp. 8-9.

68 Glasstra van Loon (1987), p. 9.



klaard. Want stel nu eens dat in de huidige kennissamenleving inderdaad steeds minder gelegenheid bestaat voor centrale sturing.⁶⁹ Dat de stelligheid van centrale, uniforme en gedetailleerde regelgeving niet aansluit bij de variabele en toevallige sociale werkelijkheid met zijn versmelting van publieke en private waarden en rollen. Dat perfecte en voorafgaande informatie niet bestaat en dus dat perfecte sociale ordening onmogelijk is. Dat normen en feiten tijdens besluitvormingsprocessen in wisselwerking met elkaar worden gebracht om tot contextuele beslissingen te kunnen leiden en dus dat het uitgangspunt van abstracte normstelling niet werkbaar is.

Dit dilemma is een centraal thema in het werk van de rechtsfilosoof Van Gunsteren. Hij spreekt van een *wonderbaarlijk falen* van het klassieke *command and control* mechanisme van de overheidsmacht.

*Modern government often runs into trouble. It does not get done what it wants to accomplish. Given its vast resources of power and its sophisticated means of communication and control this failure is amazing.*⁷⁰

Het is de hoogste tijd om te onderzoeken welke gevolgen dit wonderbaarlijke falen van de orderingsbenadering heeft voor het milieurecht. Want als de orderingsbenadering inderdaad faalt, kan ook worden verwacht dat het overheidsbestuur er niet in zal slagen de milieuproblematiek langs die weg op te lossen.

1.5. Van crisis tot paradigmwisseling in het milieurecht

Het huidige systeem van het milieurecht lijkt in een sfeer van crisis te zijn beland. Het is daarom geen vreemde gedachte om te stellen dat dit rechtsgebied in een fase van fundamentele vernieuwing terecht komt. De crisis van het milieurecht kan namelijk worden vergeleken met andere crisissituaties waarin sprake is van een fundamentele verandering in het denken over het desbetreffende onderwerp. Het verschijnsel van een fundamentele crisis is bijvoorbeeld een terugkerend fenomeen in de wetenschappen. Dit is beschreven door de filosoof Kuhn, in zijn beroemde studie *The Structure of Scientific Revolutions*.

1.5.1. De wisseling van een paradigma

Kuhn stelt dat in wetenschapsgebieden soms sprake is van fundamentele crises, die alleen oplosbaar blijken te zijn als de aannames en standaardpatronen ervan worden vervangen door nieuwe aannames en nieuwe standaard onderzoeksregels. Kort gezegd, is volgens Kuhn in ieder wetenschapsgebied sprake van een verzameling standaard uitgangspunten, opvattingen en vooronderstellingen. Deze verzameling functioneert normaal gesproken als een 'baken' voor de wetenschapsbeoefenaars.⁷¹ Zij baseren er hun probleemstellingen, onderzoeksmethoden en conclusies op en gebruiken de verzameling dus als een aangenomen wereldbeeld, dat geen nadere verklaring behoeft.

69 Scheltema (2006), p. 196.

70 Van Gunsteren (1972), p. 2.

71 Buskes (2003), inleiding bij Kuhn (1970), p. 15.



Door Kuhn wordt dit een *'paradigma'* genoemd. Een paradigma is dus een samenhangende verzameling aannames, werkwijzen en onderzoeksregels die onder normale omstandigheden ten grondslag liggen aan concreet wetenschappelijk onderzoek.

Het bijzondere van paradigma's is dat zij meestal een *onbetwist* baken zijn. Ze worden zonder twijfel of discussie toegepast in concreet onderzoek. Maar paradigma's zijn geen in beton gegoten waarheden. Integendeel, ze blijken vatbaar te kunnen zijn voor discussie, ontkenning en ontwikkeling. Dit gebeurt volgens Kuhn als er onzekerheid ontstaat over de bruikbaarheid en geldigheid van een paradigma.⁷² Als deze onzekerheid sterk genoeg is, ontstaan als vanzelf debatten binnen het desbetreffende wetenschapsgebied over de onderliggende aannames, methoden en toelaatbare probleemstellingen. Datgene wat een onbetwist baken was, verwordt tot een schimmig lichtsignaal in mistige omstandigheden. Kuhn heeft hierover beschreven dat een geldend paradigma gaandeweg het gebruik ervan tot allerlei anomalieën kan leiden. Dat wil zeggen dat de wetenschappers er niet meer in slagen om hun problemen en onderzoeksvragen op te lossen binnen het basismodel van hun wetenschap. Daarom verzinnen zij allerlei uitzonderingen en afwijkingen op dat basismodel, zonder dat het model zelf ter discussie staat.

Maar wanneer een anomalie als fundamenteel wordt ervaren, kan een sfeer ontstaan die tot destructie van het paradigma leidt. Dit is een sfeer van crisis en van minder vruchtbaar wetenschappelijk onderzoek. In deze overgangperiode is er echter nog niet zomaar een geschikt nieuw paradigma als opvolgend baken.⁷³ Volgens Kuhn is het belang van de wetenschappelijke crisis daarom vooral dat zichtbaar wordt dat het tijdstip is gekomen om de instrumenten van die wetenschap te vervangen.⁷⁴ De crisis is dus een overgangsprobleem.

Er zijn verschillende situaties mogelijk, waarin een crisis zich doorzet. Dat gebeurt bijvoorbeeld als steeds meer onderzoekers erkennen dat zij niet langer bezig zijn met normale wetenschap maar met buitengewoon onderzoek dat op nieuwe grondslagen gebaseerd moet worden. Hun aandacht verschuift dan expliciet naar die nieuwe grondslagen. Maar het komt ook voor dat de betrokken wetenschappers niet expliciet doorhebben dat zij in een overgangperiode zijn beland. Zij proberen hun bestaande paradigma trouw te blijven, maar voelen zich genoodzaakt diverse ad hoc aanpassingen door te voeren in de gangbaar geachte onderzoeksregels en -aannames. Kuhn beschrijft dit als een *'proliferatie van verfijningen'*. Uiteindelijk zullen die verfijningen het funderende karakter van het paradigma steeds verder doen vervagen.⁷⁵ In feite zijn de verfijningen een aanval op het paradigma, zonder dat de betrokken wetenschappers het inhoudelijk eens behoeven te zijn over de inhoud van de verfijningen of over de mogelijkheid dat het paradigma aan vervanging toe is.

72 Kuhn (1970), p. 92.

73 Kuhn (1970), p.115.

74 Kuhn (1970), p. 125. Meer hierover in § 2.2.

75 Kuhn (1970), p. 133.

1.5.2. Een proliferatie van verfijningen in het milieurecht

De casus van de luchtkwaliteitsnormen (§ 1.3) is illustratief voor het toenemend aantal verfijningen in het milieurecht. In een tijdsbestek van enkele jaren zijn diverse nieuwe wettelijke instrumenten ingevoerd om te kunnen voldoen aan de grenswaarden voor de uitstoot van bepaalde luchtverontreinigende stoffen, mede om te voorkomen dat allerlei grote infrastructurele en bouwprojecten zouden worden belemmerd door de toepassing van die grenswaarden. Kort gezegd, moest hiervoor uiteindelijk een programmatisch instrument worden ontwikkeld. Voor diegenen die de stilstand van projecten willen voorkomen, is dit een nuttige aanpassing van de werking van de grenswaarden aan de behoefte van de rechtspraktijk. Het heeft het systeem van het milieurecht nader verfijnd en de rechtspraktijk kan er momenteel kennelijk goed mee uit de voeten. De programmatische aanpak moet zich overigens nog wel bewijzen.⁷⁶ Maar bij nadere overdenking kan worden gesteld dat de diverse verfijningen de grondstructuur van het milieurecht in twijfel trekken. Immers, de grenswaarden gelden niet meer voor een project (regels stellen en handhaven), maar worden opgevat als een doel dat via een samenwerkingsprogramma tot stand moet worden gebracht. In lijn met de filosofie van Kuhn kan deze ‘verfijning’ worden opgevat als een afwijking van het basisschema van het milieurecht, die niet zomaar met dat basisschema kan worden verklaard.

Er zijn veel meer dilemma’s en anomalieën in het huidige milieurecht dan louter het probleem van de luchtkwaliteit. Het gaat bijvoorbeeld ook over het vraagstuk van de omvang van de overheidszorg voor het milieu, over internationale versus lokale milieudoelen, over de verhouding tussen economische en ecologische belangen, over het uitvoeringstekort bij de overheid, over de duurzaamheidstransitie en over wetenschappelijke onzekerheid bij de vaststelling van doelen, normen en maatregelen.

1.5.3. Voorbij het gangbare paradigma

Door de Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen (KNAW) is in de Wetenschapsagenda 2011 een fundamentele vraag over het milieurecht gesteld: *Kan het recht het milieu beschermen?*⁷⁷ Als mogelijk antwoord op deze krachtige vraag van de KNAW zullen de komende tijd waarschijnlijk diverse voorstellen worden gedaan om het rechtsgebied verder te verfijnen en aan te vullen met juridische instrumenten, om met dat recht het milieu te beschermen. De voortdurende proliferatie van verfijningen die al een aantal jaren aan de gang is en die in een stroomversnelling kan komen, heeft echter het gevaar in zich dat er een eind komt aan het oplossend vermogen van alle wijzigingen en aanvullingen. Aangenomen dat dit inderdaad het geval is en dat er sprake is van een crisiservaring in het milieurecht,⁷⁸ is er aanleiding om de grondstructuur van het milieurecht fundamenteel te overdenken.

76 ABRvS 12 januari 2011, ro. 2.11.5, 200901660/1/M3, AB 2011/57 m.nt. Van den Broek.

77 Wetenschapsagenda 2011, p. 110.

78 Zie slot van § 1.1.

De crisiservaring met het milieurecht kan namelijk worden opgevat als een overgangsverschijnsel, op vergelijkbare wijze zoals de crisisfase die volgens Kuhn kan optreden in het kader van een wetenschapsontwikkeling. Het is dan de vraag wat de overgang inhoudt. In de klassieke opvatting van de democratische rechtsstaat heeft de wetgever het primaat om het gedrag van onderdanen te ordenen. Met de inzet van wetgeving wordt de overheid in staat geacht sturend en controlerend op te treden ten opzichte van de sociale verhoudingen tussen burgers, bedrijven en instanties. De wetgever is daarbij natuurlijk wel gebonden aan de fundamentele beginselen van rechtsstatelijkheid en democratische controle. Binnen deze contouren is hij echter bij machte te bepalen wat in politiek-bestuurlijke termen wordt beschouwd als 'algemeen belang' en als 'milieubelang'. Vanuit deze belangen wordt vervolgens de bewegingsruimte voor burgers en bedrijven gereguleerd, door middel van regels, maatregelen en controlerende inzet van de staat.

Op deze vooronderstelde ordeningsbenadering is kritiek mogelijk. Het is namelijk zeer de vraag of normconform gedrag een automatisme is dat geconceptualiseerd kan worden als het toepassen van abstracte normen op wetenschappelijk vast te stellen feiten (§ vgl. 1.4). In dit verband kan de filosoof Anthony Giddens worden aangehaald. Hij heeft in algemene zin beschreven dat sprake is van een fundamentele verschuiving van de basisprincipes van de Westerse samenleving. Die verschuiving wordt volgens hem met name veroorzaakt door de overgang van de overdadige industriële productiemaatschappij naar een samenleving die rekening moet houden met schaarste.

The issue is not only that (...) the nation-state has become too small to solve global problems and too large to deal with local ones; the intricate connections between changes in global and local life start to attack the very integrity of the state. (...) Rather, we see the possibility of the emergence of a post-scarcity order.⁷⁹

Het is voorspelbaar dat de sociale veranderingen die optreden door deze overgang naar een schaarste samenleving tot aanpassingen leiden in de structurerende principes van de rechtsstaat. Als dat inderdaad zo is, dan kan er een overgang ontstaan van de klassieke ordeningsbenadering naar een alternatieve benadering die uitgaat van andere machtsverhoudingen in onze samenleving. Deze overgang zal dan ook gevolgen hebben voor de mogelijkheid van rechtsvorming door middel van wetgeving.

Degenen die hoopten dat wetgeving zou kunnen functioneren als centraal, politiek gecontroleerd besturingsinstrument van de samenleving, zijn een illusie armer geworden, wij allen een ervaring rijker. (...) Deze en vergelijkbare inzichten moeten leiden tot een herwaardering van een reeds langer geleden gerijpt inzicht, namelijk dat wetgeving qua structuur en de inhoud van de normstelling moet aansluiten bij de in de samenleving werkzame sociale processen.⁸⁰

79 Giddens (1994), p. 192 en p. 194.

80 Hirsch Ballin (1991), pp. 410-411.



Hirsch Ballin constateert dat wetgeving moet aansluiten bij sociale processen. Voor het milieurecht kan hieraan de consequentie worden verbonden dat dit recht gebaseerd moet worden op factoren die van invloed zijn op de sociale werking van dit recht. Hierdoor wordt de regulering van het milieubelang van veel meer factoren afhankelijk dan de instrumenteel en procedureel vormgegeven zorgtaak van de overheid. In sociale processen spelen namelijk ook andere contextuele factoren dan het *command and control* van een overheidsorgaan, zoals:

- het type normeringen: doelstellend, belangenafwegend, gefixeerde eisen, procedureel;
- de nalevingsfactoren: spontane of afgedwongen verantwoordelijkheid;
- de feitelijke situaties: standaard, complex, uniek;
- de geografische verschillen: politieke, culturele, sociaal-economische klimaat;
- de economische verhoudingen: kosten en baten, verdeling van schaarste;
- de wetenschappelijke status: onbetwiste, dynamische, onzekere kennis.

Met andere woorden, er is een alternatieve benadering denkbaar die in de plaats kan komen van de ordeningsbenadering. In de alternatieve benadering wordt de regulering van milieuverantwoord handelen afhankelijk gemaakt van contextuele factoren, waarvan de wettelijke zorgtaak van de overheid er één is tussen meerdere en niet in de laatste plaats de eigen verantwoordelijkheid en mogelijkheden van sociale actoren. Op basis hiervan kan in de alternatieve benadering worden uitgegaan van de normatieve werking van het milieurecht in sociale praktijken.

Het besef dringt door dat centraal en kaderstellend beleid onvoldoende is om complexe lokale en regionale knelpunten tot een goed einde te brengen. De rijksoverheid kan niet alleen alle verantwoordelijkheid blijven dragen. Daarvoor is een aantal milieu-ruimte-conflicten te complex van karakter gebleken.⁸¹

Als uitgangspunt voor de alternatieve benadering kan wel worden aangenomen dat de overheid belast is met de zorg om milieuverantwoord gedrag te begeleiden en zo nodig bij te sturen. Naast deze toedeling van een zorgtaak zal het milieurecht er echter tevens van moeten uitgaan dat degene die een ruimtelijk project uitvoert of een milieurelevante activiteit verricht, zich in meer of mindere mate uit zichzelf al aansprakelijkheid geeft van de gevolgen voor het milieu. In het perspectief van de ordeningsbenadering is dit wellicht een anomalie of bijvangst ten opzichte van de grondstructuur van het milieurecht, dat wil zeggen van de dogmatiek van regelgeving en overheidscontrole om milieubescherming af te dwingen.⁸²

In het perspectief van de alternatieve benadering kan echter worden aangenomen dat de invloed van de overheid op de oplossing van concrete milieuproblemen sterk afhankelijk is van de kwaliteit en intensiteit van sociale interactieprocessen, waarin mensen en organisaties de ruimte nemen om hun verantwoordelijkheid voor het milieubelang zelf in te vullen en onderling te normeren. Dat kan weliswaar in samenspraak met en

⁸¹ De Roo (2004), p. 48.

⁸² Scheltema (2001), p. 3.



onder begeleiding van overheidsinstanties en wettelijk vastgelegde regelgeving plaatsvinden, maar dit is iets anders dan onmiddellijke wetstoepassing, dan het van overheidswege stellen en handhaven van grenzen.

1.6. Probleemstelling, onderzoeksvragen en leeswijzer

Het uitgangspunt van dit onderzoek is dat de grondstructuur van het milieurecht niet vanzelfsprekend is en dat er sprake is van een proliferatie van verfijningen en van anomalieën die de ontwikkeling en toepassing van het huidige milieurecht niet vereenvoudigen. Dit kan worden beschouwd als een praktisch probleem, omdat verwacht zou mogen worden dat het milieurecht op eenvoudige en effectieve wijze aanzet tot duurzaam en milieuverantwoord gedrag. Het kan daarnaast ook worden opgevat als een theoretisch probleem, omdat gesteld kan worden dat de grondstructuur van de orderingsbenadering onvoldoende aansluit bij de sociale werking van het milieurecht. Als dit klopt, dan is het verhaal van het huidige milieurecht een verhaal uit andere tijden en is een alternatieve benadering nodig. Het is de vraag wat dat alternatief zou kunnen zijn en tot welke grondstructuur van het milieurecht dat leidt.

Bij de behandeling van deze onderzoeksvraag wordt in het vervolg van dit onderzoek uitgegaan van de gedachte dat de overheid geen monopolie heeft op de ordening van de samenleving (zie § 1.4). De hedendaagse samenleving kenmerkt zich namelijk als een veelheid aan sociale netwerken, waarin mensen mondig en deskundig zijn en waarin zij hun eigen belangen behartigen en onderhandelen. Dit is van fundamenteel belang. Het valt te verwachten dat de effectiviteit van wet- en regelgeving in onze hoog ontwikkelde en globaliserende samenleving afhankelijk is van de acceptatie en uitvoering ervan in allerlei sociale netwerken, in een diversiteit aan situaties. Hierbij is de verhouding tussen de organen van de overheid en burgers en private organisaties beter te verklaren als een kwestie van overleg en onderhandeling dan als een kwestie van top-down besluitvorming of bevelsmatige regelgeving. Dit geldt niet alleen voor de moeilijke en unieke situaties die in het milieurecht aan de orde kunnen zijn, maar ook voor de bulk aan gangbare en niet-complexe milieurechtzaken. Voor de bulkzaken heeft het milieurecht weliswaar ogenschijnlijk een sterk profiel als orderingswetgeving, maar ook in deze verscheidenheid van gevallen is de invloed van de overheid op milieuverantwoord gedrag afhankelijk van de kwaliteit en intensiteit van de mate waarin mensen, bedrijven en instanties hun eigen verantwoordelijkheid nemen voor het milieubelang in hun situatie. Deze eigen verantwoordelijkheid staat weliswaar onder invloed van het milieurecht, maar dat is dus niet altijd een kwestie van ordening op basis van onmiddellijke wetstoepassing. In plaats daarvan is in veel situaties sprake van 'multi-level bestuur', dat wil zeggen van complexe sociale netwerken waarin het overheidsbestuur een actor is tussen meerdere actoren, met de bijzondere taak om te stimuleren dat ook algemene belangen worden behartigd, waaronder het milieubelang.

Bij wijze van uitwerking van de onderzoeksvraag heb ik een aantal deelvragen geformuleerd. De eerste vraag gaat over de alternatieve grondslag voor het milieurecht en luidt:



1. *Wat kan dienen als alternatieve grondstructuur van het milieurecht, als dat recht niet wordt gebaseerd op ordening door de overheid maar op de normatieve werking ervan?*

Deze eerste vraag wordt beantwoord met een uitwerking van een normatieve interactiebenadering, als verklaring voor de wijze waarop verantwoordelijkheid ontstaat voor het milieu en voor duurzame belangen van anderen. Nadat aldus een alternatieve benadering is opgesteld, wordt de tweede vraag behandeld. Deze vraag gaat in op de kwestie van duurzaamheid, wat beschouwd zal worden als de meest fundamentele en urgente uitdaging van het hedendaagse milieurecht. Er zal een verandering moeten komen in de 'zorgeloze omgang met onze planeet'.⁸³ Het is de vraag op welke wijze duurzaam handelen kan worden gereguleerd als zou worden uitgegaan van het alternatief van normatieve interactie. De tweede onderzoeksvraag luidt daarom:

2. *Hoe kan de normatieve interactiebenadering tot de regulering van duurzaam handelen leiden?*

Vervolgens gaat de derde onderzoeksvraag over de toepassing van de normatieve interactiebenadering in de bestuurlijke praktijk van het milieurecht. Het milieurecht wordt hier beschouwd als een regulerend kader, dat door actoren kan worden gebruikt als maatstaf voor het eigen handelen. Tegelijkertijd doet dit ook dienst als afwegingskader voor bestuursrechtelijke beslissingen over de toelaatbaarheid van ruimtelijke ontwikkelingen en milieurelevante activiteiten. Deze bestuurlijke betrokkenheid geeft aanleiding tot de vraag wat de beslissingsruimte van het bestuur is, indien de regulering van het milieubelang gebaseerd zou worden op de normatieve grondslag. De derde vraag luidt daarom als volgt:

3. *Hoe komt het bevoegd gezag tot milieurechtelijke besluiten en hoe toetst de bestuursrechter deze besluitvorming, als de toepassing en betekenis van het milieurecht gebaseerd zou zijn op normatieve interactie?*

Deze vraag zal worden beantwoord met een theorie van *contextuele rechtsvinding*. Met die theorie zal ik trachten een balans aan te brengen tussen rechtszekerheid en flexibiliteit.⁸⁴

De drie onderzoeksvragen worden beantwoord in drie opeenvolgende hoofdstukken. Daarna sluit het onderzoek af met een slotbeschouwing in hoofdstuk 5, waarmee tevens de conclusies uit het onderzoek op een rij worden gezet. Daarna volgt een samenvatting in het Nederlands en Engels, een literatuurlijst en een trefwoordenlijst.

Op voorhand merk ik hier reeds op dat ik ernaar streef om de vraag naar een alternatieve benadering voor het milieurecht te beantwoorden zonder dat dit leidt tot een voorstel voor nieuwe bestuursrechtelijke instrumenten en procedures. Want dat zou geen oplossing zijn voor de proliferatie van verfijningen.

83 Kerstoespraak koningin Beatrix, 25 december 2011, gepubliceerd NRC Handelsblad 27-12-2011, p. 15.

84 Vgl. over het spanningsveld tussen rechtszekerheid en flexibiliteit: Jong (1997), p. 57.



1.7. Onderzoeksmethode

Dit onderzoek is uitgevoerd door middel van tekstanalyse en een casestudie. Zowel voor dit inleidende hoofdstuk als voor de bestudering van de onderzoeksvragen is een literatuurstudie verricht (*deskresearch*). Zodoende is zowel de aanleiding voor als de uitwerking van de normatieve interactiebenadering als alternatieve grondslag voor het milieurecht gebaseerd op de bestudering van een selectie van relevante rechtsfilosofische, rechtstheoretische en sociologische tekstbronnen. Deze aanpak past bij het idee dat het mogelijk is om een samenhangende oplossing voor een wetenschappelijke probleemstelling te kunnen ontwikkelen door middel van tekstselectie en daaropvolgende tekstverwerking en beschreven gedachtevorming.⁸⁵ Het is echter onmogelijk om met tekstbronnen te werken zonder te interpreteren en te argumenteren.⁸⁶ Ik heb bewust gebruik gemaakt van deze consequentie, door welbewust vanuit een bepaald theoretisch uitgangspunt te redeneren en te onderzoeken en te beargumenteren waar dat toe leidt in het milieurecht. Daarbij heb ik de verzamelde informatie en citaten zodanig met elkaar geconfronteerd en gecombineerd, totdat een coherent antwoord ontstond op de onderzoeksvragen. Uiteraard is deze arbeid van het selecteren, confronteren en combineren in zekere mate afhankelijk van mijn gekozen uitgangspunt. In aansluiting bij Franken e.a. kan dit worden verantwoord als een onvermijdelijke factor bij rechtswetenschappelijk onderzoek.

*Immers in de ene opvatting zullen andere argumenten aanvaardbaar zijn dan wanneer men een rechtsvraag vanuit een andere optiek beschouwt.*⁸⁷

Mijn theorievorming die heeft geleid tot dit proefschrift, is verbonden met de denkbeelden die ik als wetenschapper zelf in mijn rechtswetenschappelijk onderzoek inbreng. Het doel van rechtswetenschappelijk onderzoek is niet voor niets niet 'waarheidsvinding' maar wel 'adequate theorievorming'.⁸⁸ In het algemeen gesteld, kunnen daartoe in het recht verschillende wetenschapsprogramma's worden herkend. Het is logisch onmogelijk om die allemaal te volgen, want zij 'concurreren' met elkaar om de instemming van het juridische publiek.⁸⁹ Allen hebben voor- en tegenstanders, die daarmee een min of meer beredeneerde keuze hebben gemaakt voor het ene of het andere denkbeeld. Het is naar huidige wetenschappelijke inzichten aanvaardbaar (en onvermijdelijk) om aansluiting te zoeken bij één van de programma's en daarop voort te bouwen met eigen onderzoek.⁹⁰ Dit is krachtig geformuleerd door de Amerikaanse filosoof Richard Rorty, die heeft gesteld dat achter verschillende programma's niets bestaat dat als een criterium kan dienen om ertussen te kiezen.⁹¹

Uit de voorgaande paragrafen van dit inleidende hoofdstuk kan reeds worden afgeleid, dat in deze studie welbewust en expliciet is gekozen voor het symbolisch-inter-

85 Kuhn (1962), o.a. p.237; De Vries (1995), p. 170; Hughes/Sharrock (1997), p. 81

86 Loth/Gaakeer (2002), p. 45.

87 Franken (2001), pp 205-206.

88 Zijderveld (1975), pp. 181-182

89 Witteveen (2001), p. 56.

90 Kuhn (1962).

91 Rorty (1992), p. 118. In zijn woorden zijn programma's of paradigma's 'eindvocabulaires'.

actionistisch programma. Dit heb ik gebruikt voor de tekstselectie en tekstverwerking. Als gezegd, de keus voor een programma is onvermijdelijk. Maar de keus voor juist dit programma is niet vanzelfsprekend en vereist hier een toelichting. In het symbolisch interactionistisch programma wordt er van uitgegaan dat de mens zowel product en producent van zijn sociale omgeving is.⁹²

*Het gaat het symbolisch interactionisme uiteindelijk om een beschrijving en interpretatie van de natuurlijke sociale wereld van de alledaagse mens, die niet alleen product doch ook producent van zijn wereld is.*⁹³

In dit programma hebben menselijke handelingen alles te maken met depraktische gevolgen ervan⁹⁴ en daarmee dus met context en interpretatie.

*Symbolische interactie heeft alles te maken met interpretatie. De handelingen van een ander worden vertaald, de houding van de ander wordt aangenomen c.q. beantwoord, en men richt zich nu niet alleen tot de ander doch tevens in de houding van de ander tot zichzelf. Er is sprake van een vorm van communicatie.*⁹⁵

Dit uitgangspunt sprak mij aan omdat ik het direct herken als de praktijk 'hoe menselijk handelen werkt', namelijk door nadoen en door voortdurend sociaal contact.

*Als wij een handeling 'begrijpen', dan is datgene, wat wij begrijpen, de bepaaldheid van die handeling tot andere handelingen (...). Het 'gezichtspunt', van waaruit zij moeten worden beschouwd is m.a.w. (...) een door de normen, waaraan de desbetreffende handelingen hun betekenis ontleen, bepaald gezichtspunt.*⁹⁶

Voor de nadere uitwerking hiervan verwijs ik met name naar § 2.3 van dit onderzoek.

Mijn keus voor de interactionistische *way of worldmaking* heeft logischerwijs consequenties voor de wijze waarop in deze studie is voortgedacht over de ontwikkeling en concretisering van de juridische leerstukken, concepten, regels en beginselen uit het milieurecht. De consequentie is dat de juridische leerstukken etc. niet zijn opgevat als vanzelfsprekende voor altijd vaststaande juridische waarheden, die door de jurist alleen maar moeten worden toegepast. In plaats daarvan wordt een benadering gevolgd, waarin de *handeling* van het nadoen en interpreteren centraal wordt gezet. Op basis hiervan is in deze studie een alternatieve grondslag voor de ontwikkeling en concretisering van de leerstukken etc. ontwikkeld, onder de naam van *normatieve interactie-benadering*. Dit is vervolgens uitgewerkt tot een bijpassende theorie van *contextuele rechtsvinding*.

Voor het onderzoek naar de normatieve interactiebenadering, zoals beschreven in hoofdstuk 2, heb ik als voornaamste tekstbronnen gebruik gemaakt van inzichten uit de taalfilosofie van Wittgenstein, de handelingstheorieën van Glastra van Loon en van

92 Zijderveld (1975), p. 32-33.

93 Zijderveld (1975), p. 33.

94 Glastra van Loon (1956), p. 168 en p. 258; van Hoof (1983), pp.117 e.v.

95 Zijderveld (1975), p. 77.

96 Glastra van Loon, (1956), p. 259.

Loth, de rechtsfilosofie over de lege ruimte van het recht van Fouqué en sociologische inzichten van Zijderveld, Giddens en Hannah Arendt. Deze auteurs hebben ieder gedachten ontwikkeld over de verhouding tussen taal, handelingen en de sociale context. Deze gedachten zijn hier gebruikt om een antwoord te kunnen geven op de deelvraag naar een alternatieve grondstructuur voor het milieurecht.

In hoofdstuk 3 wordt het begrip 'duurzaamheid' nader onderzocht, waarbij het begrip wordt opgevat als een betwist begrip (*essentially contested concept*). Dit betekent dat het begrip 'duurzaamheid' zich nog zal moeten ontwikkelen in de praktijk, zonder dat er sprake is van een exacte definitie. Vanuit dit uitgangspunt is een literatuurstudie (*deskresearch*) verricht naar de gebruiksmogelijkheden van het begrip, onder andere op basis van publicaties van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR), Rotmans, Korthals, Lon L. Fuller en Michiels. Op basis van deze literatuurstudie is onderzocht wat 'duurzaamheid' zou kunnen zijn. De conclusie is dat het gepresenteerd kan worden als waarde, dat wil zeggen als *aspiratief aspect* van het milieurecht. Vervolgens zijn de consequenties hiervan verkend op basis van nadere literatuurstudie naar de samenhang van duurzaam handelen (als waarde) met algemene kenmerken van het recht; rechtszekerheid, evenredigheid en procedurele rationaliteit. Dit onderdeel van mijn studie heeft geleid tot een analyse van de manier waarop de waarde van duurzaam handelen gereguleerd zou kunnen worden in het milieu- en omgevingsrecht.

In hoofdstuk 4 is de kwestie van de behoefte aan discretionaire ruimte voor het overheidsbestuur uitgewerkt tot een vraag naar de mate waarin het bestuur belangen kan afwegen en evenredige beslissingen kan nemen in de context van moeilijke gevallen in de milieurechtspraktijk. Dit betreft een rechtstheoretische vraagstelling naar de wijze waarop de belangenafweging in het bestuursrecht geregeld zou moeten zijn, als daarbij zou worden uitgegaan van de normatieve interactiebenadering die in hoofdstuk 2 is ontwikkeld. Als voornaamste tekstbronnen heb ik hierbij gebruik gemaakt van rechtstheoretische inzichten van P. Scholten, Dworkin, Toulmin, Glastra van Loon, Bruggink en C.E. Smith. Op basis van hun inzichten heb ik een *ideaaltypisch* model van rechtsvinding uitgedacht. Dit model is bedoeld als een analytisch hulpmiddel en het is dus een abstractie van de (juridische) werkelijkheid. Deze manier van werken met een ideaaltypisch model is een wetenschappelijk aanvaarde methode om naar de sociale werkelijkheid te kunnen kijken en de feiten en gebeurtenissen die daarin optreden te kunnen begrijpen.⁹⁷

De bruikbaarheid van het ideaaltypisch model van rechtsvinding is in § 4.4 nader onderzocht door middel van een exploratieve casestudie. Deze onderzoeksmethode is geschikt om de samenhang tussen een theorie en een praktijk te testen.⁹⁸ Hiervoor is een viertal lastige kwesties uit de milieurechtspraktijk geselecteerd en bestudeerd op

97 Zijderveld (1988), p. 36.

98 Baarde/De Goede (1996), pp. 79-82.



basis van literatuur en eigen proceservaringen. De keus is juist op deze vier kwesties gevallen omdat het typisch gevallen zijn waarin sprake is van een situatie waarin geen vanzelfsprekend gebruik kan worden gemaakt van onbetwiste, gereedliggende milieunormen. Dat geeft aanleiding tot de toepassing van een vorm van rechtsvinding. Achtereenvolgens is dit verkend in de volgende lastige cases:

- milieukwaliteitsnormen (§ 4.4.1)
- beste beschikbare technieken (§ 4.4.2)
- zorgplichten (§ 4.4.3)
- het voorzorgbeginsel (§ 4.4.4).

Tot besluit van dit inleidende hoofdstuk merk ik op dat dit onderzoek zich beperkt tot het Nederlandse milieurecht, in het bijzonder het bestuursrechtelijk deel daarvan. Met het onderzoek beoog ik een bijdrage te leveren aan het denken over de duurzame ontwikkeling van het milieurecht in zijn geheel. Het succes van die ontwikkeling is echter vooral afhankelijk van het inzicht, de creativiteit en de doorzettingskracht van politici, beleidsmakers, milieurechtjuristen, -adviseurs en belangenbehartigers in het publieke debat over het nationale, Europese en internationale milieurecht.⁹⁹

99 Vrij naar Lon L. Fuller (1964), p. 145. Tevens geciteerd aan het begin van dit onderzoek.



2. De normatieve grondslag van het milieurecht

*Law is a precondition for good law.*¹⁰⁰

2.1. Inleiding

Er is sprake van een sfeer van crisis in het milieurecht. Het rechtsgebied is gefragmenteerd en complex, breidt voortdurend uit, leidt tot gevoelens van regeldruk en toezichtlasten en draagt niet vanzelf bij aan de realisatie van een duurzame samenleving. Hierdoor gaat het milieurecht gebukt onder een gebrek aan legitimiteit. Dit is geen goede basis voor een efficiënte regulering van het milieubelang. Het valt bovendien niet te verwachten dat de crisis kan worden opgelost door het bestaande recht aan te vullen met nog meer nieuwe instrumenten en besluitvormingprocedures. Daarvoor gaat de oorzaak van de crisis te diep.

Het Nederlandse milieurecht is gebaseerd op het uitgangspunt dat de overheid de zorg heeft voor de bescherming en verbetering van het leefmilieu. Deze zorg heeft geleid tot een uitgebreid stelsel van instrumentele wet- en regelgeving, dat bedoeld is om milieurelevant gedrag in de maatschappij te ordenen. Dit gaat gepaard met een intensieve politiek-bestuurlijke inzet om de wettelijke instrumenten toe te passen en gestelde milieuregels te handhaven, en met een wetenschappelijke, modelmatige onderbouwing van deze regels. Deze onderbouwing houdt in dat de overheid zich op basis van ‘zuivere’ wetenschapsmethoden laat informeren over feiten en relevante ontwikkelingen (zie § 1.4), om vervolgens normen te stellen waarnaar de samenleving zich dient te gedragen.

De crisis in het milieurecht kan worden opgevat als teken aan de wand dat de ‘ordningsbenadering’ niet vanzelfsprekend aansluit bij de wijze waarop het milieurecht zich in de rechtspraktijk ontwikkelt en door de betrokken maatschappelijke actoren wordt gebruikt. In die praktijk is geregeld sprake van nieuwe inzichten over milieugevolgen. Ook ontstaat veelvuldig nieuwe kennis over de wijze van berekening of meting van die gevolgen. Het is zelfs geen uitzondering dat eerdere wetenschappelijke inzichten worden bijgesteld of herzien.¹⁰¹ Dit maakt dat milieuregels lang niet altijd abstract

¹⁰⁰ Fuller (1964), p. 155.

¹⁰¹ In ABRvS 3 december 2008, nr. 200703693/1, ro. 2.8.5, merkt de Afdeling op dat rekenmodellen noodzakelijkerwijs een abstractie weergeven van de te verwachten werkelijkheid. De validiteit van een model kan worden aangetast, maar alleen dan wanneer de uitkomsten te zeer afwijken van de redelijkerwijs te verwachten werkelijkheid.

zijn, maar eerder *volatief* (zie § 1.4). Bovendien blijkt dat burgers en bedrijven zich relatief autonoom opstellen ten opzichte van het bestuur in diens normstellende en handhavende rol. De verhouding tussen de overheid en maatschappelijke actoren kan daarom worden verklaard als een kwestie van overleg en onderhandeling, in plaats van een kwestie van top-down opgelegde normering.

Dit geeft aanleiding tot een onderzoek naar een alternatieve grondstructuur voor het milieurecht, als dat recht niet zou worden gebaseerd op ordening door de overheid. Het is de vraag of dit kan leiden tot een afdoende oplossing van de crisis in dit rechtsgebied. Dit is het onderwerp van dit hoofdstuk. In § 2.2 wordt eerst de ordeningsbenadering kort uiteengezet. Dit wordt in § 2.3 afgezet tegen actuele wetenschappelijke en maatschappelijke ontwikkelingen, als opmaat voor een alternatieve grondstructuur. Die worden vervolgens in § 2.4 uitgewerkt onder de naam ‘normatieve interactiebenadering’. In § 2.5 wordt de conclusie getrokken dat de normatieve interactiebenadering een bruikbaar uitgangspunt oplevert, waarmee de crisis in het milieurecht te lijf kan worden gegaan. Hoe dit alternatieve paradigma uitpakt voor de rechtspraktijk, is vervolgens het onderwerp van de hoofdstukken 3 en 4.

2.2. Een schets van de ordeningsbenadering

De moderne samenleving kenmerkt zich onder andere als concretisering van de idee van de democratische rechtsstaat. Dit idee heeft zich in de loop van eeuwen ontwikkeld, als gevolg van historische en maatschappelijke gebeurtenissen. Mijlpalen daarvan zijn natuurlijk de Franse en Amerikaanse revoluties en meer recent de erkenning van de fundamentele vrijheden van de mens in de 20^e eeuw.

Een centrale waarde van het idee van de democratische rechtsstaat is de notie van rechtszekerheid.¹⁰² Dit is gebaseerd op een behoefte om de ‘willekeurige bevelsmacht’ van de overheid te beteugelen via het primaat van democratische wetgever en vooraf vastgelegde binding aan duidelijke rechtsregels. In aansluiting hierbij is het een kenmerkende veronderstelling dat de overheid in staat is om binnen deze grenzen van het recht het algemeen belang *te definiëren*, daartoe *regels te stellen* en de *naleving daarvan af te dwingen*. Gechargeerd gezegd, gaat deze ordeningsbenadering uit van een geloof in centrale sturing door de overheid, wat zich toont via een positivering van het recht in de zin van een streven naar uniforme en algemene rechtsregels en -procedures die op een centraal niveau worden vastgesteld.¹⁰³ Door Van Gunsteren is dit de *rational-central-rule approach* genoemd.¹⁰⁴ Deze benadering hecht veel waarde aan een gelegaliseerde bevelsrelatie tussen de overheid en rechtssubjecten, in combinatie met een geloof in objectieve kennis van feiten. Dit kan worden samengevat als een *legalistisch en gepositieerd rechtsbegrip*. De rechtsfilosoof Foqué heeft beschreven dat dit rechts-

102 Van Gunsteren (1972), pp. 83-84.

103 Van Gunsteren (1972); Toulmin (1990); Maris/Jacobs (1997), pp. 93 e.v.

104 Hier vertaald als *ordeningsbenadering* ofwel *command and control benadering*.

begrip herkenbaar is aan vier kenmerken, die in iedere variant van legalisme doorwerken.¹⁰⁵ Hier samengevat, gaat het volgens hem om de volgende kenmerken.

<i>Een gesloten rechtsopvatting</i>	De wet(gever) bepaalt wat 'recht' is en wat belangen waard zijn.
<i>Systeendenken</i>	De wet is een intern geordend en logisch sluitend regelsysteem.
<i>Afbeeldingsdenken</i>	Het 'recht' representeert hoe de samenleving 'is'.
<i>Instrumentalisme</i>	Het wettelijke is het goede en de wet dient dus continu door de samenleving te worden gereproduceerd, waarbij belangen zich aan de rechtsregels moeten aanpassen.

Deze kenmerken grondvesten ook de ordeningsbenadering in het bestuursrechtelijk milieurecht. Burgers zijn in deze gangbare bestuursrechtelijke opvatting 'onderdanen' die primair in een verhouding *tot de overheid* worden geplaatst en waarvan de overheid eenzijdig de rechtspositie zou kunnen en mogen bepalen.¹⁰⁶ Vanwege deze vooronderstelde ongelijkheid in de verhouding tussen burger en bestuur moet de onderdaan in deze denklijn worden beschermd tegen onrechtmatige machtsuitoefening door de overheid. Hierbij staat de compensatiegedachte voorop: het bestuursrechtelijk procesrecht is bedoeld om te beschermen tegen willekeurig overheidsop treden tijdens de uitvoering van de overheidszorg voor bijvoorbeeld het milieubelang.¹⁰⁷

Ordering en waarborg (instrument en rechtsbescherming) zijn daarom twee zijden van dezelfde medaille.¹⁰⁸ Het gevolg is mijns inziens dat de ordeningsbenadering het 'algemeen belang' reduceert tot het belang zoals dat wordt gedefinieerd door wetgever of overheidsbestuur. In de ordeningsbenadering is de publieke ruimte van de samenleving het domein van de overheid. De focus ligt hierdoor op de legaliteit van de bevoegdheidsuitoefening om in concrete gevallen 'het algemeen belang' te verwezenlijken. Uitgaande van deze zienswijze wordt het milieurecht vereenzelvigd met de wetten en besluiten van staatsrechtelijke instanties.

Ten slotte blijft er een eindverantwoordelijkheid van de overheid voor de bescherming van het milieu. Deze vertaalt zich enerzijds in het instandhouden van toereikende procedurele waarborgen voor de besluitvorming en anderzijds in het stellen van randvoorwaarden aan deze besluitvorming door middel van milieukwaliteitseisen en beginselen en het erop toezien dat deze randvoorwaarden ook daadwerkelijk worden nageleefd (monitoring). Indien dit laatste onverhoopt niet het geval is, zal de overheid ook over de bereidheid en politieke daadkracht moeten beschikken om corrigerend op te treden.¹⁰⁹

¹⁰⁵ Foqué (1987), p. 66-67

¹⁰⁶ Damen e.a. (2005), p. 285; De Haan/Drupsteen/Fernhout (2001), p. 44 en (2010), p. 49.

¹⁰⁷ Damen e.a. (2005), p. 23; De Haan/Drupsteen/Fernhout (2001), p. 31 en (2010), p. 43.

¹⁰⁸ Biezeveld (2009), p. 351.

¹⁰⁹ Drupsteen/Gilhuis/Kleijns-Wijn Nobel/De Leeuw/Verschuuren (1998), pp. 25-26.

Uiteraard worden in de literatuur nuancerings aangebracht op de ordeningsmogelijkheden, met name door de erkenning van het nut van 'horizontale' mechanismen zoals zelfregulering en convenanten met industriële doelgroepen.¹¹⁰ Maar het 'stellen en handhaven' van grenzen wordt ook in de genuanceerde variant van de ordeningsbenadering uiteindelijk toch als de belangrijkste sturingsmogelijkheid van de overheid benoemd.¹¹¹ Ondanks nuancerings blijft de kern dat de overheid als eindverantwoordelijke wordt opgevat voor de zorg voor het milieu, waarbij burgers en bedrijven onderdanen zijn die regels moeten naleven.¹¹²

Wat in het voorgaande opvalt, is dat de ordeningsbenadering uitgaat van een intern perspectief op de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking tussen burger en overheid. De nadruk ligt op de wettelijke taak van overheidsinstanties, op de overheidszorg, op de toedeling van bevoegdheden en instrumenten aan overheidsorganen om besluiten te nemen met gunstige of juist nadelige gevolgen voor bepaalde belanghebbenden.

Vanuit een alternatief perspectief kan de vraag worden gesteld of de verhouding tussen burgers, bedrijven en de overheid daadwerkelijk vooral een instrumentele verhouding is. Zou het niet zò kunnen zijn, dat het instrumentarium van de overheid zijn waarde pas heeft als het gebruikt wordt in een feitelijke situatie die daar kennelijk aanleiding voor geeft en die door de betrokkenen als nuttig wordt ervaren? Vanuit dat perspectief kan worden betoogd dat de ordeningsbenadering tekort schiet, omdat daarin weinig ruimte bestaat voor een contextuele en procesmatige verdeling van de verantwoordelijkheid voor het milieubelang tussen de overheid en burgers en bedrijven. Voor zover die ruimte wel wordt geboden, is hoogstens sprake van een aanvulling op of afwijking van de grondstructuur van 'grenzen stellen en handhaven'.

2.3. Naar een normatieve interactiebenadering

In de loop van de 20^e eeuw is in de sociologie en filosofie een wetenschappelijke stroming ontstaan die ervan uitgaat dat de werkelijkheid niet volledig kan worden verklaard op basis van wetenschappelijk 'vaststaande feiten' en op basis van centralistische opvattingen over de werking van het recht. Aan de basis van deze stroming staat de gedachte dat feiten en sociale systemen niet losgemaakt kunnen worden van menselijke betekenisverlening. Dat wil zeggen dat in beginsel niets absoluut 'waar' is, onafhankelijk van een menselijke activiteit om 'waarheid' aan te nemen. Er is namelijk altijd sprake van een principiële mogelijkheid van *constructie* en *discussie*. Eenvoudig gezegd: mensen kunnen feiten en systemen veranderen. Dit heeft belangrijke consequenties voor de kennistheorie en voor het begrip van de handelingsvrijheid van mensen. Want het inzicht in de principiële mogelijkheid van constructie en discussie verandert het begrip van de verhoudingen tussen mensen onderling en tussen mensen en de instanties van de staat. Die verhouding is wel imperatief, maar niet onverander-

110 Drupsteen/Gilhuis/Kleijns-Wijn Nobel/De Leeuw/Verschuuren (1998), p. 16.

111 Biezeveld (2002), p. 34.

112 Gilhuis (1999), § 2.

lijk. Het uitgangspunt is dat mensen in een bestaande wereld worden geboren, waarin andere mensen eerder in de tijd allerlei betekenissen aan dingen hebben verleend. Dat zorgt voor herkenbare betekenissen en gebruiksmogelijkheden, niet alleen aan fysieke objecten en hun gebruiksmogelijkheden, maar ook aan immateriële dingen zoals woorden, ideeën en rechtsregels. Tijdens zijn leven leert ieder mens een deel van deze bestaande betekenissen te gebruiken. Het belang van dit leerproces moet niet worden onderschat en is mooi samengevat door de Amerikaanse filosoof McDowell: *in experience one finds oneself saddled with content*.¹¹³

De bestaande betekenissen zijn echter ook vatbaar voor verandering en discussie, hetgeen fundamenteel blijkt te zijn voor de verhouding tussen mensen en tussen mensen en de overheid. Deze reflexieve capaciteit zal hieronder worden uitgewerkt, maar eerst wordt ingegaan op de gedachte achter de ‘wending richting taal en handeling’. Deze kan worden verklaard met behulp van de stelling van filosoof Wittgenstein, dat de werkelijkheid geen rechtvaardiging kan opleveren voor menselijke uitspraken. Rechtvaardiging is namelijk geen onderdeel van die feiten of systemen, maar schuilt in het *gebruik van taal* waarmee mensen hun ervaringshandelingen met en in de werkelijkheid uitdrukken.¹¹⁴ Zonder taalgebruik is dat niet mogelijk.¹¹⁵ Het is dit inzicht dat sinds de tweede helft van de 20^e eeuw een belangrijke stroming in de filosofie en wetenschappen is geworden. Het zal hieronder worden gebruikt om de normatieve interactiebenadering uit te werken.

2.3.1. De wending naar taal en praktijk

Wat gebeurt er, als twee personen een bepaalde situatie onder woorden brengen? Bijvoorbeeld twee mensen die samen een bouwwerk bouwen, waarbij de één op commando de volgende twee stenen aan de ander reikt?¹¹⁶ In de kern zijn deze bouwvakkers in interactie, in hun typische context van het stenen stapelen. Tijdens hun interactie is sprake van een – in dit voorbeeld vrij eenvoudig – proces van het gebruik van woorden. Het commando van de een wordt begrepen door de ander en roept een reactie bij hem op.

Wat uit dit basale voorbeeld blijkt, is dat taal haar betekenis ontleent aan haar rol in menselijke activiteiten. Zonder link met die activiteiten heeft de taal geen zin. Want in een andere context zou hetzelfde commando van de bouwvakker aan de andere om iets aan te reiken, volledig uit zijn verband zijn en verkeerd worden begrepen. De betekenis van het commando is dus situationeel. Door Wittgenstein is de eigenschap van het situationele taalgebruik een ‘taalspel’ genoemd. Tegelijkertijd slaat de term ‘taalspel’ ook op het geheel van de taal als systeem.¹¹⁷ Met de term ‘taalspel’ toont Wittgen-

¹¹³ McDowell (1994), p. 10.

¹¹⁴ Wittgenstein (1969), nr. 61; Hughes/Sharrock (1997), p. 162.

¹¹⁵ Wittgenstein (1969), nr. 204.

¹¹⁶ Het voorbeeld van de metselaar wordt door Wittgenstein gebruikt.

¹¹⁷ Wittgenstein (1953), nr. 7.

stein dat, binnen de mogelijkheden van het desbetreffende taalsysteem, woorden en betekenissen zich ontwikkelen in samenloop met handelingen.

*Wittgenstein's most decisive move was to argue that the meaning of words is their place within the language, and that their meaning derives from the role of words in people's activities (...) Words develop in conjunction with activities and acquire their meaning because of the way in which they fit into activities.*¹¹⁸

Anders gezegd, betekenissen zijn afhankelijk van de manier waarop mensen de taal in een bepaalde context kunnen gebruiken, om de zin van elkaars handelen te kunnen begrijpen.

Het taalspel heeft betrekking op het gebruik van woorden tussen twee of meer personen die in interactie met elkaar zijn. Daarbij worden allerlei gewoontes en verwachtingen getoond, die door de betrokkenen als 'regels' in hun handelingen zijn vooronderstelt. Handelingen worden dus meestal verricht als gebruiken en gewoontes, als vormen van wat Wittgenstein noemt 'regel volgen'.¹¹⁹ Dit wil zeggen dat de conventies in een veelgespeeld taalspel in wezen als 'regels' functioneren voor het gedrag van de deelnemers.¹²⁰ Het 'regel volgen' maakt het taalspel daardoor voorspelbaar en uitvoerbaar, omdat de deelnemers de regels niet telkens opnieuw hoeven te bedenken.¹²¹

*Invoking rules is a way of depicting or describing action, of pointing out what it is we are doing, of making our actions accountable. Used in this way, rules are part of our resources for making the world understandable.*¹²²

Het is van belang hierbij te beseffen dat degenen die in interactie zijn, de gelding van de spelregels veronderstellen. Zij zijn zich meestal niet eens bewust dat zij regels toepassen. Mensen voeren gewoon hun handelingen uit, waarbij zij regels volgen die zij onbewust veronderstellen. Door Loth is dit treffend uitgedrukt.

*De conclusie is dat de notie van regel-geleid gedrag slechts zinvol is als we het handelen van de actor beschouwen als behorend tot een bepaalde praktijk waarin de regels en het regel-geleid gedrag zijn ingebed.*¹²³

De essentie is dat woorden volgens Wittgenstein niet kunnen worden begrepen buiten het situationele, dat wil zeggen buiten de context van de handelingen die bij het desbetreffende taalgebruik horen. Zonder context geen taalbegrip: het taalspel koppelt de betekenis van woorden aan de situatie waarin zij worden gebruikt en omgekeerd is de situatie bepalend voor de regels en mogelijkheden van het taalgebruik.¹²⁴ Nogmaals kan worden geciteerd uit Loth, die deze betekenis van de term 'taalspel' als volgt heeft samengevat.

Een taalspel is een eenheid van taal, denken en werkelijkheid, en is daarom meer dan een zuiver linguïstische kwestie. De verbinding tussen taal en werkelijkheid wordt tot stand gebracht door het door de taal uitgedrukte conceptuele

118 Hughes/Sharrock (1997), p.150.

119 Wittgenstein (1953), nrs. 199 en 202; Wittgenstein (1969), nrs. 509, 411 en 518.

120 Wittgenstein (1969), nr. 494.

121 Taylor (1995), p. 75. en p. 69.

122 Hughes/Sharrock (1997), p. 110-111

123 Loth (1988), p. 54.

124 Kenny (1973), p. 23; Fuller (1958), p. 669.

kader of betekenissysteem. Een taalspel wordt gekenmerkt, inter alia, door een min of meer afwijkend conceptueel kader. Eerder is betoogd – in tamelijk beeldend taalgebruik – dat zo'n conceptueel netwerk over de werkelijkheid wordt uitgeworpen, dat de werkelijkheid erin wordt gevangen. De werkelijkheid waarover wij denken en spreken is altijd een in concepten gevatte werkelijkheid, een geconceptualiseerde werkelijkheid.¹²⁵

Het uitwerpen van een 'conceptueel netwerk' waarmee een betekenis kan worden verschaft aan handelingen en begrippen, is te beschouwen als een kwaliteit van het menselijk handelen. Het gebruik van die kwaliteit is bij uitstek een sociale, contextuele activiteit. Kennis van de wereld ontstaat zo dus in de context, met behulp van het daarvoor beschikbare conceptuele netwerk.

This suggests knowledge is contextual, with a scientific viewpoint illuminating certain facets of a reality that in a fundamental sense is probably unknowable.¹²⁶

De tegenstelling kan op scherp worden gesteld, enigszins gechargeerd: in een wereldbeeld waarin kennis ontstaat zonder twijfel moet sprake zijn van neutrale procedures om de waarheidsclaim van 'zuivere' kennis te kunnen volhouden. In een wereldbeeld dat uitgaat van de contextuele afhankelijkheid van kennisontwikkeling, wordt de positivistische wetenschapsuitoefening afgezet tegen de sociale context waarin die wetenschap wordt uitgeoefend.

Uit het sociale gebruik van de woorden kunnen mensen van elkaar leren wat hun handelingen betekenen.¹²⁷ Het gaat er om dat mensen zich daarbij primair in een situatie bevinden waarin zij een *bepaald* taalspel spelen. In die context is het mogelijk om de intenties, de bedoelingen van de deelnemers aan het spel te integreren tot een begrijpelijke handeling.¹²⁸ Dit begrip ontstaat op het moment dat de betrokkenen een handeling herkennen als de uitvoering van een praktijk met een bepaalde betekenis. Wittgenstein geeft het voorbeeld van een zaagbeweging.¹²⁹ Het zien van een beweging door iemand alsof hij een zaag hanteert en een plank zaagt, leidt pas tot de kwalificatie van die beweging als 'zaagbeweging', nadat een interpreterende handeling is verricht. Zonder die interpretatie kan de beweging immers feitelijk van alles inhouden. De lichaamsbeweging als feitelijke toestand wordt dus pas door interpretatie in de woorden van een taalspel begrepen als een zaagbeweging. Dit belang van de context waarin een handeling wordt verricht en woorden worden gebruikt, mag niet worden onderschat.¹³⁰

It is something that developed in and as part of social activities and, reciprocally, social activities are carried on through language.¹³¹

125 Loth (1988), p. 61.

126 Accot/McGibbon (2007), p. 203.

127 Wittgenstein (1953), nr. 220.

128 Wittgenstein (1953), nrs. 654-656.

129 Wittgenstein (1969), nr. 350.

130 Wittgenstein (1969), nr. 533.

131 Hughes/Sharrock (1997), p. 162.

Op het eerste gezicht laat het talige leerproces weinig keuzeruimte voor de deelnemers aan een taalspel om de betekenis van woorden voor een bepaalde context naar eigen inzicht te interpreteren: “als je handelt dan behoort je zò te handelen om iets een ‘zaagbeweging’ te kunnen noemen”. Onder normale omstandigheden twijfelen mensen daarom niet aan de zin en betekenis van hun woorden en handelingen. Ze zijn vanzelfsprekend. Dit is van essentieel belang, omdat iedere vorm van begrijpelijk taalgebruik (en dus van kennis) onmogelijk zou zijn wanneer alles zou worden betwijfeld.¹³² In feite is ons hele systeem van taal gefundeerd op een samenstel van *vooronderstellingen*, waaraan mensen in redelijkheid niet twijfelen. Sociologisch uitgedrukt, is sprake van een *‘world-taken-for-granted’*.¹³³ De crux hiervan is dat begrip van de werkelijkheid ontstaat en gebruikt wordt tegen een achtergrond van informatie die mensen voor lief nemen en waarop zij eenvoudigweg vertrouwen: ze handelen ernaar zonder erover na te denken.¹³⁴ Niet omdat nadenken of twijfelen onmogelijk is, maar omdat in de dagelijkse praktijk mensen allerlei handelingen verrichten zonder te moeten twijfelen aan de zin of betekenis daarvan. Deze basisgedachte is terug te vinden bij de filosoof Charles S. Peirce,

*The essence of belief is the establishment of a habit; and different beliefs are distinguished by the different modes of action to which they give rise. (...) What the habit is depends on when and how it causes us to act.*¹³⁵

In de meeste gevallen waarin mensen woorden gebruiken en handelingen uitvoeren, is dus geen sprake van een bewuste betekenisverlening.¹³⁶ Wittgenstein heeft hierover geschreven dat mensen meestal niet twijfelen, maar handelen zij zoals zij handelen.¹³⁷ Anders gezegd, zij maken gebruik van de *‘preinterpreted world’*. De bestaande ‘talige wereld’ levert feitelijk allerlei precedents voor het handelen, die mensen telkens opnieuw in hun taalspelen uitvoeren. Dat gebeurt zonder nadenken en zonder het doel om de handeling op basis van *bewuste interpretatie* uit te voeren. Dankzij deze precedentwerking wordt een bepaalde handeling die later in de tijd en door andere mensen wordt uitgevoerd, dan als juist en effectief (h)erkend om het doel van de handeling te realiseren. Met andere woorden, hoe een handeling moet worden begrepen ‘als handeling’, wordt niet telkens opnieuw uitgevonden. Gaandeweg het handelen weet men gewoon wat de interpretatie en bedoeling ervan is, in het licht van de omstandigheden bij de handeling.¹³⁸

2.3.2. Ruimte voor twijfel: kennis ontstaat in een sociale context

Het leerproces van taalspelen verloopt meestal zonder fundamentele twijfel of discussie. Mensen leven meestal volgens regels die zij kennen van de ‘overlevering’. Maar

132 Wittgenstein (1969), nr. 392.

133 Hughes/Sharrock (1997), p. 121.

134 Taylor (1995), p. 167.

135 Peirce (1878).

136 Wittgenstein (1953), nr. 201.

137 Wittgenstein (1953), nr. 217. Zie Taylor (1995), p. 167.

138 Wittgenstein (1969), nrs. 56, 83 en 210.

soms is sprake van een tijd waarin het leerproces van vertrouwde betekenissen en gedragspatronen (instituties) onder druk staat. Sociale conventies worden dan niet langer zonder twijfel gevolgd, gangbare betekenissen blijken niet bruikbaar voor nieuwe problemen.¹³⁹ Als dit in brede kring in de samenleving plaatsvindt, kan dat tot nieuwe ontwikkelingen van bestaande begrippen en concepten leiden ten opzichte van de voorafgaande tijd. Iets dergelijks is ook gesteld door Zaltbommel.

*De samenleving bepaalt tot op zekere hoogte de inhoud van de begrippen.*¹⁴⁰

Juist in tijden waarin wel sprake is van twijfel of discussie, komt het mechanisme van het onbewuste regel-volgen aan de oppervlakte. Want dan gaan mensen 'tegen de regel in'. Dat wil zeggen, het is denkbaar dat iemand onbetwijfelbare betekenissen in twijfel trekt en er een nieuwe betekenis aan geeft. Bijvoorbeeld doordat nieuwe kennis beschikbaar komt of omdat zich een nieuwe situatie voordoet waarin een bestaande betekenis niet past. De flexibiliteit van de taal geeft de ruimte om in dit soort gevallen 'tegen de regel in te gaan' door alternatieve begrippen of betekenissen te gebruiken.¹⁴¹ In het geval van een aanpassing van een regel of van de introductie van een nieuwe regel, gaat het om de creatie van de mogelijkheid dat het taalspel alleen zinvol kan worden voortgezet als de regels worden aangepast aan de gewijzigde omstandigheden.

De keerzijde van regel-volgen is dus regel-betwijfelen. Dit inzicht is met name uitgewerkt door Waismann, vanuit de gedachte dat taal nooit een volledig sluitende definitie van de werkelijkheid kan opleveren.¹⁴²

*Try as we may, no concept is limited in such a way that there is no room for any doubt. We introduce a concept and limit in some direction (...). This suffices for our present needs, and we do not probe any farther. We tend to overlook the fact that there are always other directions in which the concept has not been defined. (...) That is what is meant by the open texture of a concept.*¹⁴³

Dit duidt op een paradox. Enerzijds is sprake van de onbetwijfelde toepassing van het bestaande conceptuele netwerk, terwijl ook altijd sprake is van de principiële mogelijkheid van een afwijkende interpretatie van datzelfde netwerk. Deze paradox kan worden verklaard op basis van het inzicht dat de regels en begrippen van een taalspel hun eigen toepasselijkheid niet kunnen vaststellen of aanpassen. Ze zijn afhankelijk van het menselijk vermogen tot toepassing ervan.

*The open-textured, or indexical, properties of ordinary language ensure that the things said in that language only have conclusive sense against a background or context of the occasion on which they are said. Words, utterances, indeed any symbolic form, has to be 'filled in' on each occasion of its use (...).*¹⁴⁴

139 Zijderveld (2000), p. 126.

140 Zaltbommel (1989), p. 178.

141 Vgl. Wittgenstein (1969), nrs. 446 en 668.

142 Loth (1998), p. 297.

143 Waismann (1951), p. 120.

144 Hughes/Sharrock (1997), p. 129.

Daardoor staan ze principieel ook open voor aanpassingen door de handelende personen. Het regel-volgen en het regel-betwijfelen berusten beide op een keuze om bepaalde begrippen van de taal, waaronder ook rechtsnormen, zó te gebruiken. Dit inzicht is puntig verwoord door Gazendam.

Kenmerkend hiervoor is de ironie, dat wil zeggen het bewustzijn dat alle ontwerp-keuzen die je doet er ook anders uit hadden kunnen zien. De eigen keuze wordt altijd gezien als gebonden aan de cultuur en de tijd waarin je leeft.¹⁴⁵

De ruimte om praktische en redelijke keuzen te maken is de onvermijdelijke keerzijde van de fundamentele onzekerheid over de juistheid en volledigheid van talige begrippen, zoals rechtsnormen.¹⁴⁶

Op dit punt kan de filosofische wending richting de taal die met name is geïntroduceerd door Wittgenstein en Waismann, in verband worden gebracht met de handelingsfilosofie van de filosoof Glastra van Loon.¹⁴⁷ Ook hij heeft zich gebaseerd op de wending richting de taal en de praktijk.

Het ongeluk is, dat men steeds weer uitgaat van een al onder woorden gebrachte werkelijkheid en zich dan afvraagt, welke functie dáárin woord en taal zouden kunnen hebben. Niets is zo moeilijk als zich te bevrijden uit een taalgebouw, waarin men zichzelf heeft opgesloten. (...) Pas wanneer men zich bewust wordt van het feit, dat verschillende taalgebouwen naast elkaar mogelijk zijn en achtereenvolgens bewoond kunnen worden, opent men het uitzicht op een wijdere horizon, waar het taalgebruik zelf binnen valt.¹⁴⁸

In zijn filosofie heeft Glastra van Loon getracht om te verduidelijken wat het keuzevermogen van mensen inhoudt, om regels te interpreteren, te ontwikkelen en aan te passen. In zijn benadering is een handeling zowel een *gerichte actie* is om een specifiek resultaat te behalen,¹⁴⁹ als tegelijkertijd een *demonstratie van het juiste gebruik* van die actie. Een 'juist gebruik' wil in dit verband zeggen dat de handelende persoon die handeling geschikt acht voor het bereiken van het beoogde resultaat in de handelingssituatie. Door Van Ree is dit uitgangspunt de filosofie van Glastra van Loon bondig samengevat.

Sociaal gedrag voegt zich altijd in binnen de set van reeds bestaande sociale gedragsregels. Dat gedrag is daarmee regelbepaald. Tegelijkertijd is het echter ook regelbepalend omdat het als amendement een precedentwerking heeft op de regel waardoor het bepaald werd en waarvan het een uitvoering is.¹⁵⁰

Om menselijke handelingen te begrijpen is het volgens Glastra van Loon dus niet voldoende om te observeren dat het ene feit op het andere volgt op het moment waarop een handeling wordt verricht. De handeling moet tevens bedoeld zijn als demonstratie

145 Gazendam (1997), p. 9.

146 Vgl. Helderweg (1993), p. 51 en p. 99.

147 Zo ook: Hildebrandt (2002), p. 71.

148 Glastra van Loon (1956), p. 184.

149 Glastra van Loon gebruikt het woord 'exemplificatie'; het bewerkstelligen van een specifiek resultaat.

150 Van Ree (1998), p. 130.

van het juiste gebruik ervan. Pas dat geeft zin aan de handeling, als handeling met een bepaald doel. Glastra van Loon betoogt in feite dat er interpreterende handelingen nodig zijn om betekenis aan een handeling te verlenen.¹⁵¹ Dit wil zeggen dat de dingen (objecten, gebeurtenissen) in de werkelijkheid pas een betekenis krijgen, doordat mensen hieraan die betekenis verlenen. Niet in de zin van een feitelijke toekenning van betekenis (definities), maar betekenis in de zin van een *normatieve verhouding* tussen handelingen. Van Ree vat deze gedachte van Glastra van Loon als volgt op.

*Het gaat dus om de gevolgen die door sociale regels worden toegekend aan het handelen. (...) In die zin is elke handeling ook een normatief voorstel omdat het een voorstel is de handeling op een bepaalde wijze geregeld te zien ten opzichte van andere handelingen. Daarin zit de algemene en normatieve kracht van elke handeling.*¹⁵²

Bij dit alles veronderstelt Glastra van Loon dat mensen zich bewust kunnen zijn van hun constitutieve vermogens en van de mogelijkheid om handelingen te herhalen of te veranderen. Dit is de essentie van de handelingstheorie van Glastra van Loon: *handelingen zijn reflexief*. Wat dit betreft kan zijn theorie worden vergeleken met de structuratietheorie van de socioloog-filosoof Anthony Giddens. Deze heeft namelijk in geheel andere bewoordingen dan Glastra van Loon maar met een vergelijkbare strekking, aangenomen dat actoren de *reflexieve capaciteit* hebben om zich bewust te zijn van de oorzaken en gevolgen van hun handelingen.

*Human agents or actors – I use these terms interchangeably – have, as an inherent capacity of what they do, the capacity to understand what they do while they do it.*¹⁵³

De reflexieve capaciteit maakt de mens empirisch zichtbaar als handelend wezen, maar tevens als bewust handelend wezen dat zichzelf daarvan bewust is en dat van die laatste bewustheid gebruik maakt om zijn handelen vorm te geven.¹⁵⁴ Dankzij dit bewustzijn heeft de mens een constitutief vermogen. Dat wil zeggen een vermogen om een *vormend aandeel* te hebben in de wijze van uitvoering van handelingen.¹⁵⁵ Het constitutief vermogen levert het fundament voor kennisverwerving en voor de mogelijkheid dat eerder toegekende betekenissen door menselijke interpretatie kunnen worden veranderd.

*Het weten hoe iets te doen (...) is kennis van een verrichting op een zodanige manier, dat men die verrichting daadwerkelijk kan uitvoeren en tegelijkertijd, dat de uitvoering van die verrichting wordt gekend als een demonstratie van de beoogde verrichting. Het verrichten van een handeling is tegelijkertijd een vóórdoen dat het, zó als het wordt uitgevoerd, kan worden herhaald (als uitvoering van dezelfde verrichting).*¹⁵⁶

151 Glastra van Loon (1956), p. 85.

152 Van Ree (1998), p. 132.

153 Giddens (1984), p. xxii.

154 Glastra van Loon (2001), p. 22-23. In één begrip aangeduid met 'excentrische positionaliteit'.

155 Glastra van Loon (2001), p. 20.

156 Glastra van Loon (2001), p. 45.

Het cruciale van de inzichten van Glastra van Loon en Giddens is dat iedere handeling zowel wordt uitgevoerd om een bepaald resultaat te bereiken, als ook om een demonstratie te geven van de juiste uitvoering van die handeling voor het bereiken van dat resultaat. Dit demonstratieve element van handelingen wordt door Glastra van Loon het 'ontwerp' van de handeling genoemd.¹⁵⁷ Wanneer handelingen hun betekenis tonen, dus wanneer actoren zich naar een *handelingsontwerp* gedragen, ontstaat voor degene die de handeling uitvoert bewust of onbewust een beeld van zijn eigen verantwoordelijkheid ten opzichte van de sociale context waarin de handeling wordt uitgevoerd.¹⁵⁸

*Slechts voorzover het subject zich actief, naar een eigen beginsel tot het ervaren verhoudt, kan dat ervaren omgekeerd hem iets omtrent hemzelf onthullen.*¹⁵⁹

Door Van Ree is hierover verduidelijkt dat het bewustzijn zoals opgevat door Glastra van Loon altijd een *publiek* bewustzijn is, dat is ingebed in de *talige structuur* van de sociale werkelijkheid.¹⁶⁰ Hiermee is de relatie gelegd met de filosofie van Wittgenstein. In een taalspel worden niet alleen de eigen handelingen vertaald als een verhouding van de eigen intenties tot de werkelijkheid. Ook de intenties van anderen worden in die verhouding geplaatst. Dit betekent – en dit is van fundamenteel belang – dat het handelen alleen kan worden begrepen vanuit de sociale context waarin de interactie plaatsvindt. Uit die context kan worden afgeleid of een handeling aansluit bij gangbare regels en uitgangspunten of dat sprake is van een aanpassing aan gewijzigde omstandigheden. Aan de basis hiervan staat de principiële mogelijkheid van twijfel over bekende feiten en betekenissen.

2.3.3. Een interactief perspectief voor het handelen

De werking van regels is afhankelijk van de context waarin een bepaalde interactie plaatsvindt. In een boxwedstrijd, om maar eens een voorbeeld te noemen, gaat het er niet om wat de twee vechters van de spelregels vinden, maar of zij zich eraan houden en dus het spel eerlijk spelen. Maar wanneer twee mensen op straat met elkaar in gevecht raken, gaat het er juist wel om waarom zij menen dat zij elkaar mogen slaan. In deze tweede situatie vindt de vechtpartij niet plaats tegen de achtergrond van vaste spelregels, maar in een moreel geladen context.

*Knowing what you are doing involves being able to "elaborate" it, in somewhat the same way that knowing what you meant by something you said involves being able to elaborate that – put it in other words, explain why you said it, justify it.*¹⁶¹

In de wending richting taal en praktijk krijgen handelingen hun betekenis tegen de achtergrond van een gemeenschappelijke omgeving. Dit uitgangspunt staat ook centraal in het werk van de filosofe Hannah Arendt.

¹⁵⁷ Glastra van Loon (1956), p. 162.

¹⁵⁸ Glastra van Loon (1956), p. 168. Zie ook Zijdeveld (1988), p. 84 en pp. 102-103.

¹⁵⁹ Glastra van Loon (1956), p. 171.

¹⁶⁰ Van Ree (1998), p. 34.

¹⁶¹ Pitkin (1972), p. 167.

*All human activities are conditioned by the fact that men live together, but it is only action that cannot even be imagined outside the society of men. (...) Action alone is the exclusive prerogative of man; neither a beast nor a god is capable of it, and only action is entirely dependent upon the constant presence of others.*¹⁶²

Door Arendt is de gemeenschappelijke omgeving voor het handelen met een metafoor 'de publieke ruimte' genoemd.

*The public realm, as the common world, gathers us together and yet prevents our falling over each other, so to speak.*¹⁶³

Uit haar analyse blijkt dat een gemeenschap moet kunnen omgaan met de onvermijdelijke onzekerheden van de betekenissen die in die publieke ruimte aan woorden en handelingen worden verleend, om in vrijheid samen te kunnen leven.¹⁶⁴ Met andere woorden, daarom moet in principe altijd sprake kunnen zijn van een (eventueel revolutionaire) ontwikkeling van de gelding en gevolgen van handelingsontwerpen. Dit belemmert actoren niet om te handelen zoals zij gewend zijn en om met elkaar in interactie te zijn.¹⁶⁵ Interactie is weliswaar meestal gericht op het nastreven van individuele doelen en belangen door de deelnemers aan de interactie, maar die interactie ontsnapt tegelijkertijd aan vluchtigheid en wisselvalligheid doordat de interactie onvermijdelijk ook in verband staat met het publieke domein. Dat domein is geen forum van concrete individuen, maar een *geformaliseerd publiek*.¹⁶⁶ Dit publiek kijkt als het ware mee met de concrete interactie tussen actoren.

Deze gedachte dat een formeel publiek meeweegt of een handeling geslaagd is, kan worden gebruikt als verklaring dat in iedere interactie sprake is van een latente of prominente verantwoordelijkheid voor het 'algemeen belang'. Dat belang is het belang van het geformaliseerde publiek. Dit publiek kijkt als het ware naar de demonstratie van handelingen door de actoren die feitelijk bij de interactie betrokken zijn, waardoor die handelingen een algemene goed- of afkeuring kunnen krijgen.

Op dit punt kan de filosofie van Arendt worden aangevuld met de inzichten van de socioloog Zijdeveld. Hij heeft de verhouding tussen interactie en de sociale context scherp geduid, namelijk dat tijdens het eigen handelen tevens

*de houding van de ander wordt aangenomen c.q. beantwoord, en men richt zich nu niet alleen tot de ander doch tevens in de houding van de ander tot zichzelf. Er is sprake van een vorm van communicatie.*¹⁶⁷

In de sociologische literatuur wordt deze wederkerigheid in het handelen beeldend uitgedrukt als '*taking the role of the other*',¹⁶⁸ oftewel het terugkijken door een hande-

¹⁶² Arendt (1958), pp. 22-23.

¹⁶³ Arendt (1958), p. 52.

¹⁶⁴ Arendt (1963), p. 275.

¹⁶⁵ Foqué (1998), p. 13.

¹⁶⁶ Arendt (1958), p. 49. Daarover: Foqué (1992), p. 34.

¹⁶⁷ Zijdeveld, (1975), pp. 77-78.

¹⁶⁸ Zijdeveld (1975), p. 48; Hildebrandt (2002), p. 61.

lend subject naar zijn handelen vanuit de positie van de ander.¹⁶⁹ Hierdoor krijgt iedere handeling een sociale betekenis, waarvan de interpretatie niet waardevrij gedacht kan worden.

*[The] language that features in the best accounts of human affairs is typically charged with significance; a vocabulary of significance is required as a condition of interpretive competence in this domain.*¹⁷⁰

De crux hiervan is dat de betekenis van handelingen niet zuiver egoïstisch kan worden bepaald, maar altijd ook vanuit het gezichtspunt van de positie van anderen. Met dien verstande dat de 'positie van de ander' (*de wederkerigheid*) geen betrekking heeft op de concrete individuen die bij de handeling zijn betrokken.¹⁷¹ Het gaat om het gezichtspunt van de anderen in hun maatschappelijke rol.

*De gegeneraliseerde ander is een collectieve en traditionele configuratie van houdingen, die een dwingende kracht bezit. (...) In principe is er natuurlijk een schier eindeloze reeks van intermenselijke gedragsmogelijkheden. Zouden we in het dagelijks leven steeds weer opnieuw een keuze moeten maken uit al deze mogelijkheden, dan zouden we verlamd raken en al heel snel niet meer kunnen handelen. De mogelijkheden moeten beperkt zijn; de complexiteit van gedragsalternatieven moet gereduceerd worden. Deze inperking en reductie komen inderdaad tot stand door het stelsel van traditionele instituties die het individu bij het opgroeien in de samenleving aantreft.*¹⁷²

De anderen zijn geen concrete individuen, maar 'generalized others' zoals Zijderveld dat noemt.¹⁷³ In de woorden van Arendt gaat dit over het 'geformaliseerd publiek'. De strekking van beide analyses is hetzelfde: handelen is wederkerig en gaat gepaard met rekenschap van de *formality of the public*. Dit betekent direct ook dat het handelen een *sociale gebeurtenis* is.¹⁷⁴ De sociale achtergrondkennis bij het handelen verschaft een fundament voor de mogelijkheid van *interactie* met anderen. Dat komt doordat het handelen mede afhankelijk is van de verwachting en de (h)erkenning door anderen: 'zó behoort je te handelen'. Meestal zal dit overigens een onbewust en onbetwist onderdeel van het handelen zijn: hoe iets behoort te worden gedaan is meestal gelijk aan hoe een handeling feitelijk ook wordt gedaan (§ 2.3.1). Maar dit doet er niets aan af dat het handelen alleen met inbegrip van de sociale context kan worden begrepen. Immers, alleen in die context is het mogelijk om een handeling in het perspectief te zetten van andere handelingen en van de verwachtingen en posities van anderen. Het vereist daarom een *interactief perspectief* om individuele handelingen op juistheid voor anderen te waarderen. Dit maakt dat een handeling nooit vrijblijvend of willekeurig is.

169 Glastra van Loon (1956), pp. 268-269.

170 Smith, N. (1997), p. 22-23.

171 Anders: Nicolaï (1990), p. 406.

172 Zijderveld (1988), p. 85.

173 Zijderveld (1975), pp. 82-85.

174 Taylor (1995), pp. 167-168.

*De normatieve kracht van het handelen ontstaat dan ook niet pas door de herhaling van bepaalde handelingen, maar ligt al in iedere individuele handeling (in zijn verhouding tot andere handelingen) besloten.*¹⁷⁵

Hierbij kan de vraag worden gesteld, wat de grondslag is voor de waardering van een handeling op juistheid. Daarover kunnen mensen immers behoorlijk verschillen. Voor de acceptatie van het interactieve perspectief is dit echter geen bezwaar. Juist niet. Van de filosoof Taylor kan namelijk worden overgenomen dat de mens een wezen is *'to whom things matter'*.¹⁷⁶ Dit betekent volgens hem dat de maatstaf waarmee mensen betekenis verlenen aan hun leven en hun handelingen, geen toevallig product is van een willekeurig individu op een willekeurig tijdstip. De maatstaf is een onafhankelijk waarde, waartegen de feitelijke acties en wensen van actoren kunnen worden afgewogen.¹⁷⁷ Deze maatstaf is door hem gedefinieerd als datgene wat het leven van een persoon of groep significantie geeft, de moeite waard maakt en voldoening schenkt. Oftewel, de maatstaf bestaat uit *'that which defines the good life'*, conform de heersende publieke opinie. Een actor zal zich bij zijn handelen mede naar die maatstaf richten. In deze zin begrijp ik ook de stelling van de Nederlandse rechtsfilosoof Gribnau, dat juridische aanspraken verbonden zijn met legitimiteitsvragen.

*Juridische rechten zijn een specifiek soort politieke rechten, die zijn gesitueerd in een bepaalde politieke gemeenschap tegen de achtergrond van een (ideaal)-beeld dat de burgers – impliciet of expliciet – van hun samenleving hebben. (...) De concrete rechtsbetrekking is niet los te zien van het algemene niveau van de rechtsorde.*¹⁷⁸

Nu kan hierbij worden opgemerkt dat de sociale context en de sociaal-culturele achtergrond van een handeling niet uit één enkel wereldbeeld zal bestaan. Dit is een belangrijke relativisering van de *'world-taken-for-granted'*.

*No framework is shared by everyone, can be taken for granted as the framework tout court, can sink to the phenomenological status of unquestioned fact.*¹⁷⁹

De *moraliteit* van ieder wereldbeeld, waarvan concrete versies in iedere sociale interactie verscholen liggen, heeft derhalve met méér te maken dan respect voor de andere deelnemers aan die interactie. Het heeft ook alles te maken met de keuze uit het potentieel aan ideeën en beelden die aan de opvatting over het *goede leven* ten grondslag liggen.¹⁸⁰ Deze keuze impliceert een uitwisseling tussen algemene morele maatschappijbeelden en de eigen verantwoordelijkheid voor een goed leven. Dit kan worden opgevat zoals Taylor het heeft beschreven.

175 Glastra van Loon (1956), p. 202.

176 Taylor (1995). Daarover Smith (1997), p. 38.

177 Smith, N. (1997), p. 38.

178 Gribnau (1998), p. 92.

179 Taylor (1989), p. 16-17

180 Taylor (1989), p. 14.

*To understand our moral world we have to see not only what ideas and pictures underlie our sense of respect to others but also those which underpin our notions of a full life.*¹⁸¹

Actoren zijn onlosmakelijk betrokken en ingebed in hun cultuur. Taylor noemt die cultuur a *'world of involvement'*, van waaruit het handelen van actoren begrepen kan worden.¹⁸² In beeldend taalgebruik is de visie van Taylor zo uitgelegd, dat in alle menselijke communicatie sprake is van *'the ontological irreducibility of background horizons of significance'*.¹⁸³ Hieraan kan worden toegevoegd dat de keuze van een bepaalde betekenis van het algemeen belang voor een handelingssituatie gebonden is aan het recht. Om te kunnen bepalen wat de rechtsgevolgen zijn van die binding, zal een sociale verhouding volgens hem eerst moeten worden geconstrueerd als een rechtsbetrekking.¹⁸⁴

*De heersende opvattingen omtrent het gemeenschappelijk belang in de samenleving zijn bepalend voor de verdere inkleuring van de rechtsbetrekkingen in een specifieke rechtsorde (...). Samenleven betekent het delen van grondnormen en grondwaarden. Omdat deze maatstaf zijn voor ieders gedrag is er sprake van heteronomie.*¹⁸⁵

2.3.4. Normatieve interactiebenadering

Het is mogelijk om een relatie te leggen tussen het handelen, het recht en de achtergrondkennis van het moreel en maatschappelijk bewustzijn. Van het recht is bekend dat dit een *bemiddelende functie* heeft bij de verwoording van het publieke bewustzijn in een handelingssituatie. Dat komt doordat het recht de begrippen aanreikt waarmee actoren betekenis kunnen geven aan de *formality of the public*. Deze aanvulling op het werk van Hannah Arendt is met name door Foqué voorgesteld. Hij wijst daarbij op juridische begrippen als *rechtssubject, rechtsbetrekking en rechtshandeling* en op het systeem van algemene beginselen van het recht zoals *goede trouw, proportionaliteit en zorgvuldigheid*. In hoofdstuk 3 zal worden onderzocht of *duurzaam handelen* ook kan worden beschouwd als een dergelijk bemiddelend begrip.

Het formele karakter van dit soort begrippen en beginselen wordt bij iedere handeling en bij iedere beslissing in de publieke ruimte vóórondersteld. Dat wil volgens Foqué zeggen dat hun formele toepassing voorafgaat aan de betekenis*mogelijkheden* die zij ten opzichte van het feitelijk handelen en beslissen hebben. Anders gezegd, de algemene begrippen en rechtsbeginselen zijn er, maar hebben geen vaste inhoud. Het is juist hun *leegheid*, hun *principiële onderbepaaldheid*, die hun toepassingsmogelijkheid vergroot voor de concretisering van het algemeen belang in het concrete handelen en beslissen door actoren. Hierbij stelt de 'leegheid' van de begrippen en beginselen ons voor de moeilijke opgave om de onbepaaldheid op juiste wijze concreet te maken, hetgeen vooral op basis van ervaring en discussie zal moeten gebeuren.¹⁸⁶

181 Taylor (1989), p. 14.

182 Taylor (1995), p. 62. Daarover: Foqué (1998), p. 17.

183 Smith, N. (1997), p. 25.

184 Gribnau (1998), p. 121.

185 Gribnau (1998), p. 121.

186 Vgl. Wittgenstein (1953), nr. 227.

*Het betekenisverleningsproces dat ten aanzien van die formele begrippen en beginselen in concrete situaties zal plaatsgrijpen is een door en door cultureel verankerd proces. Het grijpt plaats in de publieke ruimte, in het theatre of debate waarover Dworkin sprak. Het publieke debat dat zich daar voltrekt dient altijd bemiddelt te zijn door instituties.*¹⁸⁷

Foqué maakt gebruik van een beeld van het recht dat door Ronald Dworkin is geïntroduceerd om een politieke gemeenschap mee aan te duiden, als een *community of principle*.

*[Een] echte gemeenschap is meer dan een door de speling van historische of geografische toevalligheden tot stand gekomen samenraapsel van mensen en het is meer dan wat hij karakteriseert als een rule-book model of community. (...) Burgers van een hechte gemeenschap aanvaarden dat zij een gemeenschap vormen op basis van algemene beginselen, waaraan zij als actieve, kritische en autonome burgers steeds opnieuw inhoud geven.*¹⁸⁸

De publieke opinie omvat een *rechtsbewustzijn*. De consequentie die dit heeft voor bestuurlijk-juridische besluitvorming en ook voor rechterlijke beoordeling is bijna onmiddellijk evident. In die beslissingen en beoordelingen is bewust of onbewust altijd sprake van een medeweging van de 'ontologie van het goede leven', van het *rechtsbewustzijn*.¹⁸⁹ De beslisser kan zich onmogelijk losmaken van dat *rechtsbewustzijn*.

*Doing without frameworks is utterly impossible for us; otherwise put, that the horizons within which we live our lives and which make sense of them have to include these strong qualitative discriminations. (...) [The] claim is that living within such strongly qualified horizons is constitutive of human agency.*¹⁹⁰

Op basis van *kwalitatieve discriminatie* maakt iedere actor voor zichzelf uit hoe bepaalde normen en waarden worden gewaardeerd. Wat dat betreft is er niet één *rechtsbewustzijnsinhoud*, maar wel altijd een *rechtsbewustzijn*. In de Nederlandse context is iets soortgelijks beschreven door Paul Scholten.

*Wat we 'rechtsbewustzijn' noemen is in dit verband niet anders dan een min of meer vage voorstelling omtrent wat recht behoort te zijn, niet veel meer dan publieke opinie. (...) Wie recht zoekt, zoekt een gemeenschapsregel. Daaruit volgt niet, dat hij aan de gemeenschap heeft te vragen, wat de inhoud van die regel zal zijn, doch wel, of de gemeenschap die regel verdraagt en aanvaardt.*¹⁹¹

Het handelen is gebaseerd op de resultaatgerichte en demonstratieve bedoeling ervan (zie § 2.3.2). Die bedoeling kan alleen worden begrepen vanuit de sociale context waarin de handeling plaatsvindt, waarin ook morele keuzes gemaakt worden met betrekking tot het handelen.

187 Foqué (1998), p. 14.

188 Foqué (1998), p. 9, citerend uit Dworkin (1986), p. 211.

189 Scholten (1931), o.a. p. 132.

190 Taylor (1989), p. 27.

191 Scholten (1931), pp. 126-127.

*Rather, the choice is plainly a topical one: to decide which among a number of possible but complementary standpoints one can most effectively use to present the facts of this present case.*¹⁹²

Uit de voorgaande analyse volgt dat een 'topische' keuze tevens achtergrondkennis van het rechtsbewustzijn vereist. Want met die kennis kan de redelijkheid van een handeling worden afgeleid, in combinatie met het resultaatgerichte en het demonstratieve. Dit is een inzicht dat centraal is gezet door de filosoof Toulmin. Hij heeft beschreven dat handelingen slechts door middel van contextuele argumenten en keuzen, op basis van zowel logica als retorica, kunnen worden begrepen als *redelijke* handelingen.¹⁹³

*What patterns of argument are appropriate in dealing with any particular kind of problem must nowadays, as always, be judged contextually with an eye to the specific case at issue. (...) Every well-founded ethical theory carries conviction on some occasion, in some circumstances, applied to problems of some kinds; but no theory has a monopoly in all situations or over all kinds of problems. (...) In practical enterprises such as civil law, that is, the role of "theory" is, at one and the same time, both rational and rhetorical.*¹⁹⁴

Uit de filosofie van Toulmin volgt dat keuzen evenwichtig gebaseerd kunnen worden op intelligente en formeel juiste analyses van de feiten enerzijds (logica) en inhoudelijke waardegeleden overtuigingen over de wereld anderzijds (retorica).¹⁹⁵ Redelijkheid vereist daarom volgens hem dat in de context van een geval wordt gestreefd naar een evenwicht tussen harde feiten, gedeelde waarden en concurrerende belangen.¹⁹⁶

Aan deze filosofische inzichten kan betekenis worden verleend voor het recht in zijn algemeenheid en voor het milieurecht in het bijzonder. Recht is mede de uitdrukking van een normatief bewustzijn van morele en maatschappelijke aard. De toepassing van recht in een concrete situatie kan daarom mede worden gebaseerd op dit rechtsbewustzijn. Dit wil zeggen dat de normatieve kracht van handelingen onlosmakelijk verbonden is met morele opvattingen en ethische waarden in de publieke opinie. Maar daarbij is het altijd de vraag op welke wijze de keuze kan worden verantwoord voor een bepaalde bundel van morele opvattingen, dat wil zeggen voor een bepaalde 'strongly qualified horizon',

*want als men eenmaal voor een bepaalde morele opvatting heeft gekozen, dan zit daar de pretentie in dat iedereen in die situatie die keuze moet maken. In die zin zal zij ook aan anderen verantwoord kunnen worden, zodat een rationele morele discussie ontstaat.*¹⁹⁷

Dat deze vraag naar de verantwoording van de morele en maatschappelijke keuze opkomt, is enerzijds een relativisering van de 'ontologie' van het goede leven maar doet

192 Jonsen/Toulmin (1988), p. 297.

193 Toulmin (2001), p. 39.

194 Jonsen/Toulmin (1988), p. 298.

195 Toulmin (2001), pp. 39-40, p. 251.

196 Toulmin (2001), p. 251.

197 Bruggink (1992), p. 169.

daar anderzijds niet aan af. Juist niet. Want het gaat om de erkenning van de mogelijkheid van meerdere opvattingen over het goede leven, waaruit desalniettemin in concrete gevallen een keuze gemaakt moet worden omtrent de normatieve verwachting die gesteld wordt voor het handelen. Precies dit inzicht in de relatie tussen het rechtsbewustzijn dat in de publieke opinie leeft en de contextuele toepassing daarvan in een concreet geval levert de grondslag voor de mogelijkheid om waarden en belangen op elkaar af te stemmen. Want dat is geen kwestie van feitelijke afweging, maar een waardegeladen beslissing waarin het best mogelijke antwoord gegeven moet worden op de af te wegen situatie. Hiermee is de grondslag gegeven voor de mogelijkheid van de (bestuursrechtelijke) belangenafweging. Dit komt doordat recht een 'open systeem' is.

Het recht is een geheel van normen (...) die haar gezag ontleenen aan bepaalde historische gebeurtenissen (de daad der wetgeving of, bij gewoonterecht, het handelen der aan het recht onderworpen personen). Het zijn voorts normen, die om toepassing vragen en ten slotte weder van die toepassing afhangen. Het is dus een normen-systeem en een systeem van handelingen (wetgeving, rechtspraak, uitvoering door de administratie, handelingen van betrokkenen, die zich naar het recht richten). Het is een 'Sollen', een behoren, maar een 'behoren' gebonden aan een 'zijn', historische gebeurtenissen. Recht geldt alleen binnen een bepaalde tijd, in een bepaalde kring.¹⁹⁸

Iedere combinatie van een *historische achtergrond* met een *morele horizon* kan richting geven aan de juridische beoordeling van de handelingsruimte van actoren. Wanneer het er in een moeilijke zaak op aan komt, gaat het daarom niet om de subsumptie van feiten onder normen maar om een *waardegeladen belangenafweging*. Deze afweging hangt ermee samen dat in de zaak fundamenteel conflicterende waarden en soms zelfs wereldbeelden schuilgaan. Daarom is deze afweging zo'n belangrijke handeling in de rechtspraktijk en verklaart deze ook de fundamentele vraag in het milieurecht naar de mogelijkheid van flexibiliteit in het normenstelsel op basis van ruimte voor bestuurlijke afwegingen. Het vraagstuk van de discretionaire ruimte voor oordelen over rechtssnormen en belangen in concrete situaties kan alleen worden beantwoord op het niveau van de *redelijkheid* van de keuze voor die-of-deze opvatting over het goede leven. Waarbij nu dus duidelijk is dat daarover niet één antwoord kan worden gevonden, maar meerdere. Het gaat er dan om de goede te zoeken.

Bij de interpretatie van het rechtsbewustzijn kan gebruik worden gemaakt van de onderbepaalde begrippen van het rechtssysteem, zoals de rechtsbeginselen en waarden zoals 'duurzaam handelen'. Dit is soms geen gemakkelijke opgave, die gepaard kan gaan met een verkenning van hele en halve sociale mogelijkheden en experimentele uitkomsten van de overdenking wat 'het goede' en 'ieder het zijne' in een concreet geval zou kunnen betekenen.¹⁹⁹ Deze evaluatie van de betekenis van het rechtsbewustzijn voor een juridische beslissing vraagt daarom een vergelijkende waardering van de

¹⁹⁸ Scholten (1931), pp. 76-77.

¹⁹⁹ Sen (2009), pp. 106 ev. Arrow (1951), p. 11

feiten, conventies en waarden zoals die voor actoren (*generalized others*) relevant kunnen zijn in het licht van verschillende politieke en normatieve opvattingen en bedoelingen. De eigenzinnige rationaliteit van deze vergelijkende waardering is verwoord door de filosoof Pitkin, in een studie over Wittgenstein.

*The point of moral argument is not agreement on a conclusion, but successful clarification of two people's positions vis-à-vis each other. Its function is to make the positions of the various protagonists clear – to themselves and to the others.*²⁰⁰

Ter verduidelijking moet overigens worden opgemerkt, in aansluiting bij Scholten, dat de term rechtsbewustzijn *dubbelzinnig* is.²⁰¹ Enerzijds duidt de term op ieders *individuele* morele standpunten en levensopvattingen, waarover mensen een moreel debat kunnen voeren. Anderzijds kan het gebruikt worden als term voor de algemene *publieke opinie* over datgene wat recht behoort te zijn. Het gaat in de normatieve interactie-benadering die hier wordt uitgewerkt, om laatstgenoemde betekenis. De diverse wereldbeelden die voorkomen in het maatschappelijke leven, zijn allen ingrediënt voor het *rechtsbewustzijn* als onderdeel van de sociale context van interactie.

Interactie vindt altijd plaats tegen de achtergrond van sociale conventies, ervaringen, het rechtsbewustzijn en een set van algemene begrippen en beginselen, waaraan mensen in redelijkheid meestal niet twijfelen. Tegen die achtergrond volgen zij de regels van het spel gewoon zoals zij dat gewend zijn (*handelingsontwerp*, zie § 2.3.2). De metafoor van de *formality of the public* laat daarbij zien dat dit vanzelfsprekende gebruik van handelingsontwerpen niet leidt tot een verlies van verantwoordelijkheid tegenover de gemeenschap om bij het handelen telkens 'het goede' te doen. In ieder handelingsontwerp is dat goede namelijk voorondersteld.

Dit is de kern van de normatieve dimensie van iedere interactie, en hiermee wordt voldaan aan de suggestie die de filosoof Taylor heeft gedaan.

*What we need to do is follow a hint from Wittgenstein and attempt to give an account of the background as understanding, which also places it in social space.*²⁰²

De ontwikkelde inzichten in de verhouding tussen het handelen in een concrete interactie ten opzichte van de sociale context kan nu met één begrip worden samengevat: *normatieve interactie*. Dit begrip maakt duidelijk dat actoren per definitie actieve gebruikers zijn van het referentiekader van het publieke domein. Ze zijn als artiesten op een podium, in het toneelstuk van de samenleving zelf.²⁰³ Het publiek kijkt als het ware mee of het goed gaat. Dit verklaart hoe het handelen door de ene actor 'normatieve waarde' krijgt voor allerlei andere actoren. Hun publieke positie zit ingebakken in het ontwerp van de handeling van de actor. De identificatie van deze normatieve waarde verschaft een identiteit aan degene die een handeling verricht, met een belang

200 Pitkin (1972), pp. 153-154.

201 Scholten (1931), p. 126.

202 Taylor (1995), p. 168.

203 Vrij naar Zijdevelds metafoor van 'de samenleving als schouwspel'.

en een rolopvatting ten opzichte van de rol en de belangen van andere gegeneraliseerde actoren.

2.3.5. *Normatieve eenheid en contextuele verscheidenheid*

Mensen kunnen zich niet eenvoudig losmaken van de 'begripsmatige erfenis' die zij meekrijgen in hun samenleving.²⁰⁴ Voor de handelingsvrijheid van mensen bestaat daarom geen schone lei, alsof mensen zichzelf zouden kunnen afsluiten van hun voor geschiedenis, hun culturele achtergrond of de rechtsorde waarin zij leven. En het is daarom ook niet mogelijk om naar eigen goeddunken te handelen; ieder handelen heeft een minimale normatieve grondslag in *the formality of the public*. Maar, mensen kunnen wel variëren op overgeleverde handelingsontwerpen. Zij kunnen er een nieuwe draai aan geven, er eigen keuzen mee maken, er soms zelfs nieuwe begrippen voor in de plaats stellen.

*Our standards of what is just or unjust are obviously partly learned, but also subject to alteration by our own choice.*²⁰⁵

Dit betekent dat het ontwerp van alle gedragingen, gewoontes, verwachtingen en instituties, waarvan het doel en de juistheid dus meestal veronderstelt zijn, op enig moment wel degelijk ter discussie *kunnen* worden gesteld. Dit zal gebeuren als er twijfel is gerezen over de juistheid of bruikbaarheid van een handeling voor een gewenst resultaat.²⁰⁶ Telkens wanneer een handeling zo aan interpretatie blootgesteld wordt, wordt dat interpreteren tevens zelf een min of meer bewust onderdeel van het taalspel. Niet alleen de handeling maar ook de normen voor de interpretatie van die handeling staan dan in de schijnwerpers van het toneel. Dit kan zelfs zo ver gaan dat de interpretatie wordt verlegd naar een systematisch ontworpen interpreterend taalspel, zoals de rechtspraktijk. Hieruit volgt dat ook de rechtspraktijk als taalspel kan worden geanalyseerd.

In navolging van Loth kan worden aangenomen dat de verbinding tussen de werkelijkheid en de taal van het recht tot stand gebracht wordt door betekenissen, begrippen en conceptuele systemen. Deze combinatie van het conceptuele kader met de werkelijkheid maakt dat het taalspel van het recht een analytische eenheid is van taal, denken en doen.

*De werkelijkheid van het recht is een werkelijkheid van betekenissen, zodat het spreken en denken over recht op interpretatie berust.*²⁰⁷

De eenheid van het rechtssysteem is in feite een complex samenspel tussen de dwingende maar tegelijk ook mogelijkheden scheppende kracht van het rechtssysteem en

204 Toulmin (1990), p. 244.

205 Pitkin (1972), p. 183.

206 Vgl. Wittgenstein (1969), nrs. 368 – 378.

207 Loth (1989), p. 307.

de regelvolgende en regelbetwijfelende dimensies van het handelen.²⁰⁸ Dit complexe samenspel kan nader worden toegelicht met behulp van eerdergenoemde structuratie-theorie van Giddens. Hij heeft de verhouding tussen systemen en sociale handelingen bestempeld als een *'dualiteit van de structuur'*.²⁰⁹ De ene zijde van de dualiteit is dat de systemen van een samenleving, zoals het recht en de economie, invloed hebben op het handelen van actoren. Deze invloed wordt uitgeoefend doordat de systemen de regels aandragen voor vrijwel alle taalspelen in de samenleving. Daardoor kunnen actoren haast niet aan die systemen ontsnappen. Zoals Loth schrijft over het rechtssysteem: dit werpt een conceptueel netwerk uit over de samenleving. En eenmaal in het netwerk gevangen, lijkt de vrijheid om te handelen beperkt tot de bewegingsruimte die in het netwerk is overgebleven. Want als het conceptuele netwerk eenmaal is aangelegd, bepaalt dit in grote mate de regels en instrumenten voor dat handelen. Bovendien heeft ieder netwerk de neiging om zichzelf te reproduceren via de beïnvloeding en beperking van de handelingsvrijheid van actoren. Deze neiging gaat net zo lang door, totdat de invloed van het systeem op het handelen wordt aangepast of doorbroken.²¹⁰ Dit is de keerzijde van de dualiteit van de structuur. Want actoren hebben in principe de kans om de systemen aan te passen, de bewegingsruimte te vergroten of verkleinen, of soms ook te doorbreken. Deze principiële mogelijkheid is verklaarbaar doordat sociale structuren, zoals rechtssystemen, altijd contextueel gebonden zijn aan de tijd en plaats van het sociale handelen.²¹¹ De mate waarin de sociale structuur een dwingende of mogelijkheden scheppende kracht heeft voor de handelingsruimte van actoren, hangt er daarom van af in hoeverre zij zich reflexief opstellen tegenover de kracht van de systemen.

*Every individual is at once positioned in the flow of day-to-day life; in the life-span which is the duration of his or her existence; and in the duration of 'institutional time', the 'supra-individual' structuration of social institutions. Finally, each person is positioned, in a 'multiple' way, within social relations conferred by specific social role.*²¹²

2.3.6. De architectuur van het recht

Het recht beïnvloedt de reflexieve capaciteit van actoren doordat het een conceptueel netwerk over de individuele intenties en belangen van actoren uitwerpt. Daardoor plaatst het recht het handelen in een normatieve sociale context. Dit gebeurt niet door vooraf de resultaten van het handelen te koloniseren in onveranderlijke rechtsregels en -procedures, maar door de resultaten van het handelen toetsbaar en afweegbaar te maken met behulp van de toepassing van de normen en begrippen van het recht.

De complexe architectuur van de 'legal grammar' bepaalt wat kan worden gezegd, hoe dit moet worden gepresenteerd en welke waarden in het geding

208 Giddens (1984), p. 164 en pp. 174-179.

209 Giddens (1984), p. xxi.

210 Grin/Van de Graaf/Vergragt (2003), p. 63.

211 Giddens (1984), p. 132.

212 Giddens (1984), p. xxv.

*zijn, maar het bepaalt niet de afweging tussen die waarden. (...) Recht is niet een feit, maar een oordeel: het is het resultaat van de redelijke afweging van belangen, waarden en doeleinden van het recht en dus de uitdrukking van het oordeel welk belang behoort te prevaleren.*²¹³

In het conceptuele netwerk van het recht zijn wettelijke regels, bestuurlijke besluiten en eerdere rechterlijke uitspraken natuurlijk veelal bepalend voor de inhoud van het recht. Maar de toepassing van deze rechtsbronnen op een feitelijke situatie gaat niet zonder interpretatie. Het ontwerp van een rechtsnorm voor het handelen moet altijd nog worden vertaald tot een juiste en rechtvaardige norm voor een concrete handelingssituatie. Het gebruik van rechtsnormen kan daardoor in principe gepaard gaan met een constitutief aandeel in het ontwerp van die normen. Dit betekent dat het principieel mogelijk is dat rechtsnormen zich ontwikkelen tijdens en door het gebruik ervan in concrete omstandigheden. Vreemd is dit niet. Het rechtssysteem levert hiervoor zelf de benodigde instrumenten, procedures en geformaliseerde rollen en bevoegdheden waarmee het recht vormgegeven kan worden in relatie tot concrete situaties. Bovendien zijn veel juridische begrippen en normen in open termen geformuleerd, zodat zij nader ingevuld kunnen worden in het licht van de omstandigheden van een geval. Abstract gezegd, blijkt hieruit dat de interactie tussen de overheid en de andere actoren bij een handelingssituatie zowel gesystematiseerd als waardegeladen is.

Met het inzicht in de dualiteit van de structuur van het recht is het mogelijk om de verhouding tussen het handelen en het recht te begrijpen zonder uit te komen op een ordeningsbenadering, waarin gedacht wordt dat het handelen systematisch moet worden gekoloniseerd door procedures of autoritaire bevelen.²¹⁴ De dualiteit maakt duidelijk waarom het recht een dubbele lading heeft. Recht verschaft enerzijds vaststaande regels, procedures en hulpmiddelen voor het handelen van actoren. Maar voor zijn gelding en toepassing is recht afhankelijk van het gebruik ervan in de sociale werkelijkheid (al dan niet bewust of intentioneel).

De zachte kern van het recht wordt gevormd door bemiddelende begrippen, die alleen zinvol kunnen worden gebruikt als het recht zijn beloop kan krijgen in een open ruimte van debat en argumentatie over en weer.²¹⁵ Om deze zachte kern zit een harde schil van de beslissingsmacht die bepaalde autoriteiten kunnen uitoefenen, zoals bestuursorganen of rechters. Deze harde schil is het institutionele aspect van recht, waaraan twee functies kunnen worden verbonden.

1. De keuzeruimte voor actoren om te bepalen wat in hun handelingssituatie de toepasselijkheid en betekenis van rechtsnormen is, wordt georganiseerd binnen het kader van een geïnstitutionaliseerd proces met juridisch gedefinieerde rollen.
2. Nadat de geïnstitutionaliseerde procedures met succes zijn doorlopen, is voorlopige rechtszekerheid ontstaan over de betekenis van de rechtsnormen (rechtsregels, beginselen) voor het handelen van de betrokken actoren en indirect ook

²¹³ Smith (2009), p. 224 en p. 222.

²¹⁴ Giddens (1984), p. 181.

²¹⁵ Foqué (1998), p. 17.

voor de rechtsgemeenschap in zijn geheel. Waarbij kan worden gesteld dat de rechtszekerheid die ontstaat door een juridische beslissing, altijd een voorlopige is.²¹⁶ Immers, iedere beslissing na een procedure is in principe vatbaar voor correctie. Binnen de tijdslijn van het rechtsgeschil kan dat gebeuren in (hoger) beroep en buiten die tijdslijn kan bijstelling plaatsvinden als in nieuwe maar vergelijkbare situaties in een bepaalde mate wordt afgeweken van het ‘handelingsontwerp’ dat met de voorliggende beslissing is meegegeven.

Met deze metafoer van de harde schil en zachte kern van het recht kan worden verklaard waarom mensen zich op rechtsnormen oriënteren, zonder dat dit automatisch is verbonden met een bevelsmacht van een overheid of een wettelijke rechtszekerheid.

Recht gaat niet over het ‘naleven van regels’ maar over ‘interactie met normen’. Dit heeft consequenties voor de mogelijkheden van de overheid om door middel van rechtsregels en instrumenten maatschappelijke activiteiten te sturen, zoals is geconstateerd door Schuyt.

*De instrumentalistische visie op recht moet derhalve zowel normatief als empirisch als te simplistisch worden beoordeeld. Sturing door recht zal principieel moeten uitgaan van een zelfstandige rol van recht en rechtinstellingen, waarbinnen een bepaalde graad van sturing door de overheid kan worden bereikt.*²¹⁷

Wat uiteindelijk telt voor de sociale werking van recht, is de vraag of het bereikte resultaat aansluit bij de context waarin het recht is toegepast. De consequentie hiervan is dat de architectuur van het recht uit twee elementen bestaat. Het eerste element is een *institutioneel kader* met toewijzing van juridische status en rollen, beslissingsmacht, procedurele voorzieningen, rechtsregels. Het andere element is *open argumentatieve ruimte* die met het kader is meegegeven en waarin betekenisclaims en constructies van de werkelijkheid met elkaar kunnen worden geconfronteerd en waarbij de uitkomst voorlopig zekerheid verschaft.²¹⁸ Normen en waarden representeren immers geen toestanden of onwrikbare waarheden in de werkelijkheid. Zij verschaffen normatieve betekenissen die interactie (het sociale handelen) mogelijk maken. Deze architectuur van het recht maakt dat recht een regulerend fenomeen is, waarvan de grondstructuur gebaseerd kan worden op normatieve interactie.²¹⁹ De omgangsvormen tussen actoren en hun individuele doeleinden worden bemiddeld door de normen van het rechtssysteem. Dat systeem is als een bemiddelend conceptueel netwerk voor het handelen, waarbij het systeem de constitutieve voorwaarden levert voor de mogelijkheid om rechtsgevolgen aan handelingen te verbinden. In dit verband kan worden gewezen op een ‘merkwaardige paradox’ die door Loth is geconstateerd.

²¹⁶ Loth/Gaakeer (2002), p. 90.

²¹⁷ Schuyt (1991), p. 199.

²¹⁸ Loth/Gaakeer (2002), p. 90.

²¹⁹ Vgl. Foqué/t Hart (1990), p. 118.

*Enerzijds is de onherleidbare pluriformiteit in opvattingen en leefstijlen een noodzakelijke eigenschap van het publieke domein. (...) Conflicten zijn daarmee het noodzakelijke en zelfs wenselijke gevolg van een pluriforme en vrije samenleving. Anderzijds dienen die conflicten hanteerbaar te worden gemaakt en in een gezaghebbend oordeel te worden omgezet.*²²⁰

De paradox is dat sociale conflicten onvermijdelijk beëindigd moeten worden, terwijl deze conflicten tegelijkertijd wenselijk en nodig zijn voor het voortbestaan van de rechtsorde in een pluralistische sociale werkelijkheid. Het rechtssysteem is bedoeld voor beide aspecten. Het levert de instrumenten voor het beëindigen van conflicten door middel van bindende beslissingen en het is tegelijkertijd het theater van de publieke moraal (zie § 2.3.4). Waarbij moet worden opgemerkt dat het instrumentele gebruik van het recht niet louter een procedurele kwestie is. Recht is tijd- en plaatsgebonden. Met het recht zoals dat in een sociale context geldt, kan de interactie tussen partijen tot een voorlopig eindresultaat kan worden gebracht in de vorm van een juridische beslissing. Iedere juridische procedure heeft daarom een sociaal-juridische inhoud en het instrumentele aspect van het recht is nooit inhoudsloos. Want met de juridische beslissing ontstaat voorlopige zekerheid over de bestaande rechten en plichten in het voorliggende geval. Tegelijkertijd ontstaat een min of meer nieuw product van recht, dat nuttig is voor het publiek in zijn algemeenheid.

2.3.7. De werking van rechtsnormen

Met het voorgaande is de basis gelegd voor een verklaring van de werking van rechtsnormen. Handelingen zijn demonstraties van handelingsontwerpen en voor iedere demonstratie geldt dat die meer of minder geslaagd kan zijn. Dit is meetbaar volgens een *maatstaf* voor de mate waarin een demonstratie juist is.²²¹ Een ander woord voor maatstaf is de term 'norm'. Deze term kan in het voetspoor van Glastra van Loon een ruime betekenis worden gegeven, in de zin dat een 'norm' een maatstaf is voor de interpretatie van een handeling als zijnde de juiste handelingen om een bepaald resultaat te bereiken.²²² Wat een 'juiste' handeling is, hangt dan dus af van de verbinding tussen het normatieve kader en de context van het geval.

In het gangbare spraakgebruik zijn 'normen' gelijksoortig aan 'bevelen' of 'voorschriften'. Daardoor lijkt het erop dat 'normen' altijd 'imperatieven' van een bevelhebber of wetgever zijn. Glastra van Loon heeft echter beschreven dat dit niet de juiste betekenis van de term 'norm' is. Hij komt tot deze conclusie op basis van het inzicht dat 'bevelen' en 'normen' niet hetzelfde zijn. Analytisch gezien verschilt normativiteit van imperativiteit en het is daarom mogelijk om 'normen' van 'bevelen' te onderscheiden. Beide bepalen de verhoudingen tussen mensen, maar de wijze waarop een norm dit

²²⁰ Loth (2005), pp. 64-65.

²²¹ Glastra van Loon (1956), p. 162.

²²² Glastra van Loon (1956), p. 184

doet is een geheel andere dan die van een bevel. Terwijl een bevel een gebod of verbod is, is een rechtsnorm een maatstaf waarlangs mensen hun verwachtingen afstemmen over wat zij van elkaar mogen verwachten in hun omgang met elkaar.

*De norm bepaalt tussenmenselijke verhoudingen op een vergeleken met het bevel indirecte wijze: de norm zegt niet, wat een geadresseerde moet doen of laten, maar wat hij van anderen en anderen van hem mogen verwachten.*²²³

De term 'norm' is dus een maatstaf voor de beoordeling of sprake is van de juiste handeling, dat wil zeggen of met de handeling een bepaald resultaat kan worden verwacht.²²⁴ Deze 'norm' kan worden beschouwd als het genus van de 'rechtsnorm'. Een rechtsnorm is dan een *juridische maatstaf* voor de beoordeling een handeling (juridisch geïnterpreteerd).²²⁵

Door de rechtsnorm aldus op te vatten als maatstaf wordt iedere juridische beoordeling van een handeling afhankelijk van wat in een bepaalde situatie als juridisch handelingsontwerp kan worden aangewezen.²²⁶ Daarbij blijken rechtsregels verschillende kwaliteiten te hebben:

1. rechtsregels die uitsluitend imperatief zijn, dat wil zeggen een gebod of verbod om X te doen of na te laten,
2. rechtsregels die uitsluitend normatief zijn, dat wil zeggen een meer of minder harde maatstaf geven voor juist handelen,
3. rechtsregels die zowel imperatief als normatief zijn, dat wil zeggen dat een instantie met de regel kan gebieden of verbieden omdat handeling X een juiste handeling is.²²⁷

Met Hildebrandt kan worden geconstateerd dat dit kwalitatieve verschil tussen rechtsregels gevolgen heeft voor de *functie van rechtsnormen*. De imperatieve functie speelt alleen voor zover sprake is van een *verticale verhouding* tussen overheid en burger. Dit in tegenstelling tot de normatieve functie die in *horizontale verhoudingen* speelt en waarbij het onderscheid tussen overheid en burger er niet toe doet voor de gelding van de norm. De norm functioneert in de horizontale verhouding tussen normadresaten onderling, als maatstaf waarop zij hun verwachtingen afstemmen.

*Vanuit het normatieve aspect bezien wij de norm als norm, terwijl wij vanuit het imperatieve aspect de norm als voorschrift bezien.*²²⁸

Dit leidt tot het volgende onderscheid in functies van rechtsnormen;

- de rechtsnorm *als voorschrift* heeft betrekking op de imperatieve functie;
- de rechtsnorm *als norm* heeft betrekking op de normatieve functie.

Hildebrandt concludeert dat een *norm* die geen aanspraak kan maken op erkenning door wetgever of rechter, buiten het rechtssysteem valt en alleen als sociale norm functioneert.²²⁹ Daarmee maakt zij duidelijk dat 'rechtsnormen' alleen zin hebben

223 Glastra van Loon (1956), p. 213.

224 Dit in aansluiting bij Glastra van Loon (1956), p. 184

225 Vrij naar Glastra van Loon (1956), p. 164.

226 Glastra van Loon (1956), p. 176.

227 Glastra van Loon (1956), p. 211. Daarover: Hildebrandt (2002), p. 68 e.v.

228 Hildebrandt (2002), p. 68.

229 Hildebrandt (2002), p. 69.

voor zover sprake is van een rechtssysteem. Want uit de algemeen geldende verhouding tussen handelingsontwerpen en de publieke ruimte volgt dat juridisch handelingsontwerpen in verhouding tot een juridische ruimte moeten staan die als een conceptueel netwerk over deze ontwerpen is geworpen. Deze juridische ruimte kan ook worden gedefinieerd als 'rechtssysteem'. In dit systeem wordt geregeld welke combinaties van handelingen onder het gezag van rechtsnormen vallen,

*zó behoren deze handelingen zich tot elkaar te verhouden, wil deze of gene rechtstoestand intreden.*²³⁰

De noodzakelijke voorwaarde van het bestaan van een rechtssysteem is dat een verzameling mensen zich min of meer duurzaam hebben verbonden tot een rechtsgemeenschap. De afgeleide hiervan is dat die gemeenschap dient te beschikken over organen die op gezaghebbende wijze de betekenis van een handeling kan vaststellen.²³¹ Als dat niet zo zou zijn dan gold overal en altijd het recht van de sterkste, omdat in beginsel aan iedere handeling 'normatieve kracht' toekomt, dus ook aan de handelingen van 'slechteriken'.²³² Om deze reden is het een algemeen geaccepteerd uitgangspunt dat de instituten van de rechtsstaat regels kunnen stellen en handhaven. Deze 'rechtsnormatieve kracht' is echter geen kwestie van overheidsmacht, maar is een afgeleide van de redelijke toepassing van het conceptuele netwerk van het recht, door de organen die maatschappelijk belast zijn met het beheer van dit netwerk. De zekerheid die het rechtssysteem te bieden heeft, is daarom niet dat de samenleving *geordend* wordt op een vooraf vaststaande manier, maar dat de professionele gebruikers van het recht (wetgever, bestuurders en rechters) voor *coherentie* kunnen en moeten zorgen in het rechtssysteem.²³³

2.4. Norm en interactie, ook in het milieurecht

De maatstaven voor het handelen zijn als regels voor een spel. Ze worden aangeleverd door de spelsystemen van de samenleving, met name door het recht en de economie. Eenmaal gevangen in het conceptuele netwerk van deze systemen, wordt het handelen daardoor in grote mate bepaald en beperkt. Totdat de systemen worden aangepast of doorbroken. Dit is principieel mogelijk omdat sociale structuren zoals het rechtssysteem altijd contextueel gebonden zijn aan de tijd en plaats van het sociale handelen. Dit is omschreven als een dualiteit van de structuur.²³⁴

In de bestuurskunde en sociologie is vanaf de jaren '70 van de vorige eeuw gaandeweg het inzicht ontstaan dat de invloed van de overheid op het maatschappelijke samenleven van karakter is veranderd. Het klassieke beeld van de overheid die het gedrag van maatschappelijke actoren ordent en handhaaft via een regelsysteem (*command and control*) en die daarmee bepaalde sociale gebeurtenissen entameert of tegenhoudt,

²³⁰ Glastra van Loon (1956), p. 231.

²³¹ Glastra van Loon (1956), p. 203 en 215. Ook: Bruggink (1992).

²³² Zie daarover: Hildebrandt (2002), p. 75.

²³³ Vrij naar Smith, C.E. (1998), stelling 8 en § 3.8.

²³⁴ Giddens (1984), p. 132.

sluit niet aan bij de werkelijkheid van de moderne samenleving. Dit komt met name doordat de wereld individualiseert en globaliseert, waardoor de soevereiniteit van het economische en politieke beleid dat van oudsher binnen de staatsstructuur wordt gevoerd, onder druk staat. Natuurlijk treedt een overheidspartij soms nog wel dominant op in een rechtsverhouding, op basis van de klassieke verworvenheden van de staat (zoals door de inzet van handhaving of via een vergunningbesluit). Maar steeds vaker is sprake van een afzijdige, afwezige of onderhandelende overheid. Ook in situaties waarin het bestuur een beschikking vaststelt, is vaak geen sprake van een bevelsmacht maar van onderhandelingen over de inhoud van het besluit. Het zijn dan de andere actoren, dus de aanvrager en belangengroepen, die feitelijk de meeste invloed hebben op de gang van zaken.

Ook in het milieurecht is dit effect van de ontwikkeling van de moderne samenleving duidelijk waarneembaar. Steeds vaker bestaat de rol van de overheid niet uit het top-down 'ordenen en controleren' van milieurelevante activiteiten, maar uit het 'beïnvloeden, aanpassen en bijsturen' van sociale keuzeprocessen van mensen en bedrijven. Het doel is dan niet de ordening van gedrag maar het bevorderen van redelijke en milieuverantwoorde handelingen van actoren (hierover meer in hoofdstuk 3).

Het Archimedisch punt van normatieve interactie is dat de betekenis van een handeling niet zuiver egoïstisch kan worden bepaald, enkel vanuit het gezichtspunt van een feitelijk handelende persoon. Interactie is nooit louter individueel of louter verbonden aan het doel van de concrete betrokkenen bij een concrete handelings situatie. In interactie speelt het gezichtspunt van de positie van anderen altijd een latente of prominente rol. Die anderen zijn niet de betrokken deelnemers aan de interactie, maar anderen uit het geformaliseerd publiek (*generalized others*). Hieruit volgt dat het concrete handelen van de één *normatieve waarde* heeft voor anderen. En deze normatieve waarde van het handelen kan in principe in iedere interactie worden ingelezen: "*als je in een bepaalde context handelt, dan behoort je in die context zò te handelen*". Dit inzicht is een centraal thema in het werk van de filosoof Toulmin. Hij heeft geanalyseerd dat menselijke beslissingen altijd zijn samengesteld uit een combinatie van inzichten of standpunten over harde feiten, gedeelde waarden en concurrerende belangen.²³⁵ De interpretaties die hierover worden gemaakt bij een beslissing, kunnen niet waarde vrij zijn. Dit heeft implicaties voor het recht, omdat het onvermijdelijk betekent dat rechtsregels evenmin waarde vrij gedacht kunnen worden, doch waarde geladen constructies zijn. Hierdoor is in het recht altijd sprake van een vermenging van *is* and *ought*.²³⁶

2.4.1 De contextualisering van het milieurecht

In het perspectief van normatieve interactie is de betekenis van milieurechtsnormen geen eenmalige kwestie van het vaststellen 'wat de norm is'. Dat komt doordat rechtsnormen in het algemeen niet louter een historische betekenis hebben die afgeleid kan worden uit de teksten van het primaire totstandkomingsmoment. Normen hebben

²³⁵ Toulmin (2001), p. 198 en 251.

²³⁶ Vgl. Scholten, (1931), p. 35; Smith, C.E. (2009), p. 203.

daarnaast en daarboven een betekenis die tijdens het gebruik van de normen tot stand komt. Anders gezegd, in plaats van de wetshistorisch-grammaticale uitleg van normen is sprake van een normatieve uitleg,²³⁷ op basis van een continu leerproces in de rechtspraktijk. Dit wil zeggen dat de betekenis van normen weliswaar historisch verbonden is met sociale en wetgevende activiteiten die eerder in de tijd werden ondernomen,²³⁸ en dat betekenissen producten zijn van historische omstandigheden.²³⁹ Maar de normatieve interpretatie gaat verder dan dit gegeven, omdat mensen in nieuwe omstandigheden in staat zijn om zinvol met rechtsnormen om te gaan. In wijzigende omstandigheden kunnen mensen hun handelen aanpassen aan de omstandigheden van het geval. Om deze reden is juridisch taalgebruik niet historisch, maar contextueel.²⁴⁰ Het historische maakt uiteraard wel onderdeel uit van die context en de sociale werkelijkheid bestaat daarom uit een *'preinterpreted world'* die in taal wordt overgeleverd.²⁴¹ Het gebruik van normen is na de totstandkoming ervan echter geen onveranderlijk gegeven.

2.4.2. *Rechtsnormen zijn contextuele constructies*

De afstemming van het handelen op (wettelijke) regels is in 'gewone zaken' vanzelfsprekend en lijkt soms zelfs van een statische onomstotelijkheid.²⁴² Voor de betrokkenen ligt de rechtsnorm gereed, dankzij de gelding van de wet of andere rechtsbronnen. En bij het gebruik van deze 'gereedliggende normstelling',²⁴³ wordt de juistheid en rechtvaardigheid ervan voetstoots aangenomen. Dit wil zeggen dat de norm als vanzelfsprekend wordt gebruikt en als rechtvaardig voor het handelen wordt beschouwd: de rechtsregel behoeft kennelijk geen nadere interpretatie en de toepasselijkheid ervan springt als het ware van het papier.

*Het bestaan van huis-tuin-en-keukengevallen, van gevallen waarvan wij in één oogopslag zien dat zij onder het toepassingsbereik van een regel vallen (...) bevestigt dat het recht een kern bezit over de betekenis waarvan 'officials and private individuals' het eens zijn.*²⁴⁴

In betwiste situaties komt echter aan het licht, dat iedere norm in principe een 'contextuele constructie' is.²⁴⁵ In beeldend taalgebruik schrijft Heldeweg dat rechtsnormen 'poreus' zijn.

Wat we ook proberen, er is geen enkel empirisch begrip zo te preciseren dat een blijvend sluitende definitie ontstaat (...). Wij zijn, met andere woorden, slechts in staat tot het geven van "open omschrijvingen" van empirische begrip-

237 Vgl. Van Dunné (1971), m.n. pp. 222 e.v.

238 Hughes/Sharrock (1997), p.150.

239 Kees Vuyk in zijn inleiding op Rorty (1992), p. 9.

240 Taekema/Loth/Gaakeer (2011).

241 Hughes/Sharrock (1997), p. 121.

242 Hart (1961), 135.

243 Loth/Gaakeer (2002), p. 165.

244 Smith, C.E. (2009), p. 214.

245 Loth/Gaakeer (2002), p. 165.

*pen. Aan een eenmaal gegeven omschrijving van een begrip kunnen immers altijd weer nieuwe kenmerken worden toegevoegd.*²⁴⁶

De poreusheid van een norm is geen ontwerpfout, die een wetgever zou moeten willen herstellen. Het is het gevolg van het principe dat iedere norm vatbaar is voor een specificatie van zijn betekenis voor een concreet geval. Dit is door de Engelse rechtsfilosoof Hart bestempeld als de 'open texture' van rechtsregels.²⁴⁷ Zelfs de meest specifieke en duidelijk geformuleerde rechtsregels zijn een constructie van de taal en in het gebruik ervan kan de gebruikswaarde worden aangepast.

*De toepassing van het recht impliceert de toepassing van algemene begrippen in concrete situaties, waardoor een kloof moet worden overbrugd. De taal zelf kan die kloof niet overbruggen, zij is niet self-applying.*²⁴⁸

Ieder talig begrip, en dus ook iedere rechtsnorm, is in principe vatbaar voor conceptuele ontwikkeling, in het licht van de omstandigheden van het geval. En dit geldt voor iedere rechtsregel: iedere bestaande constructie kan op een bepaald moment in een bepaalde casus problematisch zijn of worden en daarom aanleiding geven voor een bijgestelde of nieuwe contextuele constructie.²⁴⁹ Partijen doen dan een beroep op andere rechtsbronnen of claimen verschillende interpretaties.²⁵⁰ Dit leidt tot een conclusie van algemene aard, die in alle eenvoud al eens is verwoord door Koen Raes: er is geen contextloos recht.²⁵¹ Dit geldt ook milieurechtelijke normen, zoals door Ebbesson is beschreven.

*International as well as national law is formed by a conglomerate of norms, expressed through standards, rules, regulations, principles, guidelines, decisions, recommendations, and resolutions of different normative structure and status. When, in a particular case, it is determined whether a state or an individual behaves lawfully, these normative expressions interact and must be considered jointly and contextually.*²⁵²

Maar er is meer aan de hand met de contextuele constructie van normen, naast de *open texture*. Want, ook al is de betekenis van een rechtsregel nog zo klip en klaar, dan betekent dat nog niet dat de toepassing ervan in een bepaald geval automatisch tot de realisatie van de achterliggende publieke waarden, oftewel de *pointe* van het recht leidt.

2.4.3. De actor en de normatieve waarde van zijn handelen

De constatering in welke mate de toepassing van een regel bijdraagt aan de realisatie van de *pointe* van het recht, is een kwestie van *waardering*.²⁵³ Valt de waardering nega-

246 Heldeweg (1993), p. 22, onder verwijzing naar Waismann (1951).

247 Hart (1961), p. 128 en p. 135, onder verwijzing naar Waismann (1951).

248 Loth (2008), p. 93.

249 Loth (1998), p. 295.

250 Loth/Gaakeer (2002), p. 165.

251 Raes (1987), p. 115.

252 Ebbesson (1996), p. 77.

253 Smith, C.E. (2009), p. 210.

tief uit, dan is de toepassing van de rechtsregel niet evenredig. Dit is het gevolg van de substantiële rationaliteit van het recht, wat Maris tot de conclusie heeft geleid dat een juridische constructie moet voorzien in een maatschappelijke behoefte.²⁵⁴ Dat strookt met het inzicht dat iedere handeling van een actor niet louter een feitelijke daad van een individu is, maar tevens een normatieve gedraging in een sociale context (§ 2.3.3). In ieder ontwerp van een handeling zit de positie van andere actoren reeds ingebakken. De identificatie van deze normatieve waarde verschaft een identiteit aan degene die de handeling verricht, onder het motto; zo behoort diegene te handelen als hij de handeling verricht. Aan de identiteit is ook een belang verbonden en een rolopvatting van de actor ten opzichte van de belangen en rollen van de andere (gegeneraliseerde) actoren. Dit zit in het handelingsontwerp ingebakken (zie § 2.3.3 en § 2.3.4).

In het voorgaande is al regelmatig gebruik gemaakt van het begrip 'actor'. Dit is geen vanzelfsprekend begrip, zodat toegelicht moet worden wat hier onder een 'actor' wordt verstaan. Daarbij moet tevens worden ingegaan op de relatie tussen een handeling van een actor en een of meer andere (gegeneraliseerde) actoren. Dit is met name relevant voor de begripsvorming van 'duurzaam handelen'. Duurzaamheid richt zich op de behartiging van toekomstige belangen van andere mensen en op belangen van mensen die in andere delen van de wereld leven. Het is de vraag hoe zij als actoren betrokken kunnen raken bij een handelingsontwerp in het hier en nu.

Dit vereist eerst een korte toelichting op de gangbare uitleg van het begrip 'actor'. Door Gazendam is een bruikbare omschrijving gegeven.

*Een actor is een entiteit die zelfstandig activiteiten uitvoert gebruik makend van regels, een programma of een script, en die daarbij adequaat reageert op de omstandigheden door min of meer intelligente beslissingen te nemen.*²⁵⁵

De actor is dus zelfstandig en reflexief ten opzichte van zijn omgeving. Nu klinkt dit nog rijkelijk vaag, maar dat is juist de kracht van het begrip. Het is namelijk zo, zoals Loth heeft gesteld, dat het actor-begrip een concept is dat verschillende doch verwante verschijnselen dekt.

*De verwantschap schuilt in de inbreng en invloed in een handelingscomplex, en de verschillen in de aard en omvang van die inbreng en invloed.*²⁵⁶

Op basis van dit contextuele actorbegrip is Loth nader ingegaan op de vraag naar de identificatie van actoren. In zijn eenvoudigste vorm is de identiteit van de actor die een handeling uitoefent of die de intentie daartoe heeft, direct af te leiden uit de identificatie van de handeling.²⁵⁷ In complexere gevallen vraagt de identificatie van de actor een nadere analyse van de handelings situatie, in de context van vragen zoals:

- *wat* heeft hij/zij gedaan?
- *wie* heeft dat gedaan?

Vanuit dit startpunt kan het actor-begrip worden uitgebreid met de identificatie van

²⁵⁴ Maris (1996), p. 24.

²⁵⁵ Gazendam (1997), p. 13, met lit. verw.

²⁵⁶ Loth (1988), p. 253.

²⁵⁷ Loth (1988), p. 256.

de andere actoren, die de rol hebben van 'generalized others'. Daarover kan gesteld worden dat hun identiteit afhangt van de identificatie van de sociale context waarin de handeling geplaatst moet worden. Door de filosoof Giddens is beschreven dat deze identificatie van de sociale ruimte niet zomaar een feitelijk gegeven is, maar neerkomt op analyse van de tijd- en plaatsgebonden context waarin de handeling wordt verricht.²⁵⁸ Hij noemt dit de 'positionering' van de actor in de tijd en ruimte.

*Finally, each person is positioned, in a 'multiple' way, within social relations conferred by specific social identities; this is the main sphere of application of the concept of social role.*²⁵⁹

In een eenvoudige sociale context zal sprake zijn van nabijheid en gelijktijdigheid: de actoren zijn identificeerbaar omdat zij op hetzelfde moment in hetzelfde gebied zijn waar de handeling wordt verricht. Neem als voorbeeld de omwonenden van een bouwplaats, de burens van een nachtcafé. Hun geschil over de interpretatie van een norm is direct gerelateerd aan hun sociale context.

Het abstracte begrip 'actor' is echter geschikt om er een nieuwe betekenis aan toe te voegen. In aansluiting bij de inzichten van Zijdeveld en Hannah Arendt (zie § 2.3.3) kunnen bij een handeling andere actoren betrokken zijn, in de aanwezigheid van een 'geformaliseerd publiek'. Dit publiek bestaat niet uit concrete individuen, maar uit 'generalized others'. Met deze formalisering van het actorbegrip is het mogelijk een handeling in het perspectief te zetten van de verwachtingen en posities van de publieke opinie (zie § 2.3.4). Hiervoor bestaat mijns inziens aanleiding, omdat het begrip 'duurzaam handelen' ons noodzaakt om een bijzondere categorie actoren aan de handlingscontext toe te voegen, die niet zo eenvoudig herkenbaar zijn via bovengenoemde criteria van nabijheid of gelijktijdigheid. Neem het voorbeeld van een slachtoffer van een milieuramp op grote afstand van de ramplocatie (geen nabijheid) of een lid van een toekomstige generatie die geconfronteerd zal worden met de gevolgen van deze ramp in de huidige tijd (geen gelijktijdigheid). De vraag naar de identificatie van deze actoren, dat wil zeggen naar de vraag of zij te identificeren zijn als actoren aan wie een normatieve positie verleend moet worden bij het ontwerp van een handeling, in het hier en nu, kent dus verschillende abstracties van de context. Deze identificatie valt te vangen in vragen zoals;

- *wat* doet de handeling met/voor anderen, hier en nu dan wel elders of later?
- *wie* zijn bij de totstandkoming/uitvoering/evaluatie van de handeling betrokken, hier en nu dan wel elders of later?

Of het nu gaat om de verrichting van een milieubelastende activiteit of om het verkrijgen van sociale bijstand, het uitoefenen van democratische rechten, het vragen van overheidsinformatie: telkens blijkt een actor-als-individu een actor-in-het-publiek-domein te zijn. Hierbij is de actor geen object van overheidsmacht, maar een vrije

258 Giddens (1984), p. 4 en p. 132.

259 Giddens (1984), p. xxv.

actor die zich tegelijkertijd wel gebonden weet aan het referentiekader van de democratische rechtsstaat (rechtsorde) en aan de *pointe* van het recht (rechtsbewustzijn). Hierdoor is de vrijheid om naar eigen belang te handelen niet waardevrij: belangen zijn onlosmakelijk verbonden met waarden.²⁶⁰

En doordat actoren gebonden zijn aan het publieke referentiekader houden zij dat kader tevens in stand. Met dien verstande dat altijd de principiële mogelijkheid bestaat dat het referentiekader bewust ofwel onbewust wordt aangepast aan de omstandigheden van hun geval. Dit principe werkt op geheel andere wijze dan wordt veronderstelt in de ordeningsbenadering, waarin actoren als onderdanen van overheidsmacht worden gezien.

Macht heeft te maken met het permanente verschijnsel van conflict en onderhandeling tussen mensen over hun verschillende meningen, wensen en belangen. De beslechting hiervan vereist macht om een oplossing te forceren. Klassiek is natuurlijk de machtspositie op basis van geweld: het recht van de sterkste is beslissend voor de uitkomst. Maar deze conceptie van 'macht' past niet bij de culturele opvatting van de liberale democratische rechtsstaat. Daarin is de kwestie van feitelijke macht uitgewerkt tot een geraffineerd systeem van regulerende macht van het recht, gericht op de beheersing en oplossing van conflicten via interactie binnen het conceptuele netwerk van het recht (zie § 2.3.6). Ook daarom is de ordeningsbenadering 'over datum'. Dit is eerder al scherp geconcludeerd door Van Gunsteren.²⁶¹

*Er is veelheid, verscheidenheid, vaagheid en veranderlijkheid der wetten; de communicatie kanalen die de wettelijke boodschap moet doorlopen zijn gecompliceerder geworden. Bovendien zijn er belangrijke verhoudingen tussen burger en administratie die niet of slechts nominaal door de wet geregeld worden.*²⁶²

Het rechtssysteem moet niet worden gebaseerd op centrale ordening door overheidsmacht, maar op de normatieve waarde die het heeft voor het handelen door actoren. Al sinds het Romeins recht is bekend dat deze waarde in zijn meest algemene vorm uit twee algemene en sturende handelingsmaatstaven bestaat.²⁶³ Enerzijds geldt de maatstaf dat actoren vrij zijn om te handelen, tenzij zij daarmee onrechtmatige schade toebrengen aan de vrijheid van anderen. Anderzijds en tegelijkertijd geldt ook het principe dat actoren op voorhand rekening dienen te houden met de belangen van andere partijen, waar zij hun handelingsruimte op moeten afstemmen.²⁶⁴ Dit vloeit voort uit de gedachte dat het recht niet alleen een systeem van legitimatie van vrijheid en beslechting van geschillen is (toepassing van de eerste maatstaf), maar tevens strekt tot de juridisering van goede onderlinge omgangsvormen tussen burgers, organisaties en overheidsinstanties (toepassing van de tweede maatstaf). Vanuit dit laatste perspectief zijn belangen alleen iets waard met het oog op de belangen van anderen.

²⁶⁰ Toulmin (2001), p. 199.

²⁶¹ Van Gunsteren (1972), pp. 111-112 en 208-209.

²⁶² Van Gunsteren (1972), p. 208.

²⁶³ Ebbesson (1996), p. 11. Hierover: Borgers/Van der Heijden (2011), p. 66.

²⁶⁴ Vranken (2010), p. 449.

De maatstaven zijn eeuwenoud, maar zij concretiseren zich nog steeds in de regulering van het handelen in onze samenleving. Waarbij de tijdgeest soms het ene en soms het andere principe zwaarder zal laten doorwegen in de wijze waarop actuele keuzen worden gemaakt in de politieke arena. Dit werkt door in het milieurecht. Aan de ene kant wordt met dit rechtsgebied gereguleerd welke gedragingen ‘verboden’ of ‘geboden’ of ‘ongeregeld’ zijn, dus waar de handelingsvrijheid wordt begrensd door de rechten van anderen. Hiermee wordt de eerste maatstaf concreet. Aan de andere kant is het milieurecht gebaseerd op de mogelijkheid van de afweging van verschillende belangen in de context van de concrete omstandigheden van een geval. Deze belangenafweging geeft uitdrukking aan de tweede maatstaf, dat betrokken actoren zoals de initiatiefnemer van een milieubelastende activiteit en de betrokken overheidsinstanties en de derdebelanghebbenden rekening dienen te houden met de posities en belangen van alle anderen.

In de belangenafweging wordt een handeling geconfronteerd met het algemene belang bij de casus. Dit gebeurt door middel van de sociale werking van het recht. Iedere uitkomst van een juridisch oordeel is een voorlopige betekenisverlening aan de waarde van het algemeen belang voor een concreet geval. Dit oordeel vereist een legitimerend proces van oordeelsvorming. Het is met name Foqué die hierover een vernieuwend inzicht heeft ontwikkeld. Volgens hem is in de publieke ruimte van het recht een *grondstructuur van begrippen* aanwezig, die zowel intern als extern aan het feitelijk geldende positieve recht zijn (zie § 2.3.4). Dat komt omdat (juridische) begrippen nooit volledig gelijk zijn aan de feitelijkheid; er is ook sprake van een ‘*contrafactische*’ betekenis. In de praktijk worden begrippen zoals rechtshandeling, bevoegdheid, subjectief recht, overeenkomst en vergunning weliswaar zodanig routinematig gebruikt dat zij meestal geen verdere reflectie nodig hebben. Maar reflectie op dit gebruik is in principe wel altijd mogelijk en soms feitelijk nodig om recht te doen aan achterliggende waarden en beginselen.²⁶⁵

*Juridische begrippen, leerstukken, regels en beginselen drijven op de kurk van de wijze waarop de mens aan zijn wereld zin en betekenis verleent.*²⁶⁶

Tijdens het gebruik in de praktijk kunnen rechtsnormen zich conceptueel ontwikkelen, juist vanwege de grondstructuur van onderbepaalde begrippen. Ongeacht de variatie in contexten waarin het recht wordt toegepast en zelf tot ontwikkeling komt, blijft het recht toch een *coherent* referentiekader waarin en waarmee actoren hun ervaringen en intenties kunnen ordenen en nastreven. Het recht begeleidt dit handelen doordat het zowel in het handelen opgaat als daaraan voorafgaat. Daarbij maakt het recht ook zelf een ‘ontwikkelingsgang’ door.²⁶⁷

*Er is in het recht continuïteit, een gestage ontwikkeling.*²⁶⁸

²⁶⁵ Loth (1998), p. 302.

²⁶⁶ Foqué (1992), p. 7.

²⁶⁷ Scholten (1931), pp. 35, 77, 78.

²⁶⁸ Scholten (1931), p. 35.

De afstemming van de intenties en verwachtingen van actoren op die van generaliseerde anderen en de afweging van hun belangen wordt bemiddeld door het coherente referentiekader van het recht. De wijze waarop dit in de praktijk plaatsvindt, neemt diverse verschijningsvormen aan: regulerend en beheersend, toetsend en oordelend, oriënterend en richtinggevend.²⁶⁹ In de woorden van Foqué, zijn rechtssubjecten *acteurs* in de publieke ruimte die afhankelijk zijn van andere acteurs met wie zij tot een coherent samenspel moeten komen, tot een samenhangend optreden in het kader van de beheersing, beoordeling of oriëntatie. En daarbij is de ruimte van het recht volgens hem een *leeg podium*, waar geen enkel wereldbeeld of levensbeschouwing een monopolie op de voorstelling bezit.

*De burger van de publieke ruimte is niet het radertje in een sociale mechanica van belangen en behoeften onder de administratie van een social engineer, maar een actor, wiens persoonlijke vrijheid mogelijk wordt gemaakt door pluraliteit en wiens macht wordt bepaald door het vermogen tot samenhandelen met de principieel van hem onderscheiden anderen.*²⁷⁰

Paradoxaal is dat juist de leegte de mogelijkheid biedt om een concreet en passend gebruik te maken van de macht, soevereiniteit, het algemeen belang en de juridische grondbegrippen.²⁷¹ Deze paradox wordt door Foqué omschreven als een *formele topologie*. Dat wil zeggen dat iedere actor, iedere 'acteur', door zijn positie in de publieke ruimte van het recht de beschikking heeft over een referentiekader dat nooit volledig bepaald is. Juist door de onbepaaldheid is de publieke ruimte een *symbolische ruimte* waarin en waarmee de pluraliteit van actoren en de openbaarheid van het handelen is gewaarborgd. De waarborg is hierdoor niet onmiddellijk afhankelijk van het gedrag of de standpunten van de direct betrokken anderen in een handelingssituatie, maar wel van de gedachte aanwezigheid van de *generalized others*. Deze abstracte aanwezigheid van 'anderen' bij het ontwerp van de eigen handelingen is door Hannah Arendt de *formality of the public* genoemd (§ 2.3.3).²⁷²

Het principiële punt is nu, dat de leegte van het recht ruimte biedt voor het oordeel dat in een concreet geval in redelijkheid kan blijken dat het recht aan verbetering of verandering toe is. Niet dat dit dagelijks voorkomt, want de meeste juridische gevallen zijn standaardzaken waarvoor het positieve recht onbetwist richting geeft aan de handelingsruimte van actoren. Maar iedere zaak kan zich ontwikkelen tot een betwist geval, waarin een rechtsnorm zelf ter discussie komt te staan. Dit is geen fout van het recht dat om correctie vraagt, maar een onvermijdelijk gevolg van de conceptuele ontwikkeling van het recht op basis van de lege ruimte.

Zodoende kunnen juridische begrippen en leerstukken, ook in hun logische en systematische zin, gaan functioneren: als stand van zaken

269 Glastra van Loon (1967), p. 85.

270 Foqué (1992), p. 33.

271 Foqué (1992), pp. 30 e.v.; Gribnau (1998), pp. 120-121.

272 Foqué (1992), p. 34; Foqué (1998), pp. 13-14, onder verwijzing naar Arendt, *The Human Condition*.

*van een weten, waarin – eenmaal de confrontatie met de levende werkelijkheid wordt aangegaan – ook een niet-weten zich manifesteren moet.*²⁷³

Dit inzicht houdt in dat de normatieve waarde van het recht deels bestaat uit een juridisch ‘niet-weten’. Dit staat radicaal tegenover de ordeningsbenadering, waarin alleen oog is voor het juridisch ‘wel-weten’ van de overheidsinstellingen. Hierdoor gaat de ordeningsbenadering voorbij aan het proces van legitimering dat nodig is voor de totstandkoming van iedere redelijke beslissing.²⁷⁴ Het belang van het ‘niet-weten’ bij de legitimering van beslissingen kan worden benadrukt met het volgende citaat over het minimale vereiste dat nodig is om geschikt referentiekader te kunnen kiezen.

*Giving reasons requires an acknowledgement of a standard for reason giving, just as the practice of measuring requires a background agreement upon the standards of measurement.*²⁷⁵

Het punt is dat de *background agreement* meespeelt bij iedere interpretatie van regels, procedures en taalspelen. Daardoor is de interpretatie geen aangelegenheid van privépersonen, maar een bezit van *het publieke domein*. Dit is essentieel voor de normatieve interactiebenadering. Mensen hebben weliswaar een ‘persoonlijke ruimte’,²⁷⁶ van waaruit zij handelen op basis van eigen belangen, met eigen doelen en persoonlijke intenties. Maar dit privaat handelen is onlosmakelijk verbonden met het sociale netwerk om hen heen. Die context staat in een groter verband van de publieke opinie, waaronder het rechtsbewustzijn valt. Het sociale netwerk rondom actoren strekt zich uit tot generaliseerde groepen anderen, waaronder ‘de samenleving als geheel’. Een actor heeft daarom met een ander sociaal netwerk te maken dan louter de feitelijke deelnemers aan zijn sociale situatie. In iedere handeling vindt voortdurend maar meestal onbewust afstemming plaats tussen het eigen handelingen met het handelen van de direct betrokken actoren en met een geformaliseerd publiek met een algemeen belang.

Fenomenen zoals egoïstisch gedrag, historische veranderingen en sociaal-culturele variatie zijn in deze benadering geen onverwachte of ongewenste uitzonderingen op de ‘ideale omgangsvormen’. Integendeel, de ideale omgang bestaat in werkelijkheid niet. Onzekerheid, strijd en chaos zijn standaard factoren van de handelingssituaties waarin mensen hun intenties proberen te realiseren. In een ontwikkelde democratische rechtsstaat worden deze factoren echter zoveel mogelijk gestabiliseerd door middel van juridische interactiepatronen. Het recht levert hiervoor het juridisch ontwerp voor de rollen, begrippen en procedures en bemiddelt zodoende tussen het persoonlijke en het publieke domein.

*Het recht kan worden gezien als een taalspel (...), dat wil zeggen als een eenheid van taal, denken en werkelijkheid. De verbinding tussen taal en werkelijkheid wordt tot stand gebracht door betekenissen, begrippen en conceptuele systemen.*²⁷⁷

273 Foqué (1987), p. 78.

274 Foqué (1987), p. 76.

275 Smith, N. (1997), p. 118.

276 Van Ree (1998), p. 214.

277 Loth (1989), p. 306.

De werking van het recht is als een toneelstuk: vol interactie en afstemming van het eigen gedrag op de belangen van anderen. Het recht is als de lege ruimte van het podium. En het overheidsbestuur kan in het toneelstuk optreden. Want de overheid bestaat uit instituten die onderdeel zijn van het geheel van de samenleving. Zonder samenleving geen overheid. De mate waarin de overheid de normen voor het gedrag van actoren kan beïnvloeden, is daarom geen kwestie van eenzijdige ordening en handhaving. Integendeel, de beïnvloeding door de overheid is een kwestie van normatieve interactie in hetzelfde toneelstuk waarin de andere actoren hun spel spelen.

*Een rechtsvormer is actor – met een zekere handelingsvrijheid – én medium.*²⁷⁸

Uit de normatieve interactie benadering volgt dat de overheid weliswaar tot regulering van handelingssituaties in staat is, maar dan wel in afstemming op de sociale verwachtingen van de betrokken actoren. Daarbij hoeft niet te worden ontkend dat rechtsnormen die van overheidswege worden voorgesteld en desnoods gehandhaafd, puur om de reden dat 'de overheid' die normen uitvaardigt, zij bijna onmiddellijk richtinggevend en beperkend kunnen zijn voor de handelingen van actoren en voor de wijze waarop zij hun belangen behartigen.²⁷⁹ Maar het overheidsbestuur overschaduwde dit belangenspel niet als een ordenende moloch, die als het ware buiten de interactie staat. De overheid is als deelnemer of als vertolker van de stem van het geformaliseerde publiek altijd betrokken in (niet buiten) de handelingssituaties die in de samenleving plaatsvinden. Zo bezien, is de overheid te beschouwen als een 'actor'. De legitimiteit en effectiviteit van het overheidshandelen is daarom in hoge mate afhankelijk van de congruentie tussen de sociale verwachtingspatronen in de samenleving en de wijze waarop de geïnstitutionaliseerde overheidsregels en -maatregelen worden voorgesteld en uitgevoerd.²⁸⁰ Het is aan de organen van de staat om de werking van het rechtssysteem aangesloten te houden bij deze sociale werking van (rechts)normen.

2.4.4. *Eenheid in de verscheidenheid van het milieurecht*

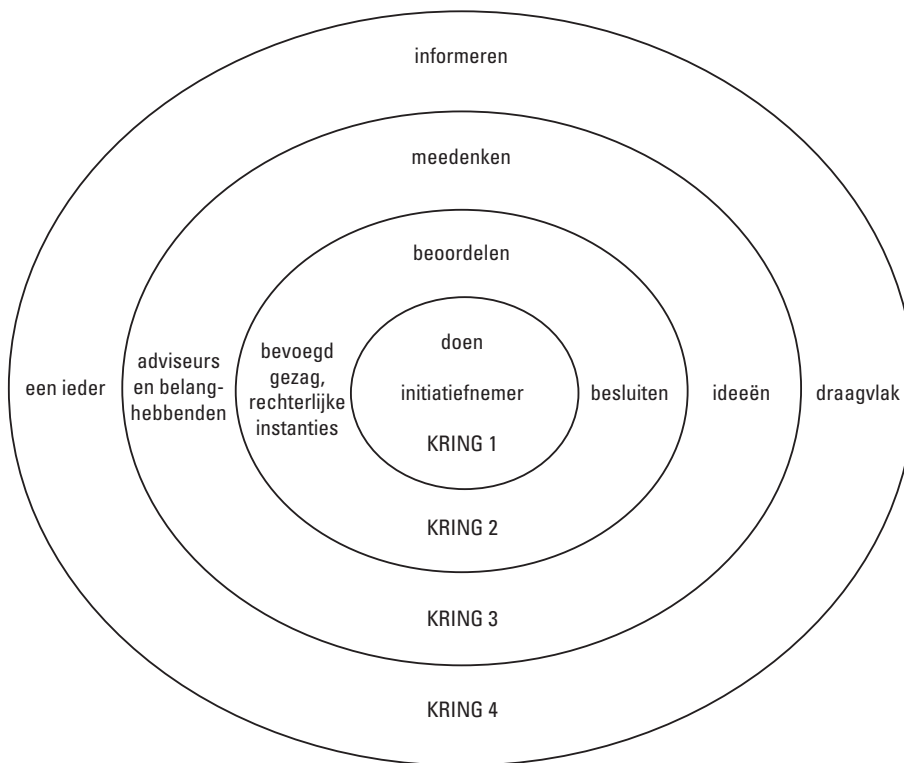
Het belang van de overeenstemming van de regulering van het handelen in verband met het milieubelang en de sociale context waarin deze regulering gebruikt wordt, blijkt vooral bij projecten die niet standaard zijn. Denk aan de ontwikkeling van woonwijken, de herinrichting van bedrijfsterreinen, de aanleg van lokale en bovenlokale infrastructuur en de oprichting of verandering van vergunningplichtige inrichtingen. Voor dit soort projecten leidt het recht soms tot een stapeling van aparte meldingen en vergunningen, zoals de omgevingsvergunning, de watervergunning, de vergunning voor het gebruik van een waterstaatswerk, de huisvestingsvergunning, de horecavergunning, de melding vanwege het Besluit bodemkwaliteit, de monumentenvergunning voor archeologische monumenten en de melding vanwege het Besluit algemene regels voor inrichtingen milieubeheer (Activiteitenbesluit). In meer uitzonderlijke gevallen kan ook sprake zijn van de vergunningplicht uit de Mijnbouwwet

278 Gribnau (2000), p. 204.

279 Vgl. Raes (1991), p. 67.

280 Hey (2003), p. 115.

voor het opsporen en winnen van aardwarmte en delfstoffen en voor het opslaan van stoffen, of de vergunningplicht uit de Kernenergiewet voor handelingen met splijtstoffen of ertsen. Er kan bovendien sprake zijn van een verplichte milieueffectrapportage. De stelregel is: hoe meer vergunningen aangevraagd moeten worden hoe complexer het wordt voor de initiatiefnemer om juist en tijdig te voldoen aan alle wettelijke verplichtingen en daarover afspraken te maken met de betrokken overheidsinstanties en alle betrokken belanghebbenden. De reden hiervoor is eigenlijk simpel. Het aantal instanties en belanghebbenden dat bij het project betrokken is, neemt toe en dit stelt hogere eisen aan de afstemming en de voorbereiding van de besluitvorming over het ruimtelijk project of de milieurelevante activiteit. Bovendien hebben de diverse betrokken overheidsinstanties en de diverse particuliere actoren een verschillende juridische status en dus een verschillende invloed op het ruimtelijk project of milieurelevante activiteit.



© H.C. Borgers

Indien de eigen verantwoordelijkheid van de initiatiefnemende actor centraal wordt gesteld in het milieurecht, kunnen in abstracto vier kringen van actoren worden aangewezen in de interactie rond zijn project of activiteit.

1. De binnenste kring wordt bezet door de initiatiefnemer zelf. Bij grote projecten bestaat dit uit een opdrachtgever en zijn projectorganisatie met meerdere managers, experts en ondersteuning, die met elkaar aan het ontwerp en de uit-

voering van het project werken: zij *doen* het project of de activiteit. De handlingsruimte in deze kring wordt mede bepaald door de juridische spelregels van het milieurecht. Hoe minder ruimte, hoe minder groot de kring hoeft te zijn.

1. De tweede kring is die van de betrokken overheidsinstanties die een bevoegdheid of taak hebben om zich met het project of de activiteit te bemoeien. Dit betreft zowel de (bestuurs)rechter als het bevoegd gezag die vergunningen kan verlenen of weigeren, beperkingen of voorschriften kan opleggen en die handhavend kan optreden vanwege de naleving van alle relevante wettelijke verplichtingen. Voor het succes van het initiatief van de actor uit kring 1 is het onontbeerlijk dat alle relevante overheidsinstanties tot een *redelijk oordeel* kunnen komen.
1. De derde kring is die van de wettelijke adviseurs en de belanghebbenden zoals buurtbewoners en NGO's. Zij kunnen aanzienlijke invloed hebben op het ontwerp en de wijze van uitvoering van het initiatief van de actor uit kring 1. Dat komt door hun wettelijk recht op het *meedenken* bij de totstandkoming van vergunningen en andere toestemmingen. Dit kan in positieve zin maar ook in de vorm van kritiek op de voorgenomen activiteiten. De rol van de wettelijke adviseurs is geregeld via het verplichte advies over de aanvraag en het ontwerp van de vereiste overheidsbesluiten. En voor de invloed van de belanghebbenden geldt dat zij op diverse momenten kunnen meedenken met het project en er kritiek op kunnen hebben; vooraf met zienswijzen en achteraf via bezwaar en/of beroep tegen de besluiten van de overheidsactoren uit kring 2.
1. De meest diffuse en grootste kring bestaat uit alle overige partijen, in de wijde omgeving van het project. Zij hebben er wellicht een mening over zonder dat zij direct belanghebbende zijn of betrokken zijn als wettelijk adviseur of bevoegd gezag. Ook deze kring kan invloed uitoefenen op het project, maar de juridische doorwerking hiervan is relatief zwak. Vooral de gemotiveerde reactie van het bevoegd gezag op hun inspraakreacties, in geval van ontwerpbesluiten waar een ieder zienswijzen over mag indienen, kan hen indirect aanzienlijke invloed op de besluiten van de overheidsactoren uit kring 2 geven.

Vooral bij grote ruimtelijke projecten zijn vaak alle kringen zeer actief in het sociale netwerk dat zich doet gelden in de opeenvolgende fasen van het besluitvormingsproces van de overheid. En juist in dit type projecten spelen alle dilemma's van het milieurecht op, waardoor sprake kan zijn van een '*hard case*'. Dit is voor De Zeeuw e.a. van de Praktijkleerstoel Gebiedsontwikkeling van de TU Delft aanleiding geweest om een voorstel te doen aan de toenmalige minister van VROM, voor een andere werkwijze bij de toepassing van het milieurecht bij gebiedsontwikkeling.²⁸¹ De kern van het probleem is volgens de auteurs dat de complexiteit van het milieurecht nauwelijks te managen is en dat er geen ruimte is om fouten te maken binnen de marges van het sectorale systeem van het milieurecht.²⁸²

Overheden hebben niet langer een monopolie op ruimtelijke opgaven die binnen hun bestuurlijke en juridische bouwwerken moeten worden opgelost. De

281 TK 2008–2009, 30 844, nr. 44.

282 De Zeeuw/Puylaerts/Werksma (2009), p. 9.

*complexiteit is nauwelijks te managen. Ruimte om fouten te maken is er niet. De speelruimte voor een politieke belangenafweging is minimaal en daarmee smooft de huidige complexiteit de democratie. De politiek staat vaak buiten spel: zij kan geen (milieu)belangen afwegen maar is druk met het vergaren van bewijsmateriaal die vooraf alle risico's moeten uitsluiten.*²⁸³

De auteurs komen met zes oplossingen voor de impasse.²⁸⁴ De belangrijkste twee zijn dat alle relevante disciplines en spelers vroegtijdig en blijvend betrokken moeten worden en dat het wettelijk mogelijk moet worden gemaakt dat kan worden afgeweken van *alle* milieunormen bij gebiedsontwikkeling binnen de ruimte die Europese regelgeving biedt. Het credo is daarbij dat afwijken mag, mits sprake is van integrale en duurzame gebiedsontwikkeling. De andere oplossingen zijn dat een actieprogramma moet worden uitgevoerd om proactief op Europees milieubeleid te anticiperen en dat om meer beleidsruimte wordt gevraagd binnen de Europese regelgeving, dat in de fase van planvorming slechts een globale milieutoets wordt uitgevoerd en na de realisatie een nauwkeurige, en dat eerdere adviezen van de commissies Elverding en Dekker moeten worden uitgevoerd: minder besluiten en minder rechtsgangen, de invoering van de bestuurlijke lus en de inperking van het belanghebbende begrip.

De conclusie in het essay van De Zeeuw c.s. is dat een wezenlijke verandering nodig is, op basis van een veel productievere wisselwerking tussen de domeinen van gebiedsontwikkeling en milieu.

*Energie die nu verloren gaat in juridisch figuurzagen en procesmatige haarkloverij moet worden gestoken in het creatieve proces, de inhoudelijke dialoog met betrokkenen en de focus op te behalen gebiedskwaliteiten. Daarvoor is het nodig om anders om te gaan met milieu- en ruimtedruk, de mondige bevolking en uiteenlopende belangen, kennisdomeinen en schaalniveaus. Het is zaak om gebiedsontwikkeling weer in het politieke domein te krijgen waarin belangen – ook milieubelangen – worden afgewogen met het oog op te realiseren gebiedskwaliteiten als antwoord op maatschappelijk urgente opgaven.*²⁸⁵

Dit is in feite een zeer ernstige aanklacht tegen de grondstructuur van het huidige milieurecht. Als de normen van het milieurecht daadwerkelijk zo gesloten zijn als zij worden ervaren door de praktijk van de gebiedsontwikkeling, dan is het milieurecht geen open systeem en geen conceptueel netwerk, maar een weefsel van verstikkende regels en procedures. Het valt echter te verwachten dat deze aanklacht kan worden ingetrokken, als wordt uitgegaan van de normatieve interactiebenadering.

Volgens deze benadering zijn de actoren uit alle vier bovengenoemde kringen per definitie *actieve gebruikers* van het referentiekader van het milieurecht. Op basis van hun verschillende juridische status hebben zij vervolgens meer of minder invloed op het handelingsontwerp van de milieunormen die in het project relevant zijn. De essentie is echter dat iedere milieunorm voor zijn toepassingsresultaat afhankelijk is van het redelijke gebruik ervan, in het licht van alle omstandigheden van het geval. Hoe dit redelijke gebruik tot stand kan komen, is onderwerp van hoofdstuk 4.

283 De Zeeuw/Puylaerts/Werksma (2009), p. 12 en p. 17.

284 De Zeeuw/Puylaerts/Werksma (2009), pp. 31-35.

285 De Zeeuw/Puylaerts/Werksma (2009), p. 25.

Milieunormen beperken enerzijds de handelingsvrijheid van de actoren bij een groot ruimtelijk project, terwijl die normen tegelijkertijd en principieel ruimtescheppende mogelijkheden bezitten. Het ligt aan de context of dit laatste te realiseren valt. Anders dan De Zeeuw c.s. denken, is het in principe niet nodig de wet te veranderen om tot deze contextuele interpretatie en toepassing van milieunormen te komen, alhoewel een *codificatie* daarvan de rechtspraktijk daarbij natuurlijk wel kan helpen. Als zou worden uitgegaan van de normatieve interactiebenadering voor het milieurecht, dan zou de toepassing van milieunormen contextueel gebonden zijn aan de tijd en plaats van het concrete ruimtelijke project, afgezet tegen de waarden en beginselen van de rechtsgemeenschap. De mogelijkheid van de conceptuele ontwikkeling van een knellende milieunorm ontstaat daardoor tijdens interactie tussen actoren. Er is niets op tegen om deze interactie zo vroeg mogelijk in het besluitvormingsproces over een ruimtelijk project te organiseren, integendeel zelfs. Wat dit betreft is de voorgestelde oplossing van De Zeeuw c.s., om alle relevante disciplines en spelers vroegtijdig en blijvend te betrekken, geen bijzondere eis aan het rechtssysteem, maar wel aan de rechtspraktijk.

Een ander bijzonder aspect van de verscheidenheid van het milieurecht dat vooral in complexe projecten voorkomt, is dat de toestemming van het ene bevoegde gezag op basis van de ene wet geen garantie is voor de medewerking van een ander orgaan op basis van een andere wet. Neem het geval van het bouwen op of nabij een dijklichaam. Vanuit een oogpunt van ruimtelijke ordening kan de gemeente het zeer wenselijk vinden dat het dijklichaam een dubbele functie krijgt: waterbeheer en tegelijk inpassing in de stedelijke omgeving. Maar vanuit een oogpunt van waterveiligheid kan het waterschap de bebouwing van de dijk tegenhouden.²⁸⁶ Om dit te voorkomen, zal de aanvrager van de vergunningen voor dit project moeten bevorderen dat de diverse overheidsinstanties tot een gezamenlijke conclusie komen over de wenselijkheid en uitvoerbaarheid van het project. In complexe projecten is bovendien vaak sprake van een lang tijdstraject, waarin de initiatiefnemer allerlei projectbeslissingen neemt zonder dat daarmee het einde of succes van het project al in zicht komt.²⁸⁷ Dit geldt bijvoorbeeld voor de aanleg van infrastructuur en voor energieprojecten. Gedurende de lange looptijd van dit soort projecten krijgt de initiatiefnemer vaak meermaals te maken met de procedures en normen uit het milieurecht, die echter ingericht zijn als een lineaire, eenmalige en eindige procedure. Dit past lang niet altijd bij de doorlooptijd van het project, met name omdat grote projecten van grof naar fijn worden voorbereid en uitgevoerd. In grote bouw- en energieprojecten kennen we dit uit de projectfasering van initiatief – ontwerp – uitvoering. Tegenover de lange termijn planning staat dat de besluitvorming over deel aspecten het project een momentopname is, vaak door verschillende bevoegde instanties, waarvan de houdbaarheid in de tijd afhangt van de bevestiging, bijstelling of nieuwe koers van het project op een later besluitvormingsmoment. Op dat moment kan sprake zijn van nieuwe bestuurlijke

²⁸⁶ Op basis van artikel 2.2 van de Waterwet.

²⁸⁷ Hertogh (1997), p. 25; Hertogh/Westerveld (2010), p. 170.

keuzen en gewijzigde omstandigheden, soms zelfs van nieuwe projecteigenaren of andere politieke bestuurders (na verkiezingstijd bijvoorbeeld). Het is een vak apart om het vergunningenbestand aangesloten te houden bij de projectfasering en bij de wijzigende omstandigheden tijdens de looptijd van de activiteiten. In de praktijk maken projectorganisaties niet voor niets gebruik van vergunningstrategieën en vergunningdraaiboeken.

Het zou aanzienlijk helpen wanneer alle milieurelevante besluitvorming die in de lange looptijd genomen moet worden, door één en hetzelfde bevoegde gezag zou worden gedaan. Binnen het Nederlands bestel van de gedecentraliseerde eenheidsstaat ligt dan het meest voor de hand dat de bevoegdheid wordt toegewezen aan het college van burgemeester en wethouders van de gemeente waar het project in hoofdzaak plaatsvindt. Alle andere overheidsinstanties met een beleidsstandpunt over het project zitten dan in kring 3 of 4.

Waar het nu om draait is dat de eenheid van het moderne milieurecht samenhangt met de normatieve werking van dit recht in concrete situaties. Hierdoor is steeds minder sprake van een klassieke vorm van top-down ordening van de samenleving. In plaats daarvan kenmerken de situaties waarin het milieurecht tot interactie leidt zich als 'multi-level bestuur'. Dit wil zeggen dat sprake is van complexe sociale netwerken, waarin de betrokken bestuursorganen ook een actor zijn. Maar dan zijn zij wel actoren met de bijzondere taak om algemene belangen te (laten) behartigen. Dit stelt hoge eisen aan het vermogen van het bestuur om als actor deel te nemen aan de interactie, gericht op de uitvoering van het milieurecht. Dit betreft dus niet alleen samenwerking tussen overheidsniveaus, maar vooral ook samenwerking met alle relevante maatschappelijke actoren in de handelingsituatie.²⁸⁸

De variatie aan sociale netwerken, waarmee een congruent milieurecht rekening zal moeten houden, is enorm. Het gaat over de moeilijkste gevallen maar ook over de bulk aan makkelijke zaken. In deze rijke variatie kan echter wel een vorm van eenheid worden ontdekt, namelijk op het niveau van het juridisch systeem van milieurecht. Op dat niveau is telkens sprake van dezelfde vraag: moet wettelijk worden geregeld dat een bestuurlijk oordeel nodig is over een of meer aspecten van het belang van de duurzame fysieke leefomgeving en zo ja, hoe moet dat oordeel worden gereguleerd? Het vraagstuk van de congruentie tussen milieurecht en sociale praktijk kan daarom worden begrepen als een kwestie van het reguleren van adequate besluitvormingsprocessen, als keerzijde van de eigen verantwoordelijkheid van alle betrokken actoren bij ruimtelijke projecten en andere milieurelevante activiteiten.

Wanneer een bestuurlijk oordeel vereist is voor een project of activiteit, zal een overheidsorgaan tot een beslissing moeten komen met een bepaalde mate van rechts-

288 Denk aan PPS bij gebiedsontwikkeling, aan de gecertificeerde bouwtoets, aan zelfregulering en -auditing in het milieubeleid.

gevolg. In normatief opzicht heeft dat rechtsgevolg niet het karakter van een *bevel* van de overheid om zus-of-zo te handelen. De beslissing heeft het karakter van een *norm* die actoren opvatten als maatstaf waarnaar zij zich kunnen gedragen. In een democratische rechtsstaat komt deze beslissing telkens tot stand via een besluitvormingsproces, op basis van normatieve interactie.

Ongeacht alle variatie in de handelingssituaties waar het publiekrechtelijk milieurecht voor geldt, zorgt de procesmatige aard van de besluitvorming voor eenheid in het stelsel van milieunormen. Dit inzicht keert het perspectief op de betekenis van de overheidsbesluitvorming binnenstebuiten. Niet de instrumentele taakuitoefening van het bestuur maar de normatieve interactie vanwege het initiatief van een actor staat centraal in het proces van besluitvorming.

2.4.5. *De normatieve grondslag van het milieurecht*

Het proces van besluitvorming staat, vanwege de *open texture* en de *onderbepaalde begrippen* van het conceptuele netwerk van het milieurecht, permanent in het teken van het nemen van redelijke beslissingen. Want het gebruik van rechtsnormen is constructiewerk (§ 2.4.2). De bouwmaterialen voor dit constructiewerk worden geleverd door de gezaghebbende teksten, zoals wetten, besluiten, contracten, rechtspraak, en het resultaat bestaat zelf ook weer uit een gezaghebbende tekst: *het bestuurlijk oordeel*. Om gezaghebbend te kunnen zijn, zal de beoordeling en de beslissingshandeling gebaseerd moeten zijn op een contextuele toepassing van geldende normen en maatschappelijke waarden. Oftewel, het gaat om de toepassing van kennis van wat evenredig en goed is (*ars aequi et boni*).

*In zekere zin is dat een riskante erkenning, omdat zij zou kunnen worden opgevat als een vrijbrief tot opportunisme en beginselloosheid. Er is echter niet meer of minder mee bedoeld dan dat beginselen, regels en andere criteria altijd in het concrete geval dienen te worden toegepast en dat zij zelf die toepassing niet kunnen reguleren (...). Dat vergt aanpassing aan de gegeven omstandigheden, niet uit opportunisme, maar omdat het rechtsoordeel in laatste instantie in de gegeven context vorm en inhoud krijgt.*²⁸⁹

De stelling dat het gebruik van rechtsnormen redelijk constructiewerk is, is een centraal thema in deze studie. Zoals door Loth en Gaakeer is beschreven, ligt de oplossing van een casus niet in de tekst van een wet of rechtsregel, maar in de confrontatie tussen norm en feit, tekst en context, logica en ervaring.²⁹⁰

*De centrale stelling van iedere contextuele betekenis­theorie is dat de betekenis van een uitspraak samenhangt met de context waarin zij wordt gebruikt, of beter, met de verscheidenheid aan contexten waarin zij wordt gebruikt. (...) Rechtswetenschap is in the end samen te vatten als de kennis van wat goed en billijk is.*²⁹¹

289 Loth/Gaakeer (2002), p. 41.

290 Loth/Gaakeer, p. 219.

291 Loth/Gaakeer, p. 43 en p. 187.

Voor het milieurecht is dit contextuele rechtsbegrip echter geen gemeengoed. De fundamentele uitdaging is daarom dat ook voor dit rechtsgebied wordt overdacht hoe en waarom de evenredigheid (*ars aequi*) het laatste woord heeft bij het opstellen, bij het toepassen en bij het toetsen van (milieu-)rechtsnormen in de context van concrete gevallen.

De normatieve interactiebenadering die in dit hoofdstuk is gepresenteerd als basis voor ieder recht, wijkt af van de gangbare opvatting over het milieurecht. In die opvatting wordt sterk de nadruk gelegd op de instrumentalisering van de milieuzorg van de overheid. Milieurecht is dan sterk georiënteerd op een ordening van de samenleving door die overheid, om zodoende de zorg waar te kunnen maken. Dit valt direct op als we de handboeken milieurecht erop naslaan: zij zijn grotendeels gewijd aan de uitleg van de instrumenten van de overheid, zoals de plan- en vergunningverleningsprocedures en het handavingsinstrumentarium.²⁹² Tussen de vele pagina's uitleg van de instrumenten blijft weinig ruimte over voor een behandeling van de materiële milieunormstelling, anders dan als doelstellingen waaraan de overheid het handelen van actoren toetst en goed- of afkeurt. In deze opvatting zijn milieunormen gebaseerd op de gedachte dat de overheid zekerheden kan en moet bieden op het niveau van de definitie van de milieuproblemen, de formulering van milieudoelen en het bedenken van maatregelen. Daarbij wordt er bijna standaard van uitgegaan dat het milieurecht een instrumentele functie heeft ten opzichte van de realisatie en borging van de milieudoelen en -maatregelen.²⁹³ De gedachte is daarbij ook dat het milieurecht zoveel mogelijk 'harde' rechtsregels moet vastleggen, waaraan activiteiten en projecten moeten voldoen. In het milieubeleid bestaat in Nederland daarom een sterke voorkeur voor een wetenschappelijke, modelmatige onderbouwing van milieudoelen en -normen. De motivering voor deze voorkeur is dat deze wijze van 'zuivere' onderbouwing van de normstelling een consensusvorming en pacificatie vergemakkelijkt.²⁹⁴ Dit is een pragmatische argumentatie waarvan de houdbaarheid niet bewezen is: hoezo consensusvorming en pacificatie? Maar fundamenteeler is de kritiek dat het uitgangspunt van 'zuivere wetenschap' als grondslag voor abstracte milieunormen (zie § 1.4) geen rekenschap geeft van de moderne inzichten in de wetenschapsfilosofie. Dat inzicht is, dat de natuurwetenschappelijke methode niet vanzelfsprekend tot zuivere wetenschap leidt (§ 2.3). In plaats daarvan is sprake van een waarhedenpluralisme, dat wil zeggen dat wetenschappelijke *kennis* (dus niet *waarheid*) op discursieve wijze ontstaat in variabele netwerken van meer of minder gelijkgezinde wetenschappers.²⁹⁵

Iedere wetenschap heeft haar eigen eisen. Nog altijd is men geneigd de juistheid van een wetenschappelijke stelling, op welk gebied ook, met haar bewijsbaarheid in wiskundige zin te vereenzelvigen. Buiten de wiskunde is echter in iedere wetenschap het zoeken, aannemen en verwerpen van bepaalde conclu-

292 Vgl. Tonaer (1994); Van den Broek e.a. (1998); Backes e.a. (2004), Teunissen (2007).

293 Backes e.a. (2004), p. 25.

294 WRR (2003), p. 28.

295 De Vries (1995), p. 147; Gutwirth (2000), pp. 64 e.v.

*sies slechts voor een deel het werk van een dergelijke bewijsvoering uit de ene stelling tot de andere. (...) Het is altijd – niet alleen in de rechtswetenschap – het geheel der argumenten, dat de overtuiging wekt.*²⁹⁶

Het is de vraag hoe de overwaardering van 'zuivere' kennis doorwerkt in de toepassing van milieunormen. Het is niet denkbeeldig dat de voorkeur voor zuiverheid als basis voor de milieubeleidsdoelstellingen en milieunormen een deugdelijke toepassing en interpretatie van het milieurecht belemmert. Wie van milieunormen spreekt, heeft immers een bepaalde conceptie voor ogen wat 'normen' zijn. Uitgaande van een positivistisch wereldbeeld en een streven naar 'zuivere wetenschap' lijkt dit een eenvoudige kwestie: als een milieunorm via zuivere procedures is bepaald en in de wet is vastgelegd, dan is daarmee *in abstracto* gedefinieerd wat de vereiste milieubescherming is. Deze gedachtegang gaat echter voorbij aan het gegeven dat aan de rechtspraak nooit zuiver kan worden voorgeschreven wat *in concreto* de juiste *hoeveelheid recht* is. Dat is immers niet alleen afhankelijk van wettelijk vastgelegde regels, maar ook van de omstandigheden van een concreet voorliggend geval en van de percepties en waardeopvattingen van de betrokken actoren en de waardeopvattingen uit de publieke opinie. Dit laatste is scherp verwoord door de WRR.

*Het zwakke punt is hierbij dat het (bestuurlijk wenselijke) scherpe onderscheid tussen feiten en waardering onvoldoende recht doet aan de pluriformiteit van concepties waarbinnen de feiten worden gegeven (...).*²⁹⁷

Dit slaat een kloof met de gangbare aanname dat het milieurecht gebaad zou zijn bij abstracte (harde en zuivere) rechtsregels (zie § 1.4). Het blijkt in de praktijk onvermijdelijk te zijn, dat het juridisch gebruik van wetenschappelijk onderbouwde feiten een kwestie van redelijke toepassing is. Dit hangt nauw samen met de complexiteit van het fenomeen 'milieuverontreiniging', dat het feitelijke onderwerp van de milieunorm is. In de praktijk is vaak geen sprake van een simpele causaliteit van een handeling met een aanwijsbaar effect. Dit is scherp ingezien door Ebbesson. Hij wijst erop dat milieuverontreiniging veel oorzaken en verschijningsvormen heeft waaronder diffuse bronnen, indirecte introducties van gevaarlijke stoffen in het milieu, vertraagde effecten door natuurlijke buffercapaciteiten, synergie-effecten bij cumulaties van verontreinigingen ($1+1=3$), bioaccumulatie ($1*2*4*8*16\dots$), geologische uitbreiding van effecten (oorzaak op plek A, gevolg ver weg op plek B) en uitgestelde effecten op een later tijdstip. Dit soort lastige oorzaak-gevolg relaties compliceren volgens Ebbesson de juridische en politieke mogelijkheden om het milieu te beschermen tegen verontreinigingen.²⁹⁸ Als daarbij zou worden uitgegaan van een 'zuivere' toepassing, loopt de rechtspraak vast en ontstaat de roep om van de normen te mogen afwijken. Via allerlei instrumentele oplossingen wordt dan naar discretionaire ruimte gezocht en soms gevonden, zoals via ontheffingen, salderingmogelijkheden en programmeringseisen. Met als evident nadeel dat het milieurecht uit zijn voegen barst door dit soort correctiemechanismen op het basisschema. Mede hierdoor wordt het milieurecht steeds complexer.

²⁹⁶ Scholten (1931), p. 54.

²⁹⁷ WRR 2003, p. 56.

²⁹⁸ Ebbesson (1996), p. 9.

De volgende tabel toont op hoofdlijnen welke correctiemechanismen zijn bedacht voor de – zuiver gedachte – milieukwaliteitsnormstelling in het huidige milieurecht.²⁹⁹ Het overzicht is niet compleet: dat zou veel te complex zijn! Maar de tabel geeft een indicatie van de veelheid aan graduele toepassingsmogelijkheden van de meeste milieunormen.

Milieu- onderwerp	Duiding van de milieunormen	Duiding van de flexibiliteit van de normen
Lucht	Zie § 1.3.	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Overschrijdingsmarges</i> • <i>Niet voor activiteiten die niet in betekende mate zijn</i> • <i>Saldering</i> • <i>Programmatische aanpak via het Nationaal samenwerkingsprogramma luchtkwaliteit (NSL)</i> • <i>Uitstel van de gelding van normen</i>
Geluid	Het effect dat wordt genormeerd is de binnenwaarde van geluid in woningen of andere geluidgevoelige bestemmingen. De streefwaarde voor deze binnenwaarde hangt af van de soort bron: bedrijvigheid, industrieterrein, wegen, spoor- of tramwegen, luchtverkeer.	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Variatie naar type geluidgevoelig object (bestaande bouw, nieuwbouw, andere objecten)</i> • <i>Vaststelling hogere waarden</i> • <i>Variatie aard van geluidontvangende omgeving (stedelijk gebied, rustige woonwijk, landelijk gebied)</i> • <i>Zonering (ruimtelijke scheiding bronnen-effecten)</i> • <i>Sommatie van feitelijke en vergunde geluidbelasting op gezoneerd industrieterrein</i> • <i>Actieplannen voor grote agglomeraties, wegen, spoorwegen en luchthavens en voor lawaaiige bedrijven</i>
Geur	Geurnormen ter plaatse van geur-gevoelige objecten (woning e.d.), waarvan hoogte afhankelijk is van de hedonische waarde van de geurende stof. ³⁰⁰	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Standaardisering van de maatregelen die bepaalde bronnen moeten treffen; in dat geval verder geen toetsing nodig</i> • <i>Bestuurlijk oordeel over het acceptabele hinderniveau, mede gelet op historie van bron/omgeving, aard en waardering van de geur, klachtenpatroon, technische mogelijkheden, kosten.</i>

299 Inventarisatie naar geldend rechtsregiem per 20 augustus 2010.

300 Borgers (2005/A), p. 126 e.v.

Milieu- onderwerp	Duiding van de milieunormen	Duiding van de flexibiliteit van de normen
Externe veiligheid	Risiconormen, met grenswaarde voor plaatsgebonden risico en oriëntatiewaarde voor groepsrisico. Betreft risico's veroorzaakt door industrie, transport, buisleidingen.	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Variatie tussen kwetsbare en beperkt kwetsbare objecten</i> • <i>Kortere veiligheidsafstanden voor sommige inrichtingen, mits met aanvullende bronmaatregelen</i> • <i>Bestuurlijke afweging van bron- en/of effectmaatregelen in gevallen waarin de grenswaarde voor PR wel wordt gehaald maar de oriëntatiewaarde voor GR niet.</i>
Gevaarlijke stoffen	Risicobenadering voor de productie, import, handel en gebruik van bijna alle chemische stoffen, al dan niet verwerkt in preparaten of voorwerpen. Toetsing op ernst van de gevolgen voor de gezondheid van de mens en voor het milieu.	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Beoordeling van de onaanvaardbaarheid van het risico van een stof.</i> • <i>Autorisatieprocedure voor verboden stoffen.</i>
Bodembeheer	Kwaliteitsnormen in termen van saneringsdoelstellingen voor 'oude verontreinigingen' (van voor 1987): ten minste functioneel en kosteneffectief saneren indien sprake is van ernstige verontreiniging (overschrijding interventiewaarden) en van spoedeisendheid (o.b.v. analyse van aanvaardbaarheid ecologische risico's). Voor nieuwe gevallen van verontreiniging geldt zorgplicht tot opruimen van de gehele verontreiniging.	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Afstemming van interventiewaarde voor bodemsanering oude gevallen op bodemfunctie, en bestuurlijk oordeel over spoedeisendheid.</i> • <i>Diverse ontheffingsmogelijkheden van verplichtingen uit bodem-AMvB's.</i> • <i>Gemeentelijk bodembeheerplan met mogelijkheid tot voeren van gebiedsgericht bodembeleid voor de toepassing van grond, baggerspecie en bouwstoffen, met saldering van verslechtering bodemkwaliteit mits gelijkblijvende kwaliteit in gehele gebied.</i>
Waterkwaliteit	Milieukwaliteitsnormen voor de chemische en ecologische waterkwaliteit per watersysteem. De normen geven aan wat de chemische en ecologische doelen per waterlichaam zijn, in termen van grens- of richtwaarden voor bepaalde activiteiten die van invloed op de waterkwaliteit kunnen zijn, in combinatie met maatregelen die getroffen moeten worden om deze doelen te bereiken.	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Programmatische aanpak: de goede toestand van het oppervlaktewaterlichaam moet worden bereikt via beheerplan, er is dus geen sprake van directe koppeling tussen individuele besluiten (zoals nieuwe vergunningen) en de milieukwaliteitsnormen.</i> • <i>Contextuele toetsing van nieuwe ontwikkelingen die niet in beheerplan waren opgenomen, met beoordeling van de mate van verstoring van het verbeteringstraject voor het waterlichaam gericht op het bereiken van doelen, het risico van achteruitgang en de eisen die gelden vanuit specifieke beschermde functies. Dit naast de toets op de preventie van emissies en naast de emissie-immisietoets.</i>

Milieu- onderwerp	Duiding van de milieunormen	Duiding van de flexibiliteit van de normen
Natuur- bescherming, Flora en fauna	<p>Gebiedsbeschermingskwaliteitsnorm: instandhouding van de kwaliteit van natuurlijke habitats en van habitats van soorten die tot de instandhoudingsdoelstelling van een gebied (speciale beschermingszone) behoren.</p> <p>Soortenbeschermingskwaliteitsnorm: verbodsbepalingen voor handelingen die schadelijk zijn voor beschermde dier- en plantensoorten.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Programmatische aanpak gebiedsbescherming: via beheerplan wordt geregeld welke instandhoudingsmaatregelen getroffen dienen te worden en op welke wijze, met inbegrip van handelingen en ontwikkelingen in het gebied en daarbuiten die het bereiken van de instandhoudingsdoelstelling niet in gevaar brengen en waarvoor geen afzonderlijke Nb-wet vergunningplicht geldt (ontkoppeling individuele besluiten en instandhoudingsdoelstellingen).</i> • <i>Compensatiebenadering bij gebiedsbescherming: als geen zekerheid bestaat dat natuurlijke kenmerken van gebied niet worden aangetast door een plan of project, dan ADC-toets. Toets houdt in dat plan of project toch doorgaat, bij ontstentenis van alternatief (A) en in geval van dwingende reden van groot openbaar belang (D) met uitvoering door overheid van alle compenserende maatregelen (C) die waarborgen dat de algemene samenhang van Natura 2000 bewaard blijft.</i> • <i>Vrijstellingen en ontheffingen voor soortenbescherming, om redenen van populatiebeheer, schadebestrijding of overige redenen. Dit laatste vereist een toets op de gevolgen voor de gunstige staat van instandhouding van de beschermde soort, plus i.g.v. EU-richtlijnen ook toets op redelijke alternatieven en belang van de handeling de schadelijke handeling (waaronder dwingende redenen van groot openbaar belang).</i> • <i>Pragmatische interpretatie van de verbodsbepalingen voor de soortenbescherming: uitstel van de handeling tot periode waarin de handeling (tijdelijk) niet schadelijk is voor de soort.</i>

© H.C. Borgers

In de eerste kolom staan de meeste milieuthema's die de afgelopen 40 jaar zijn ontwikkeld. Voor de meeste van deze milieuthema's is inmiddels grosso modo bekend wat de milieukwaliteit is die nagestreefd wordt c.q. die bereikt en beheerd zou moeten worden. Dit verklaart dat voor de meeste milieuonderwerpen in wet of beleid kwantitatieve ondergrenzen en streefwaarden worden aangegeven met betrekking tot de

milieuzorg die moet worden betracht bij allerlei maatschappelijke activiteiten. Deze normen zijn aangeduid in de tweede kolom van de tabel. In veel gevallen zullen deze kwantitatieve normen maatschappelijk geaccepteerd zijn, mede omdat zij met gangbare maatregelen en technieken kunnen worden nageleefd. In het milieubeleid heet dit dan dat het milieuaspect in de 'beheersfase' terecht is gekomen. Maar dit geldt niet voor complexere of nieuwe milieubelastende activiteiten die maatschappelijk wenselijk worden geacht of die een onbekende mate van milieubelasting veroorzaken. In deze gevallen moet de kwantitatieve milieunorm in het licht van de omstandigheden van het geval worden afgewogen tegen allerlei andere factoren dan louter het technische milieueffect. In dit soort 'hard cases' is sprake van een behoefte aan rechtsvinding, waarin de milieunormstelling geen statisch gegeven is maar een middel tot *afstemming* van de belangen van actoren ten opzichte van elkaar en ten opzichte van ecologische noden van de samenleving als geheel.

Uit de derde kolom in de tabel blijkt welke relativeringen reeds mogelijk zijn binnen het huidige recht. In veel geval blijkt de milieukwaliteitsnorm zelfs pas na deze afweging geschikt te kunnen zijn voor toepassing op concrete situaties. Vanuit het perspectief van de ordeningsbenadering worden dit soort flexibele mechanismen vast uitgelegd als 'technische correctie' van de abstracte normstelling. Maar zodra het systeem van milieurecht geen alternatieve mogelijkheden aanreikt om te kunnen ontsnappen aan het uitgangspunt van de hardheid en zuiverheid van milieunormen, bijt deze doctrine in de eigen staart. Want dan lijkt het alsof het onmogelijk zou zijn om disfunctionele milieudoelen of onrechtvaardig knellende normen te kunnen overstijgen.

Het normatieve perspectief werpt hier nieuw licht op de zaak. Het inzicht in het feit dat milieunormen via allerlei juridische mechanismen op de concrete omstandigheden kunnen worden afgestemd, is te verklaren door de fundamentele eigenschap van de 'open texture' van iedere rechtsnorm.³⁰¹ Zelfs de meest specifieke en duidelijk geformuleerde milieunorm kan 'poreus' zijn,³⁰² vatbaar voor conceptuele ontwikkeling als de omstandigheden van een geval daartoe aanleiding geven (§ 2.4.2). Milieunormen zijn dus in principe geen abstract of onwrikbaar hard gegeven maar een contextuele constructie met een horizon van toepassingsresultaten.³⁰³ Dit is het opvallende resultaat van de wending richting taal en praktijk (§ 2.3.1), zoals die onder andere door Waismann is voorgesteld.

*In other words, every definition stretches into an open horizon. Try as we may, the situation will always remain the same: no definition of an empirical term will cover all possibilities.*³⁰⁴

De *open texture* maakt het mogelijk voor actoren om iets aan de milieunormen te kunnen doen, zodanig dat ze toegepast worden op een manier die recht doet aan de betekenis ervan in het licht van de omstandigheden van het geval. Deze *open texture* van milieunormen toont zich in al die gevallen waarin de norm vatbaar blijkt te zijn

301 Hart (1961), p. 135.

302 Heldeweg (1993), p. 24.

303 Vrij naar Loth (1998), p. 293.

304 Waismann (1951), p. 122.

voor een specificatie van zijn betekenis voor een concreet geval. Kolom 3 laat zien dat dit in het huidige milieurecht ook al regelmatig aan de orde kan zijn, weliswaar vaak onder allerlei voorwaarden of beperkingen, maar toch. En voor het betrokken bestuursorgaan betekent dit dat er sprake is van een principiële discretionaire beslissingsruimte, om de *open texture* van iedere norm te gebruiken, indien nodig. Dit sluit aan bij het paradoxaal advies van Van Gunsteren,³⁰⁵ om de eenheid van het bestuursrecht te bewaken door ruimte te geven voor de concretisering van rechtsnormen via bestuursrechtelijke besluiten.

*The more an area of administration will be creatively worked upon by legal technè, the more it will become suitable for judicial review and incorporation into a legal system.*³⁰⁶

Het is een onlosmakelijk onderdeel van de ‘technè’ van bestuurders en juridische professionals om aan ogenschijnlijk abstracte milieunormen een contextuele interpretatie en toepassing te geven. De rechtvaardiging van die uitleg en toepassing zit niet in de natuurwetenschappelijke onderbouwing van de norm, maar in de redelijkheid van het resultaat dat ermee wordt bereikt bij de toepassing op ruimtelijke projecten en in milieurelevante activiteiten. Indien nodig, zijn milieunormen afweegbaar en kan een disfunctionele of knellende milieunorm conceptueel worden bijgesteld. Niet louter in gevallen waarin de wetgever dit heeft geregeld (kolom 3), maar ten principale omdat uit de normatieve grondslag van het milieurecht voortvloeit dat actoren in de context van een geval tot de best mogelijke toepassingsresultaten van de relevante milieunormen moeten komen. Hoe dit in theorie en praktijk in zijn werk gaat, is het onderwerp van hoofdstuk 4.

Voordat op het contextuele constructiewerk van het afstemmen van milieunormen op de casuïstiek wordt ingegaan, wordt in hoofdstuk 3 eerst de idee van de publieke ruimte van het recht nader uitgewerkt voor het milieurecht. Want daarbij is momenteel sprake van een belangrijke ontwikkeling van de maatschappelijke opvatting over de kwaliteit van het milieu. Steeds vaker hebben mensen de verwachting dat handelingen linksom of rechtsom worden afgestemd op de belangen van mensen die geen deel uitmaken van de ‘eigen’ rechtsgemeenschap en ook op de belangen van toekomstige generaties (zie § 2.4.3). In één begrip benoem ik dit als ‘duurzaam handelen’

Over ‘duurzaamheid’ kan worden gesteld dat dit een onderbepaald begrip is (*contractisch*, § 2.3.3). Met het begrip kan worden aangeduid dat rekening moet worden gehouden met de belangen van *unknown others*. Dit betekent met andere woorden, dat het een *waarde van duurzaam handelen* is dat actoren in het ontwerp van hun eigen handelen de duurzame belangen en verwachtingen van een ‘geformaliseerd publiek’ meewegen. Duurzaamheid voegt als het ware een tribune toe voor een extra publiek, want naast het publiek dat hier en nu te identificeren is, is voortaan ook sprake van publiek belang van elders en later.

305 Van Gunsteren (1972), p. 112.

306 Van Gunsteren (1972), p. 105.

Duurzaamheid wordt hier dus opgevat als een waarde voor het handelen. Het is de vraag wat dit betekent voor de toepassing en ontwikkeling van het milieurecht. Vanuit het perspectief van de normatieve interactie vereist duurzaamheid andere vormen van verantwoordelijkheid en verantwoording dan het stellen en handhaven van 'duurzame' grenzen. Het houdt onvermijdelijk in dat actoren een *actieve rol* kunnen en moeten nemen voor het beschermen en realiseren van het publieke belang van duurzaam handelen. Met als keerzijde dat het milieurecht op deze realiteit moet aansluiten, wil het congruent blijven met de maatschappelijke ontwikkelingen. De consequentie hiervan voor het milieurecht is het onderwerp van hoofdstuk 3.

2.5. Afronding

Aan het huidige milieurecht ligt een ordeningsbenadering ten grondslag. In het perspectief van die benadering is het recht een instrument van, voor en door de overheid, bedoeld om de vrijheid en het gedrag van burgers eenzijdig en met juridische middelen te kunnen reguleren en controleren. Deze ratio achter het recht is in een eenvoudig schema te vatten.

Milieuzorg overheid → Inzet van juridische middelen → Bescherming tegen onjuiste inzet

Gaandeweg de ontwikkeling en uitvoering van het milieurecht is dit recht in een sfeer van crisis geraakt. Dat kan als een probleem worden gezien. In antwoord op de eerste onderzoeksvraag hierover (zie § 1.6) kan nu worden geconcludeerd dat de normatieve interactiebenadering als een alternatieve grondslag voor het milieurecht kan worden opgevat. De veronderstelling van deze benadering is dat mensen zich kunnen oriënteren op normen, zonder dat die oriëntatie eerst moet worden voorgeschreven door een centrale overheid en zonder dat de naleving afhankelijk is van de intensiteit van controle en dwang. In dit verband kan instemmend worden geciteerd uit het proefschrift van Van der Heijden.

De overheid en daarmee de wetgever is niet zonder meer een orgaan dat boven de partijen staat, en dat algemene en abstracte regels uitvaardigt die neutraal zijn ten opzichte van de aard van de subjecten. (...) Meer dan vroeger is de situatie afhankelijk van tijd, plaats en betrokkenen, omdat de diversiteit van de samenleving enorm is toegenomen. De normering van het handelen kan niet zonder meer geschieden aan de hand van een aanwijzing van het gezag die op een andere tijd en plaats is gegeven.³⁰⁷

Op basis van de normatieve interactiebenadering kan de normstelling van het milieurecht ervan uitgaan dat actoren hun handelingen afstemmen op het milieubelang. Dit kan gaan om afstemming in relatief gewone situaties, zoals de verbouwing van een huis of het lozen van hemelwater op een riool. Maar het kan ook gaan om buitengewone situaties, zoals de herinrichting van een verouderd bedrijfsterein of het moder-

³⁰⁷ van der Heijden (2001), p. 87.

niseren van een grote industriële installatie. Er zijn talloze van dit soort gewone en buitengewone praktijkgevallen. Vanuit theoretisch oogpunt geldt voor al die situaties steeds eenzelfde uitgangspunt: het handelen van de initiatiefnemer staat in wisselwerking met de rechtsnormen uit het milieurecht. Een goed milieurecht begeleidt goed handelen.

Normen zijn namelijk geen bevelen van een overheid, maar het product van afstemming en afweging van verwachtingen als gevolg van interactie. Dit verschaft de volgende normatieve grondslag voor het handelen.

1. Normen ontwikkelen zich in samenloop met handelingen, in aansluiting bij de manier waarop mensen ze in een bepaalde publieke context blijken te gebruiken om de zin van hun handelen te begrijpen en te demonstreren;
2. Handelingen zijn bedoeld om een doel, een consequentie, te realiseren;
3. Actoren tonen met hun handelen op welke wijze volgens hen sprake is van een juiste handeling; dit gebeurt meestal onbewust of onbetwist;
4. Soms kan sprake zijn van een interpretatieprobleem, waardoor een maatstaf nodig is voor de beoordeling van het juiste gebruik van een handeling.
5. De interpretatie van een norm kan worden beslist door een instantie van de overheid op basis van het daarvoor systematisch ontworpen interpreterend juridische taalspel, zoals de besluitvormingsprocedures van het bestuur en de procedures van de rechtspraak.

Normen komen niet voort uit een bevelsverhouding tussen een geadresseerde en een adressant zoals de koning, de wetgever, het bestuur of de rechter. Normen zijn het product van de sociale verhouding tussen geadresseerden, op basis van normatieve interactie.

Het concept norm impliceert dat geen van de betrokken partijen absoluut ondergeschikt is aan de ander.³⁰⁸

Dit heeft consequenties voor de status van de milieuwetgeving. Uit het verschil tussen normativiteit en imperativiteit volgt namelijk dat milieurechtsnormen niet synoniem zijn aan 'wet' of 'ordering'. Rechtsnormen zijn meer dan wettelijke regels; ze bemiddelen tussen de vrije levenssfeer van ieder individu, van individuen ten opzichte van elkaar en van individuen ten opzichte van de instituten. Vrijheid en wederzijdse erkenning zijn onlosmakelijk verbonden en worden door het recht bemiddeld. Deze bemiddeling vindt plaats zonder dat rechten in absolute zin en vooraf zeker kunnen worden gesteld in de tekst van een wet. Die 'rechtszekerheid' bestaat niet. Wat wel bestaat is '*normatieve zekerheid*', dat wil zeggen zekerheid dat het recht de mogelijkheid schept om intenties en belangen op elkaar af te stemmen en om conflicten te voorkomen of te beslechten.

Zo bemiddelt het recht tussen de ene en de andere door procedures te voorzien, bewijslast te verdelen en bevoegdheden te verdelen of af te bakenen. Conflicten

308 Gribnau (1998), p. 36.

*worden oplosbaar gemaakt (...) in een gezamenlijk proces van argumentatie over en weer.*³⁰⁹

Het toepassen van rechtsnormen is daarom geen klinische daad van wetstoepassing en -handhaving, maar vereist een contextuele interpretatie van het autonome recht. Dit is niet hetzelfde als het opzoeken van de *betekenis* van een rechtsregel, bijvoorbeeld op basis van de wetstekst of wetsgeschiedenis. Het gaat erom dat een redelijk gezichtspunt wordt gevonden voor de interpretatie van de norm vanuit een historisch verantwoord en moreel verdedigbaar perspectief.³¹⁰ Met de gevonden interpretatie wordt een juridisch conceptueel netwerk over de werkelijkheid uitgeworpen,³¹¹ dat wil zeggen dat bepaalde feiten op een juridische manier worden begrepen. In dit begrijpen schuilt het waarderende element van het recht in de context van het geval, op basis waarvan belangen, waarden en maatschappelijke doelen in de rechtsvinding betrokken raken.³¹² Het maatschappelijk gebruik van de rechtsregels en beleidsdoelen van de overheid kan daarom niet worden gereduceerd tot het uitvoeren van de wet. Alleen al niet omdat de zin van het democratisch proces daarmee wegvalt. Maar ook niet omdat de toepassing van overheidsrecht afhankelijk is van sociale praktijken. Dit leidt tot een andersluidend schema van normconform gedrag.

Interactie → Rechtsvinding van rechtsnormen → Geschilbeslechting bij onenigheid

Op de achtergrond van dit schema is sprake van het uitgangspunt dat actoren per definitie actieve gebruikers zijn van het referentiekader van het recht. Dit verschilt met de orderingsbenadering, die gebrekkig is in de conceptualisering van een werkbaar actor-begrip. Want het gebruik van rechtsnormen is een exponent van normatieve interactie, niet van het stellen en handhaven van grenzen aan het gedrag van onderdanen.

De zorg van de overheid om in die publieke ruimte bepaalde belangen te beschermen of bepaalde doelen te realiseren, zoals ook met betrekking tot het belang van de bescherming van het milieu, moet aansluiten bij de interactie in de samenleving. Dit veronderstelt aansluiting bij de eigen verantwoordelijkheid van actoren in die interactie. Omgekeerd wordt in die interactie meestal onbetwist gebruik gemaakt van de voordelen van de institutionele middelen van de overheid (wetgeving in de vorm van gereedliggende normstelling, besluitvorming). Deze praktische kant van de dualiteit van de normatieve interactiebenadering wordt door anderen wel eens omschreven als 'onderhandelend' en 'horizontaal' bestuur.³¹³ Zo beschouwd is sprake van een wederkerige regulering.

309 Foqué (1987), p. 36; zie ook Foqué (1998), p. 12.

310 Smith, C.E. (2007), p. 103.

311 Loth (1988), p. 61.

312 Smith, C.E. (2007), p. 103 en (2009), p. 222.

313 Holterman (2001), p. 247.



3. De regulering van duurzaam handelen

*The time has come to break out of past patterns. Attempts to maintain social and ecological stability through old approaches to development and environmental protection will increase instability. Security must be sought through change.*³¹⁴

3.1. Inleiding

Met steeds grote frequentie verschijnen berichten in de media die iets met duurzaamheid te maken hebben. Het zijn berichten over klimaatverandering, energiebesparing, ecologisch verantwoord geproduceerd voedsel, duurzaam inkopen en ga zo maar door. Soms is het onderwerp heel concreet (spaarlampen), soms futuristisch (solar-races in de woestijn Australië). En vrijwel iedereen heeft wel gehoord van de film *An inconvenient truth* van Al Gore. De film schetst een meeslepend beeld van het verband tussen de economische, ecologische en sociale ontwikkelingen in de wereld. De film heeft ook kritiek gekregen, maar dat doet niet af aan het feit dat het een icoon is van de toenemende maatschappelijke bewustwording van het mondiale en lokale milieu- en klimaatprobleem. Beroemd is ook het baanbrekende concept van ‘cradle to cradle’. Dit concept is bedacht door Braungart en McDonough en houdt in dat producten en processen zodanig kunnen worden herontworpen dat zij deel uitmaken van een ingenieuze kringloop, waarin afval en verontreiniging niet bestaan.³¹⁵ Het leidende industriële principe is thans nog vaak, dat natuurlijke hulpmiddelen worden gewonnen, omgevormd tot producten, verkocht en uiteindelijk afgedankt via vuilstort of verbranding. Hiertegenover plaatsen Braungart en McDonough het principe van de kringloop, ‘van de wieg tot de wieg’.

Als we werkelijk in voorspoed willen leven, zullen we het uitermate effectieve cradle-to-cradle-systeem van kringloop in de natuur moeten leren nabootsen.

*Een systeem waarin het concept van afval niet eens bestaat.*³¹⁶

In hun boek beschrijven de auteurs diverse industriële initiatieven om productieprocessen duurzamer te maken, in de zin van een ketenbenadering in plaats van een productbenadering. Deze bedrijfsstrategieën blijken samen te kunnen gaan met winstgevendheid en met het voortbestaan van de bedrijven.

314 Brundtland (1987), chapter 12, nr. 4.

315 Braungart/McDonough (2002), p. 114 e.v.

316 Braungart/McDonough (2002), p. 128.



De aandacht voor duurzaamheid is sinds de jaren '80 van de vorige eeuw in een stroomversnelling gekomen,³¹⁷ mede dankzij het beroemde rapport *Our Common Future* uit 1987 van de World Commission on Environment and Development (de commissie Brundtlandt).³¹⁸ Deze commissie kreeg het als eerste voor elkaar dat er wereldwijd aandacht ontstond voor de roep om duurzame ontwikkeling. In het rapport stelde de commissie vast dat de belangrijkste mondiale milieuproblemen het gevolg zijn van de structurele onbalans in de welvaartsverdeling in de wereld: armoede in het ene deel van de wereld en niet-duurzame productie en consumptie in het andere deel.

Sustainable development is development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs. It contains within it two key concepts:

- *the concept of 'needs', in particular the essential needs of the world's poor, to which overriding priority should be given; and*
- *the idea of limitations imposed by the state of technology and social organization on the environment's ability to meet present and future needs.*

Deze benadering heeft zeer brede navolging gekregen, met als zeer gewichtige mijlpaal de wereldwijde acceptatie van het beginsel van duurzame ontwikkeling tijdens de UN Conference on Environmental and Development in 1992 te Rio de Janeiro.³¹⁹

Op het nationale niveau heeft de WRR geadviseerd om het concept van 'duurzame ontwikkeling' te gebruiken als leidraad voor nieuw beleid en gedragsveranderingen die nodig zijn om een duurzaam evenwicht vanuit ecologisch perspectief te herstellen of te behouden.³²⁰ Duurzame ontwikkeling heeft in deze opvatting een *ecologische waarde*, dat wil zeggen een waarde die uitdrukt dat het ecologisch draagvlak voor het menselijk handelen niet in gevaar mag worden gebracht.³²¹ Dit veronderstelt dat met het gebruik van het begrip aan *huidige en toekomstige generaties overal op aarde* een recht wordt verschaft op de milieugebruiksruimte die de aarde te bieden heeft. In dit verband is van belang dat duurzame ontwikkeling niet alleen 'milieu' betreft, maar op drie pijlers steunt: people, planet, profit.³²²

Uit deze ruime begripsvorming van 'duurzaamheid' volgt dat het tot een herschikking van productie en consumptie aanzet. Het leidt bijvoorbeeld tot andere wijzen van energieproductie, tot ander gebruik van infrastructuur, tot andere bouwtechnieken. Duurzaam handelen is het twee keren of meer gebruiken van grondstoffen,³²³ uit een oogpunt van milieubehoud en respect voor de ontwikkelkansen voor ieder mens.³²⁴

De erkenning van deze waarde van duurzaamheid is echter geen gemakkelijk stand-

317 Magraw/Hawke (2007), p. 614 e.v.

318 Brundtlandt (1987).

319 Magraw/Hawke (2007), p. 615. Schrijver (2003), p. 8.

320 WRR (2002/A), p. 13 e.v.

321 WRR (2002/A), p. 14.

322 Elkington (1999).

323 Van der Heijden (2010), p. 16.

324 Schrijver (2003), p. 8.



punt en leidt niet vanzelf tot voorspelbare effecten op de inhoud van het beleid of op het gedrag van mensen. Dit blijkt ook wel uit de onoverzienbare hoeveelheid literatuur en beleidsadviezen over duurzaamheid.

*Duurzaamheid is een van die woorden waar zo veel beelden en interpretaties over bestaan, dat een spraakverwarring steeds op de loer ligt. (...) Dat duurzaamheid een complexe materie is, daar is iedereen het wel over eens. Over de juiste definitie echter niet.*³²⁵

De exacte betekenis van het begrip 'duurzaamheid' kan en zal in dit onderzoek niet worden gegeven. Dat is eenvoudigweg niet mogelijk, omdat het begrip duurzaamheid teveel een 'betwist begrip' is dat zich via het gebruik ervan in de praktijk zal moeten ontwikkelen. Los van de exacte definitie kan wel worden ingegaan op de gebruiksmogelijkheden van het begrip. Want in zijn gebruik van een begrip toont zich de werkelijke betekenis daarvan.³²⁶ In het geval van een moeilijk begrip zoals duurzaamheid is dus inzicht nodig in de omgang ermee, wat niet afhankelijk is van een sluitende of algemeen geaccepteerde definitie. Dit kan worden gebaseerd op de verklaring van 'betwiste begrippen' door de filosoof Gallie. Hij heeft onderzoek gedaan naar dit type begrippen en volgens hem gaat het om begrippen die eindeloos tot discussies leiden en waaraan mensen verschillende betekenissen blijken te kunnen geven zonder dat zij daarmee een formele taalfout maken. Hij heeft dit soort begrippen '*essentially contested concepts*' genoemd.³²⁷ Hij stelt dat de kern van dit soort betwiste begrippen is, dat zij *waardegeladen* zijn. Dat wil zeggen dat de gebruikers er een bepaalde waarde aan toekennen, en in die waarde kunnen mensen verschillen. Precies daarin raakt het begrip in zijn essentie betwist. Toch zullen de mensen het begrip blijven gebruiken: het heeft immers waarde!

Toegepast op het begrip 'duurzaamheid', blijkt dat de gebruikers van dit begrip zeer van mening kunnen verschillen over de concrete waarde ervan. Terwijl zij allen daarbij de gedeelde notie hebben dat het resultaat dat met het begrip gewaardeerd wordt, de duurzaamheid van een bepaalde handeling in een bepaalde context betreft. Paradoxaal hieraan is dat mensen hun eigen interpretatie aan het begrip blijven verlenen en dus ook naar die interpretatie zullen handelen, terwijl zij tegelijkertijd (kunnen) weten dat die interpretatie door de anderen zal worden betwist. Het weerhoudt mensen niet van hun gebruik van het begrip. De verklaring voor deze paradoxale werking van betwiste begrippen is de grote mate van *afhankelijkheid van de omstandigheden* waaronder het begrip op een gegeven moment wordt geïnterpreteerd. Veranderen de omstandigheden dan kan ook de interpretatie van een begrip in aanzienlijke mate worden gewijzigd. Met andere woorden, hetzelfde woord (*concept*) kan op verschillende manieren worden geïnterpreteerd en het kan een interpretatie (*conception*) hebben die varieert al naar gelang de waardegeladen opvatting van de gebruiker in het licht van historisch gekleurde omstandigheden.

325 Kellerman (2006), p. 2.

326 Loth (1988), p. 57.

327 Gallie (1956).



Duurzaamheid is een typisch geval van een betwist begrip, van een *essentially contested concept*. In dit kader kan worden gewezen op een rapport uit 2004 van het RIVM, dat op verzoek van de Nederlandse regering is uitgebracht. In het rapport doet het RIVM verslag van een verkenning naar de betekenis van ‘duurzame ontwikkeling’ voor Nederland. Volgens het RIVM gaat duurzame ontwikkeling in essentie over de continueerbaarheid van de gekozen kwaliteit van leven.³²⁸ Interessant aan deze conceptie van ‘duurzaam’ is de introductie van de maatstaf van ‘de gekozen kwaliteit van leven’. Het woordje ‘gekozen’ scheidt ruimte voor de stelling dat de juistheid van een bepaalde kwaliteit van leven niet objectief kan worden vastgesteld. Integendeel, volgens het RIVM is het antwoord op de duurzaamheidsvraag

*afhankelijk van de maatschappelijke opvattingen over de kwaliteit van leven, de verdeling daarvan over de wereld en wetenschappelijke inzichten in het functioneren van mens en het natuurlijke systeem.*³²⁹

De betekenis van duurzaamheid blijkt aldus afhankelijk te zijn van een maatschappelijke keuze en deze keuze verschilt – het is al gezegd – al naar gelang het wereldbeeld dat wordt gevolgd. Om het met andere woorden te zeggen: niet voor niets organiseren mensen zich in uiteenlopende politieke stromingen, van links tot rechts en van conservatief tot progressief. Dat heeft alles te maken met het bestaan van verschillende concepties van verschillende wereldbeelden. Naast de afhankelijkheid van dit soort verschillende maatschappelijke opvattingen, constateert het RIVM dat het vraagstuk van duurzaamheid ook afhankelijk is van de afspraken met betrekking tot de verdeling van schaarse goederen over de wereld en van wetenschappelijke kennis over het functioneren van de mens en van het natuurlijke systeem. Met andere woorden, duurzaamheid staat tevens in relatie tot de internationale politieke arena en tot de ontwikkelingen in de mens- en natuurwetenschappen.

Het is paradoxaal dat duurzaamheid als betwist begrip desalniettemin de belangrijkste katalysator is voor de hedendaagse veranderingen met betrekking tot standpunten van veel mensen over de bescherming van het milieubelang. Een verklaring voor deze paradox is dat het begrip richtinggevend kan zijn, juist omdat het begrip vaag is.³³⁰ Dit is een aantrekkelijke maar tegelijkertijd uitnodigende verklaring, die hier om een nader onderzoek vraagt.

In § 3.2 wordt besproken wat de katalyserende werking van het begrip ‘duurzaamheid’ inhoudt. Daarbij zal blijken dat duurzaamheid aanzet tot een transitie van allerlei vertrouwde maatschappelijke en economische processen. Dit heeft ook consequenties voor het milieurecht. Welke dat zijn, wordt uitgewerkt in § 3.3. Gaandeweg ontstaat een antwoord op de vraag hoe duurzaam handelen gereguleerd kan worden in het milieurecht, als zou worden uitgegaan van de normatieve interactiebenadering. Dit wordt afgerond in § 3.4.

328 RIVM (2004), p. 39.

329 RIVM (2004), p. 11.

330 Barstow Magraw/Hawke (2007), p. 621.



3.2. De transitie naar een duurzame samenleving

Volgens onderzoek van het RIVM beschouwt ruim 70% van de Nederlandse bevolking het vraagstuk van duurzaamheid als een 'sociaal dilemma'. Dit wil zeggen dat men alleen bereid is het eigen gedrag te veranderen ten gunste van duurzame ontwikkeling, als anderen dat ook doen.³³¹ Maar tevens blijkt dat de meeste mensen vinden dat de overheid het initiatief moet nemen voor het doorbreken van dit dilemma rond duurzaamheid.³³² Op het eerste gezicht lijkt dit een uitnodiging te zijn voor de overheid om tot ordening van onduurzaam gedrag over te gaan. Maar bij nader inzien is dat niet vanzelfsprekend, omdat het nemen van initiatief niet gelijk staat aan het ordenen van de samenleving. In dit kader kan worden gewezen op een advies van de VROM-Raad aan het kabinet, met de strekking dat het concept 'duurzame ontwikkeling' moet worden benut als kernpunt van een nieuw milieubeleid van de Nederlandse overheid. De raad komt tot dit advies op basis van een analyse van de tekortkomingen in het huidige milieubeleid. Dat beleid sluit namelijk onvoldoende aan bij de *drijfveren* van mensen. Deze aansluiting is volgens de raad echter essentieel voor de kans van slagen van het milieubeleid.

Enerzijds frustreert het huidige milieubeleid nieuwe ontwikkelingen, anderzijds worden ook milieudoelstellingen nog altijd niet gehaald. Een nieuwe opzet van het milieubeleid is daarmee hoogstnoodzakelijk geworden om wederom te kunnen werken aan verbetering van de leefomgeving en ook andere ontwikkelingen niet te belemmeren. Het concept van een duurzame ontwikkeling, waarbij verbeteringen in ecologie, economie en op het sociale vlak bij elkaar gebracht worden, zou de kern van het vernieuwde milieubeleid moeten vormen. (...) Een milieubeleid dat slechts ontwikkelingen remt, past daarmee niet binnen een perspectief van duurzame ontwikkeling.³³³

Het idee om aan te sluiten bij de drijfveren van mensen kan worden ondersteund door de normatieve interactiebenadering. Vanuit het perspectief van deze benadering kan het idee namelijk worden geherformuleerd tot een voorstel om bij de ontwikkeling van het milieubeleid uit te gaan van *wederkerigheid*. Dit wil zeggen dat de actor die een handeling uitvoert, daarmee bewust of onbewust een beeld van zijn eigen verantwoordelijkheid heeft ten opzichte van de sociale context waarin die handeling wordt uitgevoerd (zie § 2.3.2). Wanneer die sociale context een actor aanleiding geeft om aan te nemen dat hij een duurzame verantwoordelijkheid heeft, dan is sprake van een verwachting dat hij zijn handelen op een *duurzaam handelingsontwerp* baseert. Het milieubeleid van de overheid kan gebruik maken van deze consequentie van de sociale context van het handelen, door die context zodanig te reguleren dat actoren uitgaan van een maatschappelijk gewenste verantwoordelijkheid voor duurzaam handelen. Dit milieubeleid benut de wisselwerking tussen de drijfveren van actoren en de

331 RIVM (2004), p. 56.

332 RIVM (2004), p. 11, p. 41 en p. 205.

333 VROM-Raad (2009), pp. 63-64.



sociale betekenis van duurzame verwachtingen voor die drijfveren. Zodoende kan de overheid duurzaam handelen reguleren.

3.2.1. Een duurzame rechtsorde

Het begrip 'duurzaamheid' conceptualiseert dat mensen hun handelingen linksom of rechtsom dienen af te stemmen op de belangen van mensen die geen deel uitmaken van de 'eigen' rechtsgemeenschap, als ook met de belangen van toekomstige generaties. In wezen zet het begrip de verhouding tussen de mens en de natuur hierdoor centraal.

Als een donderslag bij heldere hemel wordt dan ook duidelijk dat natuur en cultuur, het menselijke en het niet-menselijke, onlosmakelijk verweven en lotsverbonden zijn.³³⁴

Over de verhouding tussen de mens en de natuur kan echter heel verschillend worden gedacht. Dat komt doordat die verhouding afhankelijk is van het gehuldigde wereldbeeld, dat wil zeggen van de opvatting hoe de samenleving c.q. de wereld begrepen kan worden. Dit maakt dat de vraag naar de betekenis van 'duurzaam handelen' een fundamentele filosofische-ethische vraag is, die op grond van verschillende wereldbeelden op verschillende wijze kan worden beantwoord.³³⁵ In de literatuur worden twee grondhoudingen tegenover elkaar gezet om het debat over de betekenis van 'duurzaam handelen' te verduidelijken.³³⁶

1. Een antropocentrische grondhouding. Hierbij is de mens maatgevend voor het begrip van de wereld en voor de mogelijkheden om de natuur te begrijpen en te gebruiken. De natuur is dus object van menselijk handelen, dat in bezit genomen kan worden (eigendomsrechten) en dat benut kan worden voor menselijke doeleinden.
2. Een ecocentrische grondhouding. Hierbij heeft de natuur intrinsieke waarde, die maatgevend is voor de handelingsruimte van mensen. In zijn extreme variant heeft de natuur bepaalde onvervreembare rechten die de mens tot wet stellen.

In dit onderzoek wordt uitgegaan van het antropocentrische perspectief. Centraal staat het handelende individu, die door interactie tevens deelnemer is aan de sociale samenleving. Actoren verlenen allerlei betekenissen aan de dingen, niet alleen aan fysieke objecten en hun gebruiksmogelijkheden maar ook aan immateriële dingen zoals woorden, ideeën en rechtsregels (zie § 2.2). Natuurwaarde is ook zo'n ding. Op basis van dit uitgangspunt wordt hier tevens aangenomen dat wetenschappelijke kennis over zoiets als de 'natuurlijke kringloop' historisch contingent is en in principe feilbaar. Dit is anders in het ecocentristische perspectief. Daarin wordt vooronderstelt dat er nieuwe ecologisch verantwoorde gedragsnormen moeten worden ontwikkeld.³³⁷

³³⁴ Gutwirth/Van Maanen (1995), p. 5.

³³⁵ Gutwirth/Van Maanen (1995), p. 5.

³³⁶ Korthals (1994), pp. 26-27; Gutwirth/Van Maanen (1995), p. 7 e.v.; Fleurke/Michiels (2010), p. 105; Bastmeijer (2011), p. 18.

³³⁷ Bijv. De Sadeleer (1995), p. 99.



De benadering gaat uit van een dogmatische stelling over het verloop van natuurlijke kringlopen, waarvoor ecologische parameters moeten worden opgenomen in het rechtssysteem. Een recent voorbeeld hiervan is het voorstel van Biezeveld om de 'ecologische voetafdruk' van de samenleving te verkleinen via het limiteren van de 'milieu-gebruiksruimte' van een generatie in een bepaald gebied.³³⁸

Het deficit van het ecologische wereldbeeld is scherp neergezet door Korthals.³³⁹ Hij betoogt dat er geen radicaal onderscheid kan worden gemaakt tussen natuur en maatschappij, juist omdat iedere betrokkenheid van mensen bij de natuur tot gevolg heeft dat de natuur door die betrokkenheid onmiddellijk en onvermijdelijk tot een *social arrangement* wordt gemaakt.³⁴⁰ En voor dergelijke arrangementen geldt dat zij zich constant tot vernieuwende menselijke gedragscodes kunnen ontwikkelen. Dit geldt dus ook voor de hedendaagse ontwikkeling van gedragscodes die gericht zijn op duurzaam handelen. Anders gezegd, de aanleiding voor deze ontwikkelingen kunnen weliswaar een ecologische aanleiding zijn, maar de ontwikkeling zelf is antropologisch. Vanuit zijn antropologische perspectief interpreteert Korthals duurzaamheid als een ethisch principe dat uitnodigt tot concretisering op basis van *phronesis*. Dat wil zeggen dat de concretisering mogelijk is op basis van het vermogen van mensen om situaties op hun ethische relevantie in te schatten en daarnaar te handelen.

*Het is een oriëntatiepunt, dat zelf niet realiseerbaar is, maar des te krachtiger leidraad kan zijn bij de deliberaties en het handelen van burgers.*³⁴¹

Dat duurzaamheid een ethisch principe is waarnaar gehandeld kan worden, is geen vrijblijvende uitspraak. Het brengt tot uiting dat mensen, bedrijven en instanties rekening moeten houden met het belang van *unknown others* bij de instandhouding van de kwaliteit en toekomstwaarde van het milieu. Dit wordt hieronder uitgewerkt tot een *waarde van duurzaam handelen*, wat inhoudt dat duurzame belangen van anderen onderdeel zijn van het ontwerp van eigen handelingen. Dit veronderstelt de (h)erkenning van de positie van actoren die elders in de wereld of later in de tijd geraakt kunnen worden door een milieurelevante handeling.

Het is de vraag wat de positie van *unknown others* in juridisch zin betekent. Maakt het dat toekomstige generaties rechtsubjectiviteit bezitten? Door Verschuuren is betoogd dat de verplichtingen van de huidige generatie ten opzichte van toekomstige generaties door niemand afdwingbaar en niet te concretiseren zijn en dat de toekenning van rechtsubjectiviteit daarom niet past in ons rechtssysteem. Dat systeem is gemaakt door en voor mensen in een bepaalde samenleving in een bepaald tijdperk.³⁴² De morele verplichting van de huidige generatie jegens latere kan volgens hem wel op andere wijze juridisch vorm krijgen binnen het rechtssysteem, namelijk door de duur-

338 Biezeveld (2009), pp. 250 e.v.

339 Korthals (1994), pp. 26-31.

340 Korthals (1994), p. 27, onder verwijzing naar B. Latour, *Wetenschap in actie*, 1988.

341 Korthals (1994), pp. 48-49.

342 Verschuuren (1993), pp. 62-63.



zame belangen van toekomstige generaties te objectiveren tot een waarde die in het handelen (hier en nu) behartigd moet worden.

Dit betoog verdient hier navolging, aangezien het een conceptie van 'duurzaamheid' is die past bij het antropocentrische en normatieve perspectief dat hier wordt uitgewerkt. Natuur en milieu worden opgevat als objecten van handelen en van menselijke kennis. Daaraan kunnen de belangen van diverse actoren (hier en nu, elders en later) worden afgemeten.

Maar wat betekent dit nieuwe en betwiste begrip 'duurzaamheid', dat zich desalniettemin toch ontwikkelt tot waarde voor het handelen? En wat betekent het voor het rechtssysteem? Duurzaamheid conceptualiseert dat mensen hun handelingen, linksom of rechtsom, dienen af te stemmen op de belangen van mensen die geen deel uitmaken van de 'eigen' rechtsgemeenschap en ook met de belangen van toekomstige generaties. Het begrip 'duurzaamheid' voegt dus iets essentieels toe aan de 'formele topologie' van de publieke ruimte (§ 2.3.3 en § 2.3.4). De formele topologie wil zeggen dat het referentiekader van het recht nooit volledig bepaald is, omdat de ruimte van het recht deels onderbepaald is. Daardoor staat het recht principieel open voor een pluraliteit van actoren en voor nieuwe normen voor het handelen (§ 2.4.3). Dit is, met andere woorden, de idee van de sociale rechtsorde. Want handelingen kunnen weliswaar ontelbaar keren worden herhaald en per keer zijn zij telkens uniek. Maar in al die unieke en herhaalbare uitvoeringen is telkens en tegelijkertijd ook sprake van hetzelfde handelingsontwerp. Aan dat ontwerp is de rechtsorde af te lezen.

Iedere individuele handeling is dus eenmalig in zijn uitvoering, terwijl het ontwerp van die handeling zorgt voor herhaalbaarheid en daarmee voor de eenheid van handelen (§ 2.3.3). Zo is het ook met duurzaamheid. Een duurzame handeling is telkens een unieke gebeurtenis, maar de formulering van de waarde van duurzaam handelen brengt eenheid. De eenheid is dat het duurzaam handelen herhaalbaar moet kunnen worden uitgevoerd. Zo ontstaat als vanzelf een idee van de duurzame rechtsorde. Dit heeft consequenties voor het milieurecht. Want in alle functies die het recht in zijn algemeenheid kan vervullen (regulerend en beheersend, toetsend en oordelend, oriënterend en richtinggevend), krijgen rechtshandelingen uiteindelijk de betekenis die past in de context waarin zij werden verricht. De duurzame rechtsorde maakt onderdeel uit van die context.

3.2.2. *De transitieparadox*

Het publiek verwacht dat de overheid het initiatief neemt en remmingen uit het huidige milieubeleid wegneemt, om duurzame ontwikkelingen mogelijk te maken. Dit impliceert dat de overheid over de juiste middelen, vaardigheden en kennis beschikt om dit voortouw te nemen. Het is echter de vraag of en hoe de overheid deze uitdaging aan kan pakken. Door Rotmans is beschreven dat duurzaamheid een hardnekkige opgave is die een hele serie van structurele omwentelingen vergt. Dit betreft niet alleen technologische vernieuwingen en vernieuwingen van productie- en consump-



tieprocessen, maar vooral ook institutionele en bestuurlijke vernieuwingen.³⁴³ Samen-gevat, kent de structurele vernieuwing die hij voorstaat twee onderdelen:

- het inrichten en organiseren van een vernieuwingsnetwerk (innovatie);
- het opheffen van bestaande barrières, zoals belemmerende institutionele kaders en regelgeving.

Rotmans betoogt dat deze vernieuwing geen geringe bijstelling betreft van het bestaande maatschappelijke stelsel aan wijzigende omstandigheden. In plaats daarvan is sprake van een *transitie* naar een andere manier van samenleven en naar een andere rol voor de overheid. Dit laatste is volgens hem noodzakelijk, omdat de slagingskans van het duurzame transitieproces niet van bovenaf kan worden gestuurd.³⁴⁴ Daarvoor is de transitie een te complex en ingrijpend maatschappelijk proces, waarvoor klassieke sturingsmechanismen en sturingsprincipes niet werken. Hij noemt dit de transitieparadox.

*Transitieparadox: door transities en systeeminnovaties op haar eigen wijze te gaan sturen via beheersen, controleren en regelen, vormt de overheid zelf de grootste barrière voor het realiseren van brede maatschappelijke transities.*³⁴⁵

Vanwege deze paradox stelt Rotmans dat de sleutel tot de duurzame samenleving te vinden is in nieuwe sturingsvormen en nieuwe omgangsvormen. De transitie is volgens hem niet te sturen (managen) in termen van volledige controle en beheersing maar wel in termen van beïnvloeding, aanpassing en bijsturing. Zijn conclusie is dat de overheid een nieuwe rol heeft, gericht op het inrichten van het vernieuwingsnetwerk en gericht op het actief deelnemen aan dat netwerk.³⁴⁶

De overheid moet dus niet overgaan tot het ordenen van de duurzame samenleving. Dat zou tot klassieke wijzen van machtsuitoefening leiden, met *top-down* sturing. Het effect daarvan zou onvermijdelijk zijn dat de overheid steeds meer regels uitvaardigt en tot intensieve handhaving daarvan moet overgaan. Deze werkwijze is echter niet vanzelfsprekend geschikt voor het bereiken van een duurzame samenleving. Dit is ook het cruciale punt in een rapport van de WRR uit 2002.

*Een strakke sturing van alle processen die voor duurzame ontwikkeling van belang zijn, veronderstelt dat de overheid met behulp van nauwkeurige normen en streng toezicht de private sector tot het gewenste gedrag kan brengen. Deze veronderstelling is niet realistisch. Zij vergt immers een kennis- en een controlepotentieel bij de overheid waarover deze niet beschikt. De veronderstelling is ook ongewenst, omdat het de eigen verantwoordelijkheid bij de private sector ten aanzien van duurzame ontwikkeling verengt tot het volgen van de regels van de overheid.*³⁴⁷

Maatschappelijke partijen met een eigen verantwoordelijkheidsgevoel blijken onmisbaar te zijn voor het formuleren en realiseren van duurzame ontwikkeling. En de

343 Rotmans (2003), p. 29.

344 Rotmans (2003), p. 82.

345 Rotmans (2003), p. 83.

346 Rotmans (2003), p. 85.

347 WRR (2002/A), p. 38.



overheid staat niet boven, maar te midden van allerlei netwerken van bedrijven, belangenorganisaties, kennisinstellingen en consumenten.

De transitieparadox is een uitdaging voor de gebruiksmogelijkheden van het huidige milieurecht. De sleutel tot de duurzame rechtsorde is immers te vinden in nieuwe sturingsvormen en nieuwe omgangsvormen. Dit veronderstelt een actieve, niet neutrale beoordeling door het overheidsbestuur van duurzame en onduurzame initiatieven en activiteiten. Daarbij ontkomen de bevoegde overheidsinstanties er niet aan om nieuwe en onzekere omstandigheden mee te laten wegen in het oordeel. Dit impliceert dat in het bestuurlijk besluitvormingsproces ook nieuwe of onzekere interpretaties van de relevante feiten en belangen ingebracht moeten kunnen worden. De beoordeling van die interpretaties moet dan echter wel mogelijk zijn binnen de grenzen die het recht aan de bestuurlijke besluitvorming oplegt. Het probleem van de sturing op duurzame transitie wordt hierdoor ten volle zichtbaar in de rechtspraktijk van het openbaar bestuur.

3.2.3. *Less government but not less governance*

In 2002 heeft de WRR het rapport “De toekomst van de nationale rechtsstaat” gepubliceerd. In dit rapport beschrijft de WRR dat het functioneren van de Nederlandse rechtsstaat in een spanningsveld is komen te staan van de internationalisering en van de individualisering. In de reactie op het rapport heeft het kabinet dit spanningsveld voor het presteren van de moderne overheid treffend verwoord.

De overheid wordt steeds meer beoordeeld op moderne criteria als efficiency en afwezigheid van bureaucratie. Dit komt steeds minder overeen met het klassieke patroon van overheidssturing met strikte regels.³⁴⁸

De rol en taak van het bestuur verandert als gevolg van de tendens dat mensen in een veelheid van netwerkrelaties staan met andere mensen en instanties. Hierbij is sprake van een vervaging van de fysieke grenzen voor producten, informatie, ideeën en arbeidskansen (globalisatie). Alles en iedereen kan uitwaaien over bijna alle streken van de wereld. Is het niet letterlijk, dan wel via de digitale ontsluiting van kennis en relaties. Een opvallend verschijnsel is daarbij dat overheden niet alleen betrokken raken in maatschappelijke netwerken van burgers en bedrijven, maar dat zij zich onderling groeperen in samenwerkingsverbanden (zoals de EU) en dat ook mensen en bedrijven zich in allerlei groepen organiseren op een schaal die afwijkt van de schaal van de natiestaten (NGO's, regionale en internationale rechtspersonen). Via dit soort entiteiten behartigen individuen, bedrijven, instellingen en overheden hun individuele en groepsbelangen. Bovendien is in toenemende mate sprake van internationale, nationale en regionale coöperatie tussen instanties en particuliere actoren.³⁴⁹ Beide trends, groepsvorming en coöperatie, leiden er mede toe dat die belangen niet exclusief door

348 TK 2003-2004, 29 279, nr. 1, p. 11.

349 Castells (2000), p. 147.



de centrale overheid worden behartigd. Ook wat dit betreft zijn veel varianten ontstaan op de klassieke relatie tussen staten en diens onderdanen.³⁵⁰

Kort geleden stond er een klein bericht in de marge van het NRC Handelsblad, dat de betekenis van netwerkrelaties in één keer neerzet. De titel was 'Spitsheffing Rotterdam maakt einde aan files'.³⁵¹ Het bleek te gaan om een pleidooi van het Havenbedrijf Rotterdam in samenwerking met Vereniging Milieudefensie. Op het eerste gezicht niet de meest natuurlijke bondgenoten, maar schijn bedriegt. Beide instanties vrezen dat de wetgever het wetsvoorstel Wet kilometerheffing intrekt en dat daardoor de files rond Rotterdam blijven bestaan. Zonder beprijzing van het wegverkeer in de spits zal de leefbaarheid in en rond de stad volgens beide verslechteren. Via de media roept het gelegenheidsverbond daarom op om de regio Rotterdam toe te staan dat een regionale kilometerheffing wordt ingevoerd, ongeacht de landelijke wet.

Het voorbeeld laat zien dat het klassieke mechanisme van een overheid die de handelsruimte van de onderdanen en hun levensgebeurtenissen ordent en reguleert via een gesloten regelsysteem binnen een afgebakend grondgebied (*command and control*), botst met de realiteit van de globaliserende en individualiserende leefwereld. Dat is een leefwereld waarin mensen zich niet primair oriënteren op het formele recht van de overheid, maar ook en vooral eerst op de onderlinge verwachtingen en belangen, in een netwerk van georganiseerde relaties.³⁵² En dit is een leefwereld waarin burgers gekend willen worden in hun visie en hun kennis, zowel voordat een centrale overheid tot de uitoefening van diens rechtsmacht overgaat als ook tijdens de uitvoering van die macht en bij de verantwoording achteraf. De juridische regels van de centrale wetgever worden dus nog wel benut in de netwerkrelaties, met name om de onderlinge verhoudingen en verwachtingen te coördineren en eventueel aan te jagen. Maar het overheidsrecht kan de relaties en belangen niet domineren in de zin van totstandkoming of redengeving ervan.³⁵³ Met andere woorden, er is sprake van *less government but not less governance*.³⁵⁴ Het begrip 'governance' geeft uiting aan het feit dat de sturing van de overheid zal moeten aansluiten bij autonome maatschappelijke ontwikkelingen.

Een goed voorbeeld hiervan is de open brief van 80 leiders van nationaal en internationaal opererende bedrijven aan de kabinetsformateur in 2006, met de oproep om duurzame bedrijvigheid te steunen met overheidsbeleid dat uitgaat van een mondiale visie op natuur- en klimaat. Een selectie uit de brief vat de problematiek goed samen.

Wereldwijd verdwijnen de ecosystemen, de natuurlijke eenheden van onze planeet met enorme snelheid met als oorzaak voornamelijk menselijk handelen. (...) Wij, mensen werkzaam in nationale en internationale bedrijven, maken

350 Hey (2003), p. 115.

351 NRC 4/5 juni 2011, Arjen Schreuder (red.).

352 Moore (1973), p. 137 e.v.

353 Altvater (2000), p. 23.

354 Lewis (1996), p. 14.



ons grote zorgen hierover en vinden dat deze problematiek de afgelopen jaren te weinig aandacht heeft gehad in de nationale politieke discussie. (...) Wij vinden dat u het beschermen van ons leefmilieu zowel hier als wereldwijd een hogere prioriteit moet geven. Dit is in het belang van onze toekomst, onze economie en ons welzijn. Het Nederlandse bedrijfsleven moet gestimuleerd worden om leiderschap te tonen en zelf bij te dragen aan duurzame ontwikkeling, maar ook de ruimte krijgen om zich verantwoordelijk op te kunnen stellen. Dit betekent dat regels uitvoerbaar moeten zijn, en dat duurzaamheid beloond wordt en niet wordt tegengewerkt via het vrij baan geven aan onduurzaam gedrag.³⁵⁵

De brief is een voorbeeld van de veranderde rol van de overheid, als een actor te midden van andere actoren. Zij willen gezamenlijk vorm en inhoud geven aan de waarde van duurzaam handelen.

Dat de rol van de overheid verandert, is ook scherp opgemerkt door de VROM-Raad. In een advies aan de minister van VROM over de regelgeving voor het ruimtelijk domein (waaronder het milieurecht) stelt de Raad dat de relaties tussen overheid en samenleving diffuser zijn geworden.

In plaats van een hiërarchische, overheidscentristische verhouding tussen overheid en samenleving, zijn de relaties nu diffuser. Actoren werken steeds meer in gemengde publieke en private netwerken. In de wetenschap wordt dit beschreven als een omslag van het 'government'-model naar een 'governance'-model.³⁵⁶

Aan dit beeld van de verandering van de publiek-private verhoudingen in het ruimtelijke domein verbindt de Raad als conclusie dat er grote wijzigingen nodig zijn in de afwegingsstructuur en in het afwegingskader van het ruimtelijk beleid van de overheid. Weg van de orderingsbenadering dus, naar een beter paradigma. Want het moderne *governance-model* past niet bij de klassieke opvatting over de orderende macht van het openbaar bestuur.³⁵⁷ De overheidspartij zou immers op basis van die klassieke verworvenheden de relaties in netwerken willen domineren, vooral op basis van de altijd aanwezige mogelijkheid van de inzet van centrale regels en handhaving (politie- of bestuursmacht). Op papier lijkt dit daadwerkelijk het geval te kunnen zijn. Maar feitelijk is de situatie veeleer zo, dat marktpartijen, belangengroepen en individuen de waarde van hun handelen mede bepalen of zelfs geheel domineren. Vaak wil of kan de overheidspartij geen verantwoordelijkheid nemen voor een maatschappelijk probleem, laat staan dat die overheid het probleem in een systeem van regels en controle kan vatten. Formeel-juridisch kan dit misschien wel, maar feitelijk niet: het zwaard van de overheid is lang niet zo scherp als het lijkt. Neem bijvoorbeeld de milieuregelgeving voor complexe industriële installaties (IPPC-inrichtingen, meer hierover in § 4.4.2). Feitelijk worden de meeste milieunormen voor deze installaties zelden opgesteld door een overheidswetgever, zoals je wel zou verwachten als je uitgaat van het klassieke concept van de democratische rechtsstaat met een wetgevende

355 Open brief 12 december 2006, www.iucn.nl/LFN.

356 VROM-Raad (2006), p. 14.

357 Aalders (2008), p. 140.



macht die *a priori* bepaalt wat goed of slecht is voor het milieu. De realiteit is anders. De meeste milieunormen voor industriële installaties worden opgesteld in voortdurend overleg in commissies van experts en in gelijktijdige onderhandelingen met allerlei maatschappelijke betrokkenen zoals milieuverenigingen, bedrijfsleven en burgerpanels. Dit gebeurt niet eens op nationaal niveau, maar in Europees verband. De nationale overheid is een actor en een factor in dit netwerk en bevindt zich te midden van de andere actoren met hun eigen agenda's, doelen en expertises.

Er is bovendien sprake van een diepere dimensie achter de feitelijkheid van het milieurecht en de regulering van het handelen in verband met de bescherming van het milieubelang in ruimtelijke projecten en milieurelevante activiteiten. Die dimensie heeft te maken met de algemene begrippen en rechtsbeginselen van de rechtsgemeenschap. In § 2.3.3 werd beschreven dat iedere feitelijke interactie ook een verantwoordelijkheid voor het 'algemeen belang' meebrengt. Dit belang heeft geen vaste inhoud maar wordt bij iedere handeling en bij iedere beslissing vóórondersteld. Het zorgt ervoor dat iedere interactie onvermijdelijk rekenschap van de positie van anderen in de publieke ruimte vereist. Goed handelen om eigen belangen gaat hand in hand met een morele verantwoordelijkheid voor andere belangen in de samenleving. Deze diepere dimensie verschaft betekenis aan de waarde van duurzaam handelen voor concrete handeling en voor concrete beslissingen van overheidsinstanties.

3.3. De regulering van duurzaam handelen

Duurzaamheid heeft intrinsieke waarde voor het handelen.³⁵⁸ Het geeft richting aan de individuele keuzeruimte binnen sociale handelingspatronen. In dit verband kan worden voortgebouwd op het inzicht van de filosoof Lewis, dat een individuele keuze altijd een vorm van kiezen in een sociale setting is. De reden hiervoor is dat actoren bij het nastreven van hun vrijheid wederkerig afhankelijk zijn van de wijze waarop andere actoren een uitvoering geven aan datzelfde streven. De uitoefening van vrijheid is onlosmakelijk verbonden met sociale interactie, conform de basale norm dat de vrijheid van de een ophoudt waar de vrijheid van de ander wordt geschonden.³⁵⁹

Individuals choose in social settings; there is no alternative scenario available.

*This means choosing in a context of otherness.*³⁶⁰

Lewis stelt vervolgens dat we moeten uitgaan van de realiteit dat mensen in allerlei vormen van private en publieke gemeenschappen participeren. Het fundament voor die gemeenschappen bestaat uit vertrouwen, solidariteit, alledaagse omgangsvormen, onderlinge afstemming van handelingen.³⁶¹ Dit heeft belangrijke consequenties voor de klassieke tweedeling van machtsverdeling tussen 'de wetgever' en 'de burger' en voor de bijpassende opvatting over rechtvaardigheid ten opzichte van de verdeling van maatschappelijke verantwoordelijkheid. In dit kader kan worden aangesloten bij het betoog van Scheltema, dat het huidige 'idee van de overheid' niet meer past bij de oor-

358 Verschuuren. Zie § 3.2 hierboven.

359 Lewis (1996), p. 9.

360 Lewis (1996), p. 6.

361 Lewis (1996), p. xv.



spronkelijke opvatting van de soevereine staat (§ 1.4). Het is noodzakelijk om de vereisten van grondwettelijkheid, machtenscheiding, grondrechten en democratische controle aan te passen aan de realiteit van internationalisering en privatisering. Want het fenomeen van het afleggen van verantwoordelijkheid treedt in de huidige moderne tijd buiten de traditionele kaders van de overheid. Vanuit het perspectief van de normatieve interactie is deze verschuiving van verantwoording geen bedreiging voor het functioneren van de rechtsorde. Het is wel een verschuiving van *'government naar governance'* (§ 3.2.3). Dit biedt een kans om andere vormen van verantwoordelijkheid en verantwoording te ontwerpen, vanuit een idee van democratisering van de sociale verhoudingen. Het houdt onvermijdelijk in dat actoren een actieve rol kunnen en moeten nemen voor het beschermen en concretiseren van de waarde van duurzaam handelen.

Het gevolg van de paradigmawisseling die hiermee voor mogelijk wordt gehouden, is een binnenstebuiten kring van de doorwerking van het idee van de rechtsstaat in het milieurecht. De klassieke conceptie van dat idee is gericht op de institutionalisering van zoveel mogelijk waarborgen tegen ongerechtvaardigde vrijheidsbeperkingen van burgers door de overheid. Door het voortgaande proces van democratisering en globalisering richt het idee van de rechtsstaat zich echter niet langer exclusief op de 'verticale verhouding' van de overheid en diens onderdanen. Vandaar ook dat in dit hoofdstuk het begrip *'rechtsorde'* is gebruikt, dat een bredere toepassing heeft dan *'rechtsstaat'*. Het begrip *'rechtsorde'* is het tevens de uitdrukking van de noodzaak om een bemiddelend recht in stand te houden op basis waarvan actoren in hun interactie de juiste en rechtvaardige argumenten kunnen vinden voor een duurzame wijze van handelen. Zo wordt het mogelijk om de verhouding tussen het handelen en het rechtssysteem te begrijpen zonder uit te komen op een orderingsbenadering waarin gedacht wordt dat het handelen systematisch moet worden gekoloniseerd door procedures, autoritaire bevelen en correctieve instrumenten van de overheid.³⁶² De architectuur van het recht is echter complexer dan *command and control* door de overheid, omdat het uit twee elementen bestaat (zie § 2.3.6); een institutioneel kader en een conceptueel netwerk. Beide elementen bepalen tezamen ook de architectuur van een duurzaam milieurecht. Dit betekent dat het milieurecht duaal moet worden ingericht, zodanig dat het de institutionele kaders levert voor het transitie management van overheid en samenleving en dat het tegelijkertijd een bemiddelende functie heeft voor het duurzaam handelen van actoren.

3.3.1. *De architectuur van een duurzaam milieurecht*

Het milieurecht reguleert het handelen van burgers en ook van de overheid. Het zorgt voor bestaande normen en voor procedures waarmee de milieugevolgen van handelingen kunnen worden beoordeeld. In sociologische termen zou kunnen worden beschreven dat het milieurecht een dominante structuur oplegt aan het handelen via

362 Giddens (1984), p. 181.



voorgeschreven maatschappelijke rollen, normen en procedures. Zo beschouwd, leidt het milieurecht tot een *institutionalisering* van het handelen. Want in een proces van institutionalisering worden de intenties en handelingen van mensen tot gedragspatronen die verband houden met de normen en waarden van de samenleving. Hoe dit soort processen te werk gaan, is diepgravend uitgezocht door Zijderveld.

*Whenever and wherever people set out together to realize certain goals, their actions and interactions almost immediately form patterns of behaviour to which values and norms are related.*³⁶³

Inzicht in het proces van institutionalisering kan een verklaring opleveren waarom het milieurecht in de perceptie van velen voornamelijk een limiterende en structurerende werking heeft. Aan dit effect van de regulering van het handelen valt *bijna* niet te ontkomen, als gevolg van de imperatieve werking van veel normen en procedures (zie § 2.3.7). Maar tegelijkertijd is dit niet onmogelijk. Van Zijderveld kan namelijk ook het inzicht worden overgenomen dat geen enkele ‘institutionele imperatief’ onveranderlijk is.³⁶⁴ Dit heeft te maken met het vermogen van mensen om naar eigen inzicht creatieve, dissonante en zinvolle keuzen te maken. Alle traditionele en relatief onwrikbare betekenissen, rollen, gedragspatronen en ook rechtsnormen in de sociale werkelijkheid zijn daarom vatbaar voor aanpassing aan wijzigende maatschappelijke omstandigheden. Sterker, ze zijn zelfs vatbaar voor vergankelijkheid. Dit relativeert de imperatieve kwaliteit van het institutionele kader van het milieurecht tot een vorm van *institutionele reflexiviteit* (vgl. § 2.3.5).³⁶⁵

Wat hiervan zij, het institutionele kader is niet het enige element van het milieurecht. Want daarnaast wordt het geladen door de onderbepaalde begrippen van de publieke rationaliteit: vrijheid, rechtvaardigheid en verantwoordelijkheid. Van oudsher ligt hierbij de nadruk op de negatieve voorwaarden voor het vrijheidsbeperkende gebruik van publieke instrumenten door het overheidsbestuur. Dit uitgangspunt is echter niet vanzelfsprekend bruikbaar voor een duurzaam milieubeleid. In dat beleid is namelijk onderkend dat de belangrijke milieuproblemen niet zwart-wit zijn en dat zij niet kunnen worden opgelost indien enkel wordt gestuurd op basis van bestaande vormen van vrijheidsbeperking en gedragsbeïnvloeding door de overheid, zoals fiscale, economische, juridische of communicatieve prikkels. Het milieubeleid zal minstens zoveel waarde moeten hechten aan het inzicht dat de gedragskeuzen die aan de milieuproblemen ten grondslag liggen, samenhangen met systematische kansen en belemmeringen in de sociale en institutionele omgeving. Dat wil zeggen, dat milieuproblematisch gedrag onlosmakelijk is verbonden met de fysieke infrastructuur, politieke conventies, economische verhoudingen, bestaande regelgeving en bestaande kennis bij het publiek.

*Het is duidelijk dat de wortels van de grote milieuproblemen verweven zijn met het hele maatschappelijke systeem.*³⁶⁶

³⁶³ Zijderveld (2000), p. 37.

³⁶⁴ Zijderveld (2000), p. 71.

³⁶⁵ Vrij naar Giddens (1994), p. 185.

³⁶⁶ NMP 4 (2001), p. 24.

In reactie op de kloof tussen het milieurechtssysteem en de snelle ontwikkelingen in de sociale praktijk, kan het milieurecht op een nieuwe manier worden ingericht.³⁶⁷ Deze herinrichting is wat in de sociologie een structuratieproces wordt genoemd (§ 2.3.2 en § 2.3.4). Kort herhaald, houdt dit in dat sociale systemen en het handelen van actoren elkaar wederzijds beïnvloeden.³⁶⁸ Momenteel is in het milieubeleid sprake van een begin van een dergelijk reflexief veranderingsproces, onder de noemer van 'systeeminnovatie'³⁶⁹ danwel 'transitiemanagement'.³⁷⁰ Wat dit inhoudt, is scherp geformuleerd in het milieubeleid van de rijksoverheid uit het begin van de jaren 2000.

Die transformatie houdt technologische, economische, sociaal-culturele en institutionele veranderingen in, die op elkaar inwerken en elkaar moeten versterken. (...) Dit vereist vormen van planning en transitiemanagement. (...)

*Transitiemanagement vraagt om een procesgerichte sturing waarin onzekerheid, complexiteit en samenhang kernbegrippen zijn.*³⁷¹

De procesgerichte sturing die volgens dit beleid nodig is, omvat het leren omgaan met onzekerheden, het openhouden van opties en het integraal denken op lange termijn en het realiseren van oplossingen op het juiste schaalniveau (lokaal, nationaal, internationaal) met een uitdrukkelijke maar gevarieerde overheidsrol (schakelen, stimuleren, sturen, handhaven). Uit deze aanpak kan worden afgeleid dat de overheid zich moet concentreren op complexe en langdurige veranderingsprocessen, waarbinnen sprake is van integraliteit, open normen en interactieve besluitvorming. Tegelijkertijd kan worden opgemerkt dat deze werkwijze aanleiding kan zijn voor een conceptuele bijstelling, een reflexieve institutionalisering, vanwege een aantal belangrijke sociale ontwikkelingen voor de regulering van milieubelastende handelingen:

- een democratisering van de meningsvorming;
- een privatisering van de verantwoordelijkheid voor duurzame belangen;
- een conceptuele ontwikkeling van het begrip 'bestaande rechten';
- een contextualisering van de besluitvorming.

De *democratisering van de meningsvorming* tussen de actoren die bij een concrete duurzaamheidsopgave betrokken zijn, vloeit voort uit het gegeven dat de overheid een actor te midden van een netwerk van actoren is en dat de overheid daarin niet de rol of mogelijkheid heeft om de anderen eenzijdig een wil op te leggen.³⁷² In plaats daarvan moet de inzet van de overheidspartij gericht worden op het creëren en vooruithelpen van adequate interactieprocessen, waarin sprake kan zijn van legitieme en participatieve vormen van meningsvorming over de consequenties van het concrete duurzaamheidsvraagstuk voor het handelen van de betrokkenen.

367 NMP 4 (2001), pp. 68 e.v.

368 Giddens (1994), p. 57. Daarover Grin/van de Graaf/Vergragt (2003), pp. 62-63.

369 NMP 4 (2001), p. 68.

370 WRR (2003), p. 48. Rotmans (2003).

371 NMP 4 (2001), p. 80.

372 WRR (2008/b), p. 160.

Het is van belang dat hierbij wordt uitgegaan van een ruime conceptie van het begrip 'actor'. Immers, duurzaamheid is bij uitstek een vraagstuk dat dwingt tot bijstelling van de tijd- en ruimtegebonden aspecten van het handelen en dus tot bijstelling van de vraag wie relevante actoren zijn waarop het handelen moet worden afgestemd. Duurzaamheid treft niet alleen bepaalde direct te herkennen actoren in een kenbaar tijdperk en binnen een overzichtelijk grondgebied van een land of regio. Integendeel, het raakt juist actoren in andere delen van de wereld en in toekomstige tijden. Bij de democratisering van de meningsvorming over de duurzaamheid van bijvoorbeeld ruimtelijke projecten of ingrepen in de natuur, zal rekening moeten worden gehouden met de belangen van deze abstracte categorieën anderen (*unknown others*). Hoe dit in milieurechtelijke besluitvorming mogelijk is, is onderwerp van hoofdstuk 4.

De *privatisering van de verantwoordelijkheid voor duurzame belangen* vloeit voort uit de opvatting dat duurzaamheid normatieve kracht heeft voor het handelen van actoren. De waarde van duurzaam handelen betekent dat actoren hun handelingen niet zuiver egoïstisch kunnen bepalen, maar dat zij de mate van duurzaamheid altijd ook vanuit het gezichtspunt van de positie van anderen moeten opvatten. Als gezegd, gaat het daarbij om een afweging van de belangen van *'generalized and unknown others'*. Hiermee krijgen actoren in het interactieproces een directe eigen verantwoordelijkheid voor het meewegen van de duurzame belangen van anderen. De institutionalisering hiervan kan zijn neerslag vinden in het ideaal van evenredigheid. Evenredigheid houdt in dat ieder het zijne krijgt. De waarde van duurzaam handelen leidt er dan toe dat de definitie van 'het zijne' geen beleidskeuze is die is voorbehouden aan de politieke macht van de overheid. In plaats daarvan veronderstelt duurzaamheid dat actoren dit mede zelf construeren en dus uit zichzelf verantwoorde keuzen moeten maken. Zo bezien is duurzaamheid onlosmakelijk verbonden met een waardegeladen keerzijde van de handelingsvrijheid van actoren. Dit rechtsbewustzijn is noodzakelijk om het recht te kunnen laten bemiddelen in kwesties waarin duurzaam handelen vereist is.

De *conceptuele ontwikkeling van het begrip 'bestaande rechten'* ligt in het verlengde van de privatisering van de verantwoordelijkheid voor duurzame belangen. In het huidige recht wordt met het leerstuk van de 'bestaande rechten' met name bedoeld dat bij wijzigingen van de milieunormstelling rekening moet worden gehouden met de rechten van de actor, die eerder in de tijd aan hem zijn verleend om bepaalde handelingen te mogen verrichten. Het leerstuk is ontstaan in het kader van de vraag, in hoeverre een houder van een milieuvergunning daaraan rechten kan ontlene om een bepaalde mate van nadelige milieugevolgen te blijven veroorzaken.³⁷³ Het legt een spanning bloot tussen de eis van rechtszekerheid voor de normadressaat en de wens tot flexibiliteit in de mate van milieubescherming. Door Hoitink is deze spanning nader onderzocht, op basis van een analyse van het systeem van het milieurecht en de jurisprudentie over de actualisering van milieuvergunningen. Met als conclusie dat de aantasting van bestaande rechten geoorloofd is omdat de vergunninghouder in zekere mate

373 Hoitink (1998), p. 4.



bedacht moet zijn op een aanpassing van de normstelling aan gewijzigde omstandigheden of nieuwe inzichten. Uit het rechtszekerheidsbeginsel vloeien wel bepaalde randvoorwaarden voort, zoals een redelijke termijn voor het doorvoeren van aanpassingen en eventueel financiële compensatie.³⁷⁴ Door Boeve e.a. is echter gewezen op een belangrijke beperking in de mogelijkheid om bestaande rechten te wijzigen.³⁷⁵ Het is namelijk vaste jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak dat de grondslag van de aanvraag van de milieuvergunning niet mag worden verlaten. De auteurs stellen de fundamentele vraag aan de orde of het bevoegd gezag meer ruimte zou moeten krijgen om af te wijken van die grondslag, vooral omdat het Europees recht van een ruimere actualiseringsmogelijkheid uitgaat. In aanvulling hierop kan erop worden gewezen dat de ruimere mogelijkheid tot actualisering niet alleen om redenen van Europees recht noodzakelijk is. Naast dit intern-juridische systeem perspectief is het om fundamentele redenen nodig om over te gaan tot een flexibilisering van de milieunormstelling. De waarde van duurzaam handelen moet meewegen in de belangenafweging voor ruimtelijke projecten en milieurelevante activiteiten. Om die reden is het niet onrechtvaardig dat bestaande rechten van bedrijven, bijvoorbeeld op basis van een milieuvergunning of een algemene regel uit het Activiteitenbesluit die hen toestaat om bepaalde milieunadelige handelingen te verrichten, geen 'zekere rechten' op die handelingen zijn. Het is juist de essentie van de transitieparadox dat er in alle redelijkheid aanleiding kan zijn tot beïnvloeding, aanpassing of bijsturing van bestaande vormen van onduurzaam handelen. Dan kan het niet zo zijn dat een vergunningaanvraag voor bedrijfsactiviteiten die uit 'vroeger tijden' stamt, een latere heroverweging van die activiteiten in de weg staat. De transitieopgave leidt dus tot een ander perspectief op het verouderde structurerende principe van de 'grondslag van de aanvraag'. Want het huidige systeem van milieurecht is gericht op de normering van individuele milieubelastende bedrijfshandelingen, via de milieuvergunning of via algemene regels. Het uitgangspunt is daarbij dat deze normstelling periodiek kan worden geactualiseerd als de technische ontwikkelingen voortschrijden of als de kwaliteit van het milieu daarom vraagt.³⁷⁶ Maar bij die actualisatie mogen geen andere handelingen worden vergund of genormeerd dan de bestaande handelingen.³⁷⁷ Precies op dit punt wringt het oude met het nieuwe systeem.³⁷⁸ De strikte koppeling van de actualisering van een vergunning aan de bestaande feitelijke situatie staat in de weg aan een volwaardige actualisatie van die situatie aan nieuwe inzichten en doelstellingen voor een duurzamere omgeving. Wat daarom nodig is, is een ontkoppeling van de bescherming van bestaande rechten en de milieukwaliteitsnormen. De normatieve grondslag van het milieurecht kan aanleiding geven om in een concreet geval de grenswaarden voor bedrijfsgebonden activiteiten te herzien in een dubbele context van de technische kenmerken van het bedrijf enerzijds en de locatiespecifieke omstandigheden anderzijds. Die omstandigheden kunnen zodanig nadelig zijn in termen van

374 Hoitink (1998), p. 235.

375 STEM (2008), p. 60.

376 Art. 8.22 e.v. Wm.

377 Bijv. ABRvS 28 februari 2007, nr. 200602651/1, r.o. 2.9.2.

378 Boeve/Peeters/Poortinga (2010), p. 83.



de kwaliteit van de fysieke leefomgeving, dat dit in principe een aanleiding moet kunnen zijn voor het bestuur om de ooit aangevraagde bedrijfssituatie te laten wijzigen. Alleen zo kan worden voorkomen dat het bestuurlijke oordeel onevenwichtig wordt doordat wel mag worden afgezien van een individuele toets aan de milieukwaliteitsnormen (programmatische aanpak) zonder dat de ruimtelijke inpassing van het individuele geval via de vergunning volledig kan worden beoordeeld (volledige actualisering zonder beperking tot een oorspronkelijk aangevraagde situatie). Dit betekent bijvoorbeeld dat het in principe mogelijk zou moeten zijn dat het bestuur besluit dat een aanpassing van de aard van een bedrijf nodig is om redenen van duurzame energie, door het voorschrijven van andere energievriendelijke installaties of warmte-uitwisseling met buurbedrijven. Dit vereist een conceptuele ontwikkeling van het begrip 'bestaande rechten'. De essentie van dat concept zou moeten zijn dat die rechten betrekking hebben op het voortbestaan van het bedrijf-als-actor en dus niet op het in stand houden van ooit aangevraagde bedrijfsactiviteiten. De bescherming van 'bestaande rechten' gaat in het perspectief van de normatieve grondslag van het milieurecht over de vraag, of na een besluit waarbij een verduurzaming wordt gevraagd van een bedrijf (en dus een wijziging van activiteiten) nog sprake is van een bestaansrecht-als-bedrijf. Uiteraard is de keerzijde hiervan de vraag of de duurzame veranderkosten van het bedrijf een individueel nadeel is waarvoor financiële compensatie nodig is.

De *contextualisering van besluitvormingsprocessen* heeft er mee te maken dat op het niveau van het systeem van het milieurecht telkens sprake is van dezelfde vraag: of en hoe moet wettelijk worden geregeld dat een bestuurlijk oordeel nodig is over een of meer aspecten van het belang van de duurzame fysieke leefomgeving?³⁷⁹ In essentie heeft de beoordeling van de aspecten van dit belang betrekking op de bescherming, het beheer of het benutten van de fysieke leefomgeving. Telkens wanneer wordt voorzien dat bepaalde categorieën van concrete handelingen relevante gevolgen kunnen hebben voor dat belang, kan via het rechtssysteem worden geregeld dat daarvoor een bestuurlijk oordeel nodig is. Dit vereiste is een kwestie van politieke standpuntbepaling over de mate waarin de overheid een beïnvloedende rol kan en wenst te spelen. Als de overheid een rol speelt en invloed wil uitoefenen via besluitvorming, dan zal een besluitvormingsproces moeten worden ontworpen waarin een of meer aspecten van het belang van de fysieke leefomgeving worden afgewogen tegen een of meer andere belangen. Op dit abstractieniveau doet het er niet eens toe of sprake is van besluitvorming over beleidsdoelen of -kaders, over plannen, over toestemmingen/vergunningen, over handhavingacties. Waar het om gaat is dat in al deze algemene of concrete besluitvormingssituaties een overheidsorgaan tot een beslissing komt met een beoogd evenredig toepassingsresultaat.³⁸⁰ Het bestuursrechtelijk milieurecht bestaat reeds uit geïnstitutionaliseerde vormen van kennisvergaring over feiten en belangen. Ook worden eisen gesteld aan de wijze waarop vastgesteld wordt dat sprake is van een juiste, rechtvaardige en evenredige beoordeling van die kennis ten opzichte

379 Borgers (2011/a), p. 1186.

380 Borgers/Van der Heijden (2011), p. 26



van het doel van het besluitvormingsproces. De kennisvergaring is gecodificeerd in de artikelen 3:2 en 3:4 van de Algemene wet bestuursrecht en de noodzaak hiervan wordt compleet dankzij de norm uit artikel 3:46 Awb, dat een besluit op een deugdelijke motivering moet berusten. De ideale uitvoering van deze wettelijke bepalingen is dat de besluitvorming op een weloverwogen rationele keuze berust, die navolgbaar kan worden afgeleid uit de motivering. In de praktijk blijkt dit geen eenvoudig ideaal te zijn. Vaak is sprake van allerlei onzekerheden, zoals over de aard en omvang van de feiten of over de vraag welke oplossing juist en evenredig is.³⁸¹ Bovendien zijn bestuurlijke beslissingen steeds afhankelijker geworden van specialistische en technische kennis, die tot een technisch complexe motivering van besluiten leidt die leken (en rechters) niet kunnen controleren.³⁸² In de rechtspraak groeit hierdoor de behoefte om het besluitvormingsproces 'terug te geven' aan de bestuurlijke actoren en belanghebbenden, en wel zodanig dat er een contextuele afstemming van waarden en belangen kan worden gemaakt die wel navolgbaar en dus toetsbaar is.³⁸³ Deze contextualisering plaatst de besluitvorming in het bredere perspectief van de omgeving waarin het besluit tot stand komen. Dit leidt tot *communicatieve eisen* voor het besluitvormingsproces,³⁸⁴ waardoor het besluitvormingsproces actor- en netwerkgericht wordt. De kern hiervan is dat het besluitvormingsproces slechts dan de best mogelijke uitvoering van een proces kan zijn, als het gericht is op besluitvorming die tegelijkertijd doeltreffend en doelmatig, politiek haalbaar en praktisch uitvoerbaar, rechtmatig en normatief aanvaardbaar is. Dit vraagt om een vernieuwing van de wijze waarop de actoren in de besluitvorming worden betrokken. Dit is geen onschuldige of neutrale aanpassing van het bestaande besluitvormingsproces. De huidige variant is gebaseerd op inspraakprocedures en publicatieverplichtingen. Hierdoor kunnen belanghebbenden na enige moeite prima actief betrokken raken bij de besluitvorming. Sleutelwoorden van deze 'horizontalisering van het openbaar bestuur' zijn inspraak, medezeggenschap en onderhandelen.³⁸⁵ De duurzaamheidsopgave toont desalniettemin dat een conceptuele ontwikkeling van deze horizontalisering vereist is, die leidt tot een meer substantiële, vroegtijdige en langdurige betrokkenheid van actoren bij de besluitvorming. Deze ontwikkeling kan langs twee sporen worden bereikt. De eerste hiervan hangt samen met de reflexieve opvatting van evenredigheid die uit de duurzaamheidsopgave voortvloeit. In de huidige opvatting van evenredigheid zoals die is verwoord in artikel 3:4 Awb mogen de nadelige gevolgen die een besluit heeft *voor een of meer belanghebbenden* niet onevenredig zijn in verhouding tot de doelen die met het besluit worden gediend. Duurzaamheid verruimt het spectrum aan belanghebbenden die door het besluit nadeel kunnen ondervinden, als gevolg van de ruimere horizon van tijd en plaats waarvoor duurzaam handelen nodig kan zijn. De evenredigheid van een duurzame handeling betreft daardoor niet alleen de tastbare en nabije belanghebben-

381 Arentsen/Bressers/O'Toole (1999), p. 377 en p. 380.

382 Voorbeelden van specialistische kennis zijn luchtkwaliteit, ecologische effecten, veiligheid en gevaarlijke stoffen.

383 Glastra van Loon (1987), p. 9.

384 Borgers (2004).

385 Langbroek/Graat/Ten Berge (2000).



den, maar evenzeer de belangen die later in de tijd of op andere locaties in de wereld door het handelen worden geraakt.³⁸⁶ Zij zijn geen concrete actor in het proces maar hebben wel belang bij het besluit in hun positie als *unknown others*.

Het tweede spoor hangt samen met de verhouding tussen wetenschap en politieke beslissingen. In § 2.3. is reeds ingegaan op het onjuiste idee dat het bestuur gebruik zou kunnen maken van 'zuivere' wetenschappelijke kennis. Dat soort kennis bestaat niet.³⁸⁷

*Het verband tussen wetenschap en beleid is minder grijpbaar en verloopt via meer schijven dan het model van de [...] trits probleemstelling-informatie-toelevering-politiek besluit-beleidsuitvoering.*³⁸⁸

De wisselwerking tussen wetenschap en besluitvorming vereist van het bestuur dat deze zich niet beperkt tot het herhalen van 'harde feiten' als uitkomst van een wetenschappelijk onderzoek dat is neergeschreven in deze of gene rapportage. In plaats daarvan dient het gebruik van wetenschappelijke kennis in de politiek-bestuurlijke besluitvorming gemotiveerd te worden als uitkomst van een correct proces van consensusvorming in een relevante gemeenschap van wetenschappers. Dit biedt tevens ruimte voor een bestuurlijke afweging van de wetenschappelijke kennis die wordt aangedragen. Deze afweging is geen kwestie van tegenbewijs, maar van een zoeken, aannemen en waarderen van bepaalde conclusies.³⁸⁹

*Wie wetenschappelijke kennis wil ontwikkelen, zal de samenleving moeten veranderen. (...) Het mengen van wetenschap en politiek is kenmerkend voor de manier waarop zowel de moderne wetenschap als de samenleving zich ontwikkelen.*³⁹⁰

3.3.2. Een kwestie van rechtszekerheid

Het waardegeladen karakter en het tekort aan zekerheid over de betekenis of afdwingbaarheid van duurzaamheid zou kunnen worden uitgelegd als een zwakte. In de beleidswetenschappen wordt vaak met deze kwestie geworsteld. Dat komt mede door het feit dat duurzaamheid noopt tot een procesgerichte sturing, tegen een achtergrond van onzekerheid, complexiteit en integraliteit.³⁹¹ Het is onvermijdelijk om per casus te concretiseren wat het begrip 'duurzaam handelen' inhoudt. Dit is het gevolg van het vage en ruime karakter van de waarde van duurzaam handelen, hetgeen ook als een kracht kan worden beschouwd. Het feit dat constant sprake is van nieuwe duurzame innovaties kan dan in verband worden gebracht met de intensivering van en aanpassing aan de maatschappelijke realiteit in de huidige samenleving. Daarin oriënteren mensen zich niet zozeer meer op algemene begrippen en vertrouwde gezagsstructuren, maar op een verscheidenheid aan eigen belangen en groepsbelangen.

386 Vgl. Ost (1995), p. 54.

387 De Vries (1995), p. 147 e.v. en p. 181 e.v.

388 De Vries (1995), p. 172.

389 Vrij naar Scholten (1931), p. 55.

390 De Vries (1995), p. 184 en p. 185.

391 NMP IV (2001), p. 80.



De hoge organisatiegraad die de maatschappij inmiddels heeft bereikt stelt eigen eisen aan beslissingen die binnen die maatschappij worden genomen. (...) Het eigenbelang en de deskundigheid die voortkomt uit het eigen specialisme worden de nieuwe pijlers waarop beslissings- en keuzemomenten worden geschraagd.³⁹²

De moderne samenleving is een complex geheel van verdelingsvraagstukken, tussen mensen, tussen groepen, tussen gebieden. Dit is ook wat het milieurecht voortdurend teweeg brengt: een verdeling van schaarse milieugebruiksruimte over partijen die nu en hier en ook elders en later in de tijd een milieubelang hebben. De uitkomst van deze verdeling kan echter niet louter door het systeem van het milieurecht worden beslecht. Want het succes van de toepassing van het milieurecht is telkens afhankelijk van de analyse die actoren maken van hun actuele maatschappelijke verantwoordelijkheid en van de beschikbare wetenschappelijke inzichten die relevant zijn in die context.³⁹³ Dit heeft vergaande gevolgen voor de normatieve kracht van normen die betrekking hebben op de kwaliteit en het beheer van de fysieke leefomgeving en de duurzame ontwikkeling daarvan. Deze normen zijn voor hun bestaan, hun werking en hun ontwikkeling afhankelijk van de toepassing in concrete situaties. Dit betekent dat de rechtszekerheid niet vooraf is vast te stellen, maar een voorlopig resultaat is van het gebruik van een conceptie van duurzaamheid om in een concrete situatie milieuschaarste te beïnvloeden, bij te stellen of aan te passen.

Zo bezien, zal de conceptuele ontwikkeling van het begrip 'duurzaamheid' ook tot een conceptuele ontwikkeling van rechtszekerheid kunnen leiden. Dat komt doordat de centrale en voorafgaande vaststelling van regels en voorschriften problematisch is en ook niet nodig is in het geval van een betwist begrip als duurzaamheid.³⁹⁴ De mate waarin het gebruik van het begrip 'duurzaam' zekerheid verschaft voor het handelen, is afhankelijk van het vermogen van de betrokken partijen om hun situaties en handelingen op waarde te schatten. Het is vooral van belang dat dit reflexieve vermogen groot genoeg is bij politici, beleidsmakers, praktijkjuristen en belangenbehartigers. Want zij zijn bij uitstek de dragers van het publiek debat over de waarde van duurzaam handelen voor concrete situaties. Zij zijn linksom of rechtsom in staat om de mobilisatie ervan in de sociale werkelijkheid te benoemen en te concretiseren. Het is in dit kader niet overdreven te stellen dat het succes van de conceptuele ontwikkeling van het begrip duurzaamheid afhankelijk is van hun inzicht, creativiteit en doorzettingskracht in het gebruik van het begrip 'duurzaam'.³⁹⁵

De invloed van het milieurecht op de oplossing van milieuproblemen is in de praktijk afhankelijk van interactie, waarin rechtsnormen een bepaald toepassingsresultaat krijgen. Hierbij is het voor betrokkenen mogelijk een bestaande of een nieuw geclaimde verwachting van milieuverantwoord handelen af te stemmen op de concrete omstan-

³⁹² Van Ree (1998), pp. 136-137.

³⁹³ Vrij naar Loth (2009), p. 23.

³⁹⁴ Schiller (2005), pp. 7-9.

³⁹⁵ Vrij naar Lon L. Fuller (1964), p. 145. Tevens geciteerd aan het begin van dit onderzoek.



digheden van hun geval. Vreemd is dit overigens niet: in het dagelijkse leven maken wij veelvuldig en meestal onbewust dit soort afwegingen. Immers, rechtsnormen zijn onderdeel van de leefwereld die 'for granted' wordt genomen (zie § 2.3). Maar de moeilijkheidsgraad van milieurechtelijke rechtsnormen is dat in het geval van de milieubescherming de belangentegenstelling ingebakken zit in het sociale handelen. Hierdoor is het onvermijdelijk dat heel vaak sprake is van een expliciete (niet onbewuste) praktijk van twist en onzekerheid over de interpretatie van milieurechtsnormen. Hieruit mag echter niet worden geconcludeerd dat de milieurechtsnormen blijkbaar niet geschikt zijn om als open normen te worden beschouwd. Dat zou wel gedacht kunnen worden vanuit een dogmatische opvatting over rechtszekerheid, aangezien dan vereist zou zijn dat rechtsnormen zodanig geformuleerd moeten worden dat de betrokkenen precies en vooraf weten waar zij aan toe zijn of wat de overheid van hen kan verlangen. Zo werken normen echter niet en zo werkt de sturing door de overheid niet. Wat dit betreft is sprake van een *onzekerheidsparadox*: dat rechtsnormen in principe vatbaar zijn voor interpretatie betekent dat hun toepassingsresultaat op voorhand onzeker kan zijn, maar het is wel zeker dat dat resultaat in een juridische procedure vastgesteld kan worden, waarna die beslissing tot voorlopige zekerheid leidt voor de oriëntatie van het praktische handelen.

De ironie van de onzekerheidsparadox is dat geen enkel rechtssysteem een statisch gegeven is en volle zekerheid kan geven: het is voor zijn toepassingsresultaat afhankelijk van het gebruik in de rechtspraktijk. Dat is een sociale praktijk waarin de toepasselijkheid van specifieke normen altijd in een groter verband van een casus kan worden heroverwogen. De consequentie is dat het milieurecht gericht moet zijn op interacties waarin evenredige resultaten worden gerealiseerd, zonder blind vertrouwen op de schijnzekerheid van vooraf vaststaande 'abstracte' en 'specifieke' normen of bevoegdheden. De evenredige toepassing van het milieurecht vereist enerzijds respect voor de geldende interpretatie van de bestaande materiële en technische rechtsregels. Maar anderzijds vergt de toepassing ook aandachtige oordeelsvorming met betrekking tot de noden en onzekerheden van de omstandigheden van het geval. Er is daarom in het milieurecht altijd in meer of mindere mate sprake van een '*human element in law*'. De ontknoping is dat dit niet tot een gebrek aan rechtszekerheid leidt. Juist niet, indien de actoren die bij een concreet geval betrokken zijn een integrale afweging van het milieubelang kunnen maken ten opzichte van andere belangen in het licht van de omstandigheden van het geval.

De onzekerheidsparadox wijkt af van de gangbare opvatting in het milieurecht van rechtszekerheid als 'wetszekerheid'. Dat dit een probleem is, is al in 1994 treffend verwoord door Lambers.

Hoewel het ecologisch probleem als zodanig niet nieuw is, is de huidige schaal van het probleem dat wel. Is ook de kennis erover nog verre van volledig en komt er elke dag nieuwe kennis bij. In toenemende mate zie je dan ook dat de behoefte bestaat om beleid aan te passen, om vergunningen te vernieuwen, om iets nieuws te verbieden, etc. Bovendien is de behoefte aan het voorkómen, aan preventie groot. Dit levert een spanningsveld op tussen aan de ene kant de



*voortdurende behoefte van het rechtssysteem tot rechtszekerheid en aan de andere kant de voortdurende behoefte aan verandering en vernieuwing die noodzakelijk is vanuit het milieubeleid.*³⁹⁶

Door Lambers is voorgesteld om bij wijze van een oplossing hiervoor uit te gaan van een ander karakter van de milieuwetgeving. Die regelgeving moet af van zijn procedurele oriëntatie en ontelbare hoeveelheid uitvoeringsbesluiten. In plaats daarvan moet de aandacht worden gericht op het opnemen van algemene normen voor het gedrag door burger en organisaties.

*Die normen zullen door ons allen geïnternaliseerd moeten worden, omdat zij deel van ons autonome gedrag worden. Recht derhalve als een cultureel middel om via wederzijdse afhankelijkheid tussen overheid, burger en organisaties tot een ander gedrag te komen ten opzichte van het natuurlijke milieu in het belang van het eigen voortbestaan.*³⁹⁷

Dit voorstel verdient aanbeveling. Het kan als de *pointe* van het recht worden gezien, dat de toepassing van algemene normen neerkomt op een waarderende handeling van alle betrokkenen om uit te komen bij de conclusie; ‘zo behoort je te handelen’. Tussen de intenties van actoren en het institutionele referentiekader van de samenleving kunnen de algemene begrippen, rechtsbeginselen, waarden en normen van het milieurecht een bemiddelende rol spelen.

Hier zou tegen kunnen worden gepleit dat deze opvatting in strijd is met het specialiteitsbeginsel. Kort gezegd houdt dat beginsel in dat het overheidsbestuur gebonden is aan de specifieke doeleinden van een wettelijke bevoegdheid. Met dit beginsel is het echter zoals Van Hall al eens heeft geconstateerd: de rol van het specialiteitsbeginsel hangt er vanaf met welke invalshoek men er naar kijkt.³⁹⁸ Op basis van de normatieve grondslag van het milieurecht is de klassieke begrenzing van een bestuurlijke bevoegdheid tot specialiteit van de wettelijk genoemde belangenafweging slechts de helft van het verhaal. De uitoefening van een milieurechtelijke bevoegdheid in een concreet geval, zoals de vaststelling van een vergunning- of handhavingsbesluit, staat namelijk in het teken van de beleidscyclus van het totale omgevingsrecht. Dat is een ‘veelkleurig’ rechtsgebied,³⁹⁹ waar het milieurecht onderdeel van is. In dit omgevingsrecht wordt in toenemende mate gestreefd naar afstemming en integratie tussen het recht en het beleid voor de ruimtelijke ordening en het milieu-, natuur-, water en archeologisch beheer.⁴⁰⁰ Deze integratie en afstemming is in de bestaande wet- en regelgeving incidenteel geregeld via een procedurele oplossing, via coördinatiemechanismen of integrale vergunningprocedures zoals de omgevingsvergunning. Maar op de achtergrond van het specifieke besluit is er min of meer sprake van dat deze onderdeel uitmaakt van een integrale beleidscyclus van visievorming en kaderstelling, planning en programma’s, uitvoering via vergunningen en evaluatie van de naleving via toezicht

396 Lambers, K. (1994), p. 90.

397 Lambers, K. (1994), pp. 93-94.

398 Van Hall (2000), p. 144.

399 Michiels (2001), p. 9 en p. 57.

400 Michiels (2001), p. 4 en p. 9.



en handhavingsbesluiten.⁴⁰¹ Op de diverse onderdelen van deze cyclus moet een bestuursorgaan zich houden aan zijn wettelijke bevoegdheid (specialiteit), maar tegelijkertijd moet dat orgaan adequaat optreden. Deze dubbele opdracht vereist enerzijds dat de bevoegdheid niet willekeurig wordt uitgeoefend maar anderzijds ook dat de uitoefening tot een evenredig resultaat leidt en dus tot de *best mogelijke keuze* uit de beschikbare bronnen van de beleidscyclus. Bij de bevoegdheidsuitoefening kan de besluitvorming daardoor aan andere delen van de beleidscyclus gekoppeld raken, wat de specialiteit op een sectorale bevoegdheid doorbreekt. Neem bijvoorbeeld de totstandkoming van een omgevingsvergunning voor een bouwproject dat afwijkt van het geldende bestemmingsplan. Artikel 3.1.1. van het Besluit ruimtelijke ordening verplicht het bevoegd gezag bij de voorbereiding van het besluit overleg te plegen met andere besturen, voor zover zij belangen behartigen (ook specialiteit dus) die betrokken kunnen zijn bij de vergunning. Dit is geen kwestie van neutrale procedurele afstemming, maar van een proces van normatieve interactie.

De koppeling binnen de integrale cyclus blijkt eruit dat in het beleid en in plannen vaak al vooruit wordt gedacht over de consequenties voor de vergunningverlening en handhaving. Dit is in 1999 al voorzien door Van Geest.

*In circulaires, handreikingen, convenanten, plannen en dergelijke vindt in belangrijke mate integratie plaats, voor zover nodig en wenselijk. Als in dat soort documenten, dus voorafgaand aan de vergunningverlening, integratie gestalte krijgt, kan daarvan bij de vergunningverlening geprofiteerd worden.*⁴⁰²

Het punt hierbij is dat een bestuursorgaan alleen via normatieve interactie tot een integrale – want waardegeladen – afstemming van beleidsdoelen op de betrokken belangen bij een project of activiteit kan komen. Dit is mogelijk op basis van informatie die elders in de beleidscyclus beschikbaar is. Deze doorwerking van beleid is niet gebonden aan de begrenzing van het specialiteitsbeginsel, maar is juist een bron van informatie voor het besluitvormingsproces. In dat proces kan het bevoegd gezag soms voor een concreet geval staan waarvoor de belangenafweging buiten zijn eigen specialiteit moet kunnen gaan.

3.3.3. *Een kwestie van evenredige belangenafweging*

De sleutel tot een duurzame rechtsorde is te vinden in de regulering van duurzame omgangsvormen tussen actoren. Als afgeleide van deze eigen verantwoordelijkheid van maatschappelijke actoren mag ook een actieve, meer dan instrumentele inzet van de overheid worden gevraagd. Bij duurzame omgangsvormen past een bestuurlijke praktijk die in staat is tot het beïnvloeden, aanpassing of bijsturen van de verantwoordelijkheid die mensen en organisaties moeten, willen en kunnen waarmaken om tot duurzaam handelen te komen. Bij deze bestuurlijke inzet zijn alle actoren echter gebonden aan de ‘grenzen van het recht’. Hieruit spreekt een zekere spanning. Het

401 Borgers (2011/a), p. 1187.

402 Van Geest (1999), § 2.1.



huidige milieurecht impliceert namelijk op het eerste oog een neutrale toepassing van sectorale normen, zonder dat daarbij een afweging van de duurzame gevolgen wordt gemaakt. In de context van de duurzame transitie ontkomen het bestuur en de betrokken actoren bij het besluitvormingsproces er daarentegen niet aan om nieuwe en onzekere omstandigheden en ook geconcretiseerde betekenissen van de waarde van duurzaam handelen mee te laten wegen in hun keuzeprocessen. Deze afweging gaat verder dan de toepassing van bestaande milieunormen voor bepaalde sectorale beleidsdoelen.⁴⁰³ Voorbij die normen ligt de waarde van duurzaam handelen, welke als eindresultaat ook meetelt in de beslissingen en keuzen van vandaag de dag. Dit impliceert dat het bestuurlijk besluitvormingsproces in principe open moet staan voor nieuwe en onzekere interpretaties van feiten, belangen en rechtsnormen, met oog voor de belangen van toekomstige generaties en mensen en organisaties buiten de eigen rechtsorde. Maar deze afweging moet dan wel mogelijk worden gemaakt binnen het systeem van het recht.

Eind vorige eeuw, vanaf medio jaren '70 en '80, is het systeem van bestuursrecht gemoderniseerd. Het recht biedt sindsdien een zekere mate van ruimte voor overheidsbesluitvorming op basis van een *belangenafwegingen*.⁴⁰⁴ Dit toont dat de rol van de overheid is veranderd, aangezien besluitvorming op basis van een belangenafweging ertoe leidt dat het bestuur open dient te staan voor debat en communicatie over de consequenties van diens beslissingen. Pas na de interactie over de belangen en standpunten van actoren beoordeelt het bestuur de relevante feiten en weegt het bestuur de belangen af. In de duurzame rechtsorde heeft de overheid dus wel beslissingsmacht, maar niet meer volgens de methode van oorspronkelijke concept van een dominante staatsorganisatie met de wetgever als centrale *command and control* instantie. De moderne overheid bestaat bij de gratie van de behoefte in de samenleving aan een evenredige en gemotiveerde bestuurlijke afstemming van waarden en belangen. De bestuurlijke overheid heeft daarom de opdracht de benodigde interactie- en communicatieprocessen te organiseren, om zodoende gezamenlijk met de betrokken belanghebbenden tot een beslissing te komen die als juist en rechtvaardig wordt beschouwd. Wordt deze opdracht niet goed vervuld, dan is correctie mogelijk door middel van rechtsbescherming. De meeste rechtszaken tegen overheidsbeslissingen gaan zelfs over de vraag of een bestuursorgaan de taak juist heeft uitgevoerd, dus of de feiten zijn onderzocht en of de inspraak zodanig is verlopen dat de belangen goed zijn afgewogen. Dit vereist een passende theorie van bestuurlijke belangenafstemming.

Bij de introductie van de Algemene wet bestuursrecht heeft de wetgever gekozen voor het uitgangspunt dat het openbaar bestuur en burgers in een *wederkerige rechtsbetrekking* staan. Dit idee impliceert dat het bestuur niet in een feitelijk-hiërarchische verhouding staat tot burgers,⁴⁰⁵ waarin eenzijdig regels worden voorgeschreven en nale-

403 Borgers/Van der Heijden (2011), p. 97.

404 Van der Heijden (2001), pp. 88-91.

405 van der Heijden (2001), p. 8.



ving wordt afgedwongen. In de memorie van toelichting bij de eerste tranche van de Awb bestempelt de wetgever de verhouding tussen burgers en het bestuur als

*een rechtsbetrekking waarin beide partijen in een wederkerige relatie tot elkaar staan, zodat zij rekening moeten houden met de positie en de belangen van de andere partij.*⁴⁰⁶

Bestuursorganen en burgers zijn in het perspectief van hun rechtsbetrekking te beschouwen als actoren die rekening dienen te houden met elkaars rol en belangen. Dit is niet hetzelfde als het *top-down* toepassen van gereedliggende normen door bevoegde instanties. Het veronderstelt een methode van ‘belangenafwegingen’ in concrete gevallen op basis van een normatieve verhouding tussen de betrokken actoren. In de Nederlandse context is dit prominent naar voren gebracht door Hirsch Ballin.⁴⁰⁷

*Ons recht relateert op veelal zeer complexe wijze belangenverhoudingen aan elkaar (...). Vaak fungeren ‘open normen’, ‘vage begrippen’, en rechtsbeginselen als ‘trait d’union’ die eenheid in de veelheid aan normenstelsels brengen. (...) In de hier bedoelde gevallen kan de rechter niet volstaan met de toepassing van een (door hem uitgelegde en in die uitleg wellicht ook verder ontwikkelde) rechtsnorm welke uitdrukking geeft aan de door de wetgever gewilde belangenafweging, maar moet hij zelf (...) een belangenafweging verrichten.*⁴⁰⁸

Het gaat volgens Hirsch Ballin in het recht om een ordening van belangen. In wezen amendeert het bestuur volgens hem zo de eerdere afweging die de wetgever heeft gemaakt. De belangenafweging die hierbij wordt gemaakt, komt volgens Hirsch Ballin naast en in aanvulling op de klassieke toepassingsjurisdictie, waarin een geval onder de werking van een expliciete rechtsregel wordt gebracht. Hierover merkt hij overigens op dat deze belangenwaardering op grond van beginselen zorgt voor een grotere zelfstandigheid van de rechtsvinder ten opzichte van de wetgever, maar niet ten opzichte van de rechtsorde.

*Hij mag immers niet zijn eigen inzichten omtrent het relatieve gewicht van belangen tot gelding brengen, maar moet het waarderingspatroon van onze rechtscultuur volgen.*⁴⁰⁹

De crux in de opvatting van Hirsch Ballin is dat hij de opkomst van de ‘belangenjurisdictie’ baseert op een verandering in de rechtsorde. Die orde kan niet meer worden gezien als een systeem dat door de wetgever wordt bestuurd maar als een orde die zelfstandig is gaan functioneren, als een autoreferentieel en complex systeem.⁴¹⁰

*Het beeld van de staat als besturende, heersende organisatie maakt plaats voor een beeld van de staat als ‘waarborgend kader’; het beeld van het recht als ordening en bestuurlijk instrument voor een beeld als netwerk van rechtsbetrekkingen.*⁴¹¹

406 TK 1988-1989, 21 221, nr. 3, p. 12.

407 Hirsch Ballin (1988), p. 229. Daarover: De Lange (1991), p. 6.

408 Hirsch Ballin (1988), pp. 229-230.

409 Hirsch Ballin (1988), p. 235.

410 Hirsch Ballin (1988), p. 237.

411 Hirsch Ballin (1988), p. 237.



Alle betrekkingen tussen de overheid en burgers zijn *rechtsbetrekkingen*, betrekkingen binnen de rechtsorde. Het verschil met de benadering van het recht als ordening door de staat is dat de rechtsorde niet louter kan worden gebaseerd op een belangenafweging door de wetgever, alsof die in staat zou zijn universeel toepasbare normen te verzinnen voor alle situaties die zich kunnen voordoen.

In de literatuur is aanzienlijke kritiek geuit op het uitgangspunt van de wederkerige rechtsbetrekking voor het bestuursrecht. De kern van die kritiek is dat het bestuursrecht in essentie betrekking heeft op bestuurlijke bevoegdheidstoedeling en op de rechtsbescherming tegen de uitoefening van die bevoegdheden.⁴¹² Het is met name de ‘wederkerigheid’ in de notie van de ‘wederkerige rechtsbetrekking’ die in de literatuur niet wordt gewaardeerd. Een letterlijke uitleg van de wederkerigheid zou inhouden dat de burger en het bestuur feitelijk aan elkaar gelijk zouden zijn geworden. Als uiterste consequentie van deze benadering zou het eigen belang van burgers dan gelijk moeten zijn aan het algemeen belang en moeten burgers zich uit zichzelf het algemeen belang aantrekken zonder dat daarvoor eerst een rechtmatig en eenzijdig overheidsbesluit nodig is.

Als we lezen dat ‘de wederkerigheid ... ook verplichtingen voor de burger (schept), dan is dit voor de cynicus slechts een bevestiging dat de crux van het wederkerigheidsconcept hierin gelegen is dat de burger wordt gemaakt tot een ‘Plichtssubjekt’ tegenover de overheid, maar zonder wettelijke basis.’⁴¹³

De wederkerigheid moet echter niet letterlijk worden genomen, maar als onderbepaald begrip worden opgevat. Het begrip geeft uitdrukking aan het idee dat het functioneren van de democratische rechtsstaat afhankelijk is van goede omgangsvormen. Het gaat erom dat bij het eigen handelen rekening wordt gehouden met de positie en belangen van de anderen waar men mee te maken heeft (zie § 2.3). Anders gezegd, belangen zijn alleen iets waard met het oog op de belangen van anderen. Het begrip ‘wederkerigheid’ conceptualiseert deze verhouding over en weer zodanig, dat de belangenverhoudingen in het recht beschouwd kunnen worden als *normatieve betrekkingen*. Dat wil zeggen dat rechtsnormen een bemiddelende functie hebben tussen de belangen van uiteenlopende partijen. Deze normatieve grondslag kan ook worden aangenomen voor publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen.

In het bestuursrecht drukt het concept rechtsbetrekking uit dat de verhouding tussen bestuur en burger van meet af aan en volledig door rechtsnormen wordt beheerst. Er bestaat niet een zogenaamde doelmatigheids sfeer waarbinnen bestuursorganen volledig vrij kunnen handelen.’⁴¹⁴

De normatieve rechtsbetrekking kan worden opgevat als een concept dat behoort tot de grondstructuur van onderbepaalde begrippen van het recht. De betrokkenen bij de

⁴¹² Zie over de afwijzing van wederkerigheid: De Haan/Drupsteen/Fernhout (2010), pp. 48-50, Damen e.a. (2005), m.n. nr. 608.

⁴¹³ Tak/Teunissen (1994), p. 615.

⁴¹⁴ Gribnau (1998), p. 117.



rechtsbetrekking zijn dan niet op te vatten als ‘individuen’ of ‘onderdanen’, maar als ‘actoren’ waaraan een rol, rechtspositie en normatieve verwachting kan worden toegeacht. De uitleg van de Awb-wetgever bij de keuze voor de wederkerige rechtsbetrekking als uitgangspunt voor het moderne bestuursrecht kan nu worden opgevat als een conceptualisering van het concept ‘normatieve rechtsbetrekking’. Het is het tegendeel van een feitelijke relatie waarin het een geven en nemen zou moeten zijn. Het gaat erom dat het recht de relatie tussen het handelen van bestuursorganen en andere maatschappelijke actoren reguleert op een wijze die past bij de normatieve grondslag van het recht: institutioneel en bemiddelend. De Awb-wetgever bedoelde dit ook zo, zo blijkt uit het volgende citaat.

Uiteraard behoeft [de burger] zich niet spontaan het algemeen belang aan te trekken; dat is de taak van het bestuur. Maar de wederkerigheid brengt wel met zich dat hij, voor zover hij wenst dat met zijn inzichten of belangen rekening wordt gehouden, deze op de daartoe geschikte wijze naar voren moet brengen en dat hij daaraan ook door het bestuur kan worden gehouden.⁴¹⁵

Recente heeft de regering een soortgelijke visie gegeven over de rol van burgers in de huidige samenleving, die zo mogelijk nog sterker uitgaat van zelfstandigheid, eigen verantwoordelijkheid en wederkerigheid ten opzichte van elkaar en de samenleving in zijn geheel.

Het kabinet denkt aan een burger die zelfredzaam, mondig en betrokken is, hetgeen zich [uit in] maatschappelijke zelforganisatie en initiatieven.⁴¹⁶

Als deze opmerkingen worden begrepen als een normatieve keuze, wordt duidelijk dat bestuursrecht een kwestie is van bestuursrechtelijke georganiseerde interactie over de normen voor de projecten en activiteiten van actoren. Het bestuursrecht heeft daarin geen eenzijdige ordenende, maar een institutionele en tegelijk bemiddelende functie. De orderingsbenadering kenmerkt zich door de *compensatie* van het individu tegen de effecten van het overheidsoptreden in de geïnstitutionaliseerde samenleving. Vanuit dit perspectief strekt het bestuursrecht tot *het bereiken of herstellen van een legale situatie* door overheidsoptreden, waarbij burgers via procedurele rechten worden gecompenseerd voor de macht van de overheid om te bepalen *wat legaal is*.⁴¹⁷ Datgene wat als legaal wordt bestempeld, is daarmee de uitdrukking van het algemeen belang en de definitie hiervan is dus in handen van de overheid. De onderdanigheid van de burger tegenover de macht van de overheid, wordt gecompenseerd door de mogelijkheid van rechtsbescherming bij de bestuursrechter. Het is in de sociale werkelijkheid echter niet mogelijk dat de overheid het algemeen belang exclusief, vooraf en volledig zou moeten kunnen definiëren. En het is ook nergens voor nodig om te denken dat de overheid dit zou moeten kunnen doen. De waarde van noties zoals het ‘algemeen belang’, als ook de daarvan afgeleide algemene begrippen van het milieurecht zoals ‘het belang van de bescherming van het milieu’ en de ‘waarde van duurzaam handelen’, is dat zij onderbepaald zijn. Het zijn begrippen die een idee uitdrukken over de wijze waarop de normatieve interactie tussen bestuur en belanghebben-

415 TK 1988-1989, 21221, nr. 3, p. 13.

416 TK 2003-2004, 29362, nr. 2, p. 5.

417 Damen e.a. (2005), p. 43.



den tot realisatie, instandhouding en concretisering van de sociale rechtsorde leidt. En wanneer de concretisering van dit algemene belang wordt overgelaten aan de discretie van een decentraal bevoegd gezag in plaats van de centrale overheid, kan het algemene belang bovendien 'situationeel' worden bepaald.⁴¹⁸ Dat vereist een besluitvormingsproces op basis van normatieve interactie met alle betrokken actoren.

Wie dit volgt, herkent in het bestuursrecht mogelijkheden om het rechtsgebied niet louter te zien als procedureel recht voor, van en tegen het overheidsoptreden. Het omvat méér dan dat, omdat het niet alleen een procedureel maar ook een waardegeladen rechtssysteem is. Dit heeft consequenties voor de wijze waarop het bestuursrecht en dus ook het milieurecht wordt begrepen. De centrale vraag in dit rechtsgebied is niet of bepaalde rechten worden geschonden door een bestuurlijk besluit (als bevel waartegen compensatie mogelijk is). De centrale vraag gaat over de evenredigheid van het bestuurlijke besluit om toe te staan danwel te weigeren dat actoren zus-of-zo handelen. Dit is een *evaluerende vraag* naar de evenredigheid van het besluit. Deze evenredigheid wordt ingekleurd door *pointe* van het recht. Het opsporen van deze *pointe* is nog méér dan een amendement door het bestuur op eerdere afwegingen van de wetgever, zoals door Hirsch Ballin en ook Nicolai is betoogd.⁴¹⁹ Het recht heeft in de sociale orde namelijk een eigen positie ten opzichte van de organen van de staat, zelfs ten opzichte van de wetgever. Dit algemene kenmerk van het recht is onderzocht door Smith en van hem kan worden geleerd dat de gerechtigheid,

*ligt in de mate waarin men zich gebonden acht aan het recht als een eigensoortig waardesysteem naast de actuele politiek-morele overtuigingen van de gemeenschap. (...) Het recht wordt beheerst door eigensoortige wetten, waarover de rechter, en zelfs de wetgever, niet te zeggen heeft. Het recht kent eigen doelstellingen die in acht moeten worden genomen om als systeem te kunnen bestaan.*⁴²⁰

De eigen doelstellingen van het recht zijn in het bestuursrecht verwoord in de beginselen van behoorlijk bestuur. Die beginselen leveren de maatstaf voor het evenredige gebruik van de bestuurlijke beslissingsruimte. In het milieurecht zijn hier bijzondere beginselen aan toegevoegd, specifiek met het oog op het belang van de bescherming van het milieu. Dit betreft het beginsel dat de vervuiler betaald, het preventiebeginsel en het voorzorgbeginsel. Deze beginselen geven richting aan het resultaat dat met het gebruik van rechtsnormen kan worden bereikt. De gangbare uitleg van beginselen is echter dat zij bedoeld zijn ter compensatie van individuen tegen de publieke besluitvorming. En van de typische milieurechtelijke beginselen wordt zelfs beweerd dat zijn geen rechtsbeginselen zijn, doch slechts beleidsbeginselen.⁴²¹ De beginselen zouden dan niet bedoeld om de best mogelijke bestuurlijke handelingen te begeleiden. In feite

418 De Roo (2004), p. 38.

419 Nicolai (1990), p. 412.

420 Smith (2009), p. 217.

421 Schueler (2009), p. 16.



ontkent dit echter de normatieve kracht van de milieubeginselen, ten onrechte natuurlijk.

Door Van der Heijden is betoogd dat de beginselen van behoorlijk bestuur wel als richtinggevend beginnelen gebruikt zouden kunnen en ook moeten worden. Het is aan de beslissingsbevoegde autoriteit zoals het bevoegd gezag of de rechter, om de juiste uitleg aan rechtsbeginselen te geven. Dit is eigenlijk niet verschillend ten opzichte van de uitleg die aan een geschreven rechtsregel dient te worden gegeven. Het misverstand in de gangbare doctrine over de gelding en interpretatie van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en ook van de *materiële beginselen van milieubeheer* komt door het heersende wereldbeeld van de compensatiegedachte in het bestuursrecht. De hardnekkigheid van deze gedachte kan worden gezien als een *verborgen gebrek* in het bestuursrechtelijk milieurecht. De oplossing hiervoor is relatief eenvoudig: verlaat deze verouderde benadering op een wijze die al in 1972 werd voorgesteld door Van Gunsteren voor het gehele bestuursrecht. Maar ook recenter zijn opnieuw voorstellen gedaan met gelijke strekking als het voorstel van Van Gunsteren, zoals door Scheltema, Van der Heijden en Engels. Met gebruik van de woorden van Engels kan worden gesteld dat het gaat om een 'princiële omkering van het reguleringperspectief'.

*Een omkering van overheidsbelang naar burgerbelang; een omkering van het uitgangspunt dat alleen algehele gelijkheid en een gedetailleerde regeling daarvan tot rechtvaardigheid leidt; een omkering van een alle verantwoordelijkheid op zich nemende overheid naar meer eigen verantwoordelijkheid, zelfregulering en zelfcontrole in de samenleving.*⁴²²

Als deze principiële omkering slaagt dan kan de aandacht verschuiven naar de normatieve grondslag van het milieurecht. Daarmee kan worden gereguleerd dat bestuursrechtelijke procedures, normen, waarden en beginselen niet langer belemmeren maar bemiddelen bij ruimtelijke projecten en milieurelevante activiteiten. Dit vereist natuurlijk, net als in de ordeningsbenadering, nog steeds een adequaat optreden van de overheid. Maar dan wel door een 'andere overheid', namelijk een overheid die bestuurlijke ruimte heeft voor het uitoefenen van discretionaire bevoegdheden in de interactie met betrokken actoren.

De normatieve grondslag van het milieurecht verschaft het bestuur geen 'discretie' om naar eigen inzichten buiten de doelstellingen van het recht te treden. Wel biedt de grondslag bestuurlijke ruimte om tot een evenredig toepassingsresultaat van milieunormen te komen in een bepaalde concrete context, als daarin sprake is van een aanleiding om de duurzaamheid van het handelen af te stemmen op andere belangen. In welke situaties deze ruimte nodig is, hangt in zijn algemeenheid af van de aard, complexiteit en noviteit van het geval. Dit is ook betoogd door Aarts en Grin in een essay voor het rijksprogramma Leren voor Duurzame Ontwikkeling.

⁴²² Engels (2006).



*Duurzame ontwikkeling is dus een richtingbepaling voor gemeenschappelijk handelen, die alleen kan worden gedefinieerd in een concrete handelingscontext (...). Duurzame ontwikkeling moet worden vastgesteld in het spanningsveld tussen denken en doen en in het spanningsveld tussen wat we wenselijk vinden en wat mogelijk is of kan worden gemaakt.*⁴²³

In die gevallen waarin ruimte nodig is voor een evenredige belangenafstemming moet het bestuur serieus kunnen omgaan met de verzamelde en de ingebrachte *informatie* door belanghebbenden en met de *communicatie* over de bestuurlijke beslissing. Pas na de feitelijke verzameling van informatie, belangen en standpunten van partijen weegt het bestuur deze af en wordt er besloten. De *belangenafweging* in concrete gevallen vereist dus *afstemming* in het perspectief van de normatieve verhouding tussen alle betrokken actoren: overheidsbestuur en belanghebbenden. Zo beschreven, is de wederkerige rechtsbetrekking gebaseerd op normatieve interactie.

Ter relativering hiervan moet eraan worden herinnerd dat in veel 'gewone' zaken de status van wettelijke regels vanzelfsprekend is en dat er geen sprake is van ingewikkelde rechtsvinding. De juistheid en rechtvaardigheid van de normen blijkt voetstoots uit die normen en hun toepassingsresultaat. De rechtsnorm behoeft dan geen nadere interpretatie in het licht van de omstandigheden van het geval en de toepasselijkheid ervan springt als het ware van het papier. Maar in complexe of betwiste situaties blijkt dat iedere norm wel zeker en in principe een 'contextuele constructie' kan zijn,⁴²⁴ dat wil zeggen dat het een resultaat is van de afweging van verschillende juridisch relevante factoren.⁴²⁵ Het bestuur zal een redelijke afweging van die factoren moeten maken, op basis van een contextueel besluitvormingsproces. Als gezegd, vereist dat informatie-uitwisseling en communicatie met de betrokken actoren.⁴²⁶ Alleen zo kan met betrokken actoren tot een beslissing worden gekomen die als juist en rechtvaardig wordt beschouwd.

Het volgende figuur laat zien wanneer sprake is van een moeilijk geval (*hard case*) dat tot contextuele rechtsvinding aanleiding geeft. Dat is het geval wanneer de normstelling niet vanzelf spreekt (complexe normstelling) en wanneer actoren een verschillend betoog houden (sociale dynamiek, interactie) over de juiste interpretatie van het milieurecht in hun omstandigheden. In minder complexe situaties en bij minder interactie tussen betrokken belanghebbenden, zal de besluitvorming terugvallen op een standaard (onbetwiste) toepassing van het positieve recht. Dit geldt ook voor gevallen waarin de uitkomst van de toepassing van het recht klip en klaar is (niet complex), terwijl daarover wel sprake is van veel sociale dynamiek: dat vergt geen juridische overwegingen maar wel intensieve communicatie over het recht. En wanneer sprake is van de omgekeerde situatie, waarin de interactie lauw is maar de complexiteit hoog, dan zal het bestuur zelfstandig een beleidsmatige keuze maken.

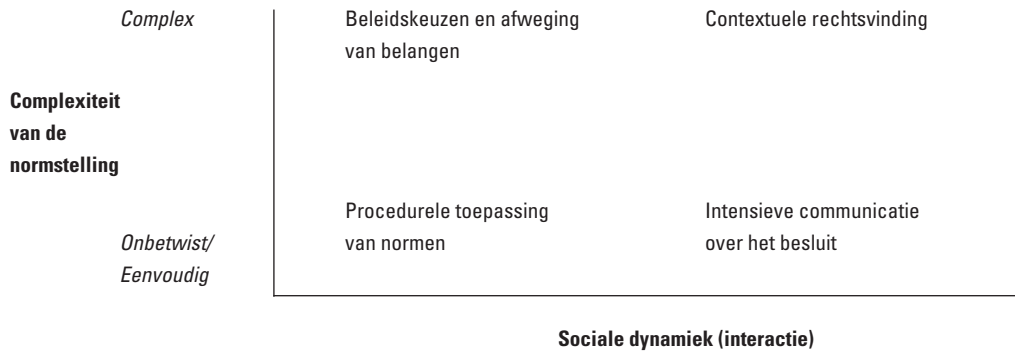
423 Aarts/Grin (2006/2007)

424 Loth/Gaakeer (2002), p. 165.

425 Smith (2009), p. 210.

426 Borgers (2011/a), p. 1187.





© H.C. Borgers

Ongeacht het type reactie dat het bestuur verkiest te geven, naar aanleiding van de mate van de complexiteit en sociale dynamiek, kunnen actoren die het oneens zijn met het gekozen toepassingsresultaat in een besluit, altijd streven naar correctie door middel van rechtsbescherming. Deze mogelijkheid van rechtsbescherming is een belangrijk verworven recht in de democratische rechtstaat en staat los van de vraag of sprake is van een makkelijk of moeilijk geval. Maar hieruit moet niet worden geconcludeerd dat het bestuursrecht een procedureel recht voor, van en tegen overheids-optreden is. Het bestuursrecht omvat méér dan dat: het is ook een waardegeladen rechtssysteem. De bestuurlijke belangenafweging is geen procedurele truc om het besluit van een overheidsinstantie hapklaar te maken voor onderdanen: dat zou een heimelijk bevelskarakter aan besluiten geven. Dat heimelijke karakter hebben zij echter niet, als wordt aangenomen dat het bestuurlijk besluit door en met de belangenafweging dienstbaar wordt aan het ideaal van een goede rechtsorde waarin handelingen worden afgestemd op waarden en belangen. Van het bestuursorgaan mag daarom in principe worden verlangd dat die rechtvaardige besluiten vaststelt, in alle denkbare gevallen. De maatstaf voor dit bestuurlijk handelen is de evenredigheid van de bestuurlijke belangenafweging.⁴²⁷ Deze *evenredigheid* van de belangenafweging omvat méér dan een verantwoording van het besluit langs de marginale grens van willekeur en onevenredigheid. Evenredigheid vereist dat ieder het zijne krijgt. Maar wat 'het zijne' is, is niet met absolute zekerheid vooraf te benoemen: het is een keuze die de uitkomst is van een *politiek waardeoordeel* van het overheidsbestuur. Voor deze keuze verschaft de 'evenredigheid' een dubbele maatstaf.

- Een maatstaf opdat het bestuur geen maatregelen verkiest die tot een onevenwichtigheid leidt tussen het gestelde doel en de belangen die daardoor nadelig worden geraakt. Dit kan '*klassieke evenredigheid*' worden genoemd;
- Een maatstaf voor de nimmer volledig te realiseren opdracht voor het bestuur om naar een eerlijk en creatief besluit te streven, waarmee het beoogde doel zo optimaal mogelijk wordt afgewogen ten opzichte van de betrokken belangen. Dit kan '*aspiratieve*' of '*positieve evenredigheid*' worden genoemd.⁴²⁸

427 Vrij naar Smith, C.E. (1998), p. 180.

428 Borgers/Van der Heijden (2011), pp. 25-26.



Juist bij de positieve evenredigheid speelt de bemiddelende functie van het recht een wezenlijke rol. Iedere politiek-bestuurlijke machtsuitoefening om keuzen te maken, beleid te voeren en besluiten vast te stellen, wordt principieel bemiddeld door de regels voor democratische besluitvorming, door de algemene begrippen, de rechtsbeginselen,⁴²⁹ en door een waardering van de consequenties van morele en maatschappelijke opvattingen voor de concrete situatie. Bestuurlijke macht is hierdoor onlosmakelijk verbonden aan deze idee van de rechtsstaat. De uitoefening van deze macht kan daardoor worden opgevat als een normatieve opgave, die in interactie met betrokken actoren tot een evenredig resultaat moet leiden.⁴³⁰

3.3.4. *De procedurele rationaliteit van het milieurecht*

In het verlengde van de rechtsorde ligt het ideaal van de democratische rechtsstaat. Volgens dat ideaal is de macht van de overheid aan het recht gebonden, waarbij het rechtssysteem vrij principieel de mogelijkheid van participatie aan de machtsuitoefening garandeert. Dit idee, dat overheidsmacht door het recht wordt gekanaliseerd en aan participatie of democratische controle is blootgesteld, is ook neergeslagen in de scheiding van machten binnen de overheid. De essentie daarvan is de onderlinge afhankelijkheid van de organen van de overheid op basis van een verdeling van taken, verantwoordelijkheden, macht en bevoegdheden. Het gevolg van dit alles is dat de overheidsmacht zodanig door het recht wordt gestructureerd dat ook de verhouding tussen burgers en de overheid door het recht wordt gestructureerd. Niet om de vrijheid van die burgers eenzijdig met juridische middelen te controleren, maar juist zodanig dat enerzijds duidelijk is dat de overheid bestaat bij de gratie van procedurele participatie door burgers en anderzijds dat de vrijheid van burgers tegen een onjuist machtsgebruik kan worden beschermd. In de rechtsfilosofie is dit met name door de filosoof Habermas beschreven als de procedurele rationaliteit van het recht. Die rationaliteit houdt in dat mensen het positieve recht in zijn algemeenheid als moreel juist zullen beschouwen als zij van mening zijn dat het tot stand is gekomen via een democratisch wetgevingsproces, met een uitkomst die begrijpelijk is als de rationele uitkomst waarop zijzelf ook uit hadden kunnen uitkomen. De morele kwaliteit van het recht is in deze benadering dus afhankelijk van procedurele voorwaarden, waarlangs mensen het recht kunnen waarderen alsof zijzelf de auteur van dat recht waren geweest.⁴³¹

Kortom, het recht is moreel-praktisch gelegitimeerd, niet door verwijzing naar bepaalde concrete waarden, maar door ondersteuning op een procedurele rationaliteit zoals die in democratische rechtsstaten (in bepaalde mate) tot stand is gekomen. Hoe meer het ideaal van de democratische rechtstaat verwezenlijkt is, des te meer is het recht legitiem en des te meer kan de werking van het politiek systeem door het recht getemd worden.⁴³²

429 Gribnau (1998), p. 28

430 Ringeling (2007), p. 13.

431 o.a. Habermas (1998-2), p. 33.

432 Deflem (1992), p. 241.



De nadruk die Habermas legt op de neutrale procedurele rationaliteit van het recht is ook te herkennen in het huidige Nederlandse milieurecht. Dit rechtsgebied wordt in de gangbare benadering opgevat als een instrument van de overheid om milieudoelen te realiseren en om deze realisatie te borgen via een procedurele werkwijze: beleid, plannen, vergunningen, handhaving. De legitimiteit van dit milieurecht is sterk afhankelijk van procedurele voorwaarden, zoals voorlichting, vooraf bekendgemaakte beleidsplannen en –visies, inspraak op besluiten. Pas door en na uitvoering van deze voorwaarden krijgt het milieurecht zijn inhoudelijke lading.

In het hedendaagse milieurecht (gelijk het meeromvattende rechtsgebied van het omgevingsrecht) worden voorstellen gedaan tot een verdergaande proceduralisering van de verhoudingen tussen belanghebbenden bij ruimtelijke projecten en milieurelevante activiteiten, zoals via gebiedsontwikkelingsplannen en milieukwaliteitsbeheersplannen. Het gebiedsontwikkelingsplan is geregeld in de Crisis- en herstelwet. Met het plan kan het bevoegd gezag prioriteiten stellen voor de milieubelasting door de activiteiten in een gebied ('manoeuvrerruimte').⁴³³

*Per situatie moeten de betrokken belangen worden afgewogen en moet worden bezien wat redelijk is. (...) Dit plan vormt een planmatig afwegingskader waarin het lokale bestuur aangeeft hoe milieuruimte vrijgemaakt gaat worden voor maatschappelijk gewenste ontwikkelingen. Het gaat dus om een combinatie van enerzijds maatregelen ter vermindering van de milieudruk en anderzijds nieuwe ruimtelijke ontwikkelingen, zoals de bouw van woningen of de aanleg van een bedrijventerrein.*⁴³⁴

De eerste ervaringen met dit instrumentarium moeten nog worden opgedaan, in een beperkte selectie van ontwikkelingsgebieden.⁴³⁵ Vooruitlopend daarop is door Backes alvast een interessant alternatief voorgesteld, die ook tot de gewenste versnelling en vereenvoudiging van de toelating van projecten kan leiden. Hij stelt voor om een procedure te ontwikkelen die lijkt op het Duitse *Planfeststellungsverfahren*.⁴³⁶ Dit 'milieukwaliteitsbeheerplan' is een besluit in één procedure bij één bestuursorgaan die, gehoord hebbende alle andere betrokken overheidsinstanties, het ruimtelijke project in één integrale afweging beoordeelt. Deze constructie maakt het mogelijk om projecten te toetsen aan de gebiedsspecifieke normen die in het plan staan, in plaats van aan normen uit de wet. Met dit voorstel komt Backes in de buurt van de programmatische aanpak die de afgelopen jaren is geïntroduceerd voor luchtkwaliteit, waterkwaliteit, gebiedsgerichte natuurbescherming en bodemkwaliteit, maar dan op een regionale en integrale schaal.

De gemene deler tussen dit soort nieuwe procedurele instrumenten voor het milieurecht is dat door middel van een *planmatige benadering* getracht wordt om handelin-

433 TK 2009-2010, 32127, nr. 3, p. 12.

434 TK 2009-2010, 32127, nr. 3, p. 12.

435 Stb. 2010, 289, afd. 2.

436 Backes (2010), pp. 41-42.



gen in een gebied te combineren met een bepaald kwaliteitsniveau van het milieu.⁴³⁷ Het leidt tot instrumentalisering van de bestuurlijke behoefte aan meer beslissingsruimte voor regionale invullingen of afwijkingen van milieunormen, al dan niet tijdelijk. Het doel van dit soort vernieuwingen van het milieurecht is sympathiek en begrijpelijk: de besluitvorming over projecten en activiteiten moet en kan sneller en beter. En de procedurele oplossingsrichting verdient ook aandacht, want het is onzin om lange procedures te volgen als kortere denkbaar en uitvoerbaar zijn. Maar de voorstellen tot procedurele versnelling gaan mank op precies hetzelfde punt als waar de communicatieve theorie van Habermas onvolledig is: de legitimiteit van milieubesluiten kan niet louter procedureel worden gegarandeerd.⁴³⁸

Het risico van de procedurele insteek van de huidige vernieuwing van het milieu- en omgevingsrecht is dat niet wordt ingezien dat de rechtspraak met name behoefte heeft aan meer bestuurlijke beslissingsruimte. Dat is geen instrumentele kwestie (nog meer procedures en besluitvormingsinstrumenten), maar een zaak van contextuele rechtsvinding. Dit vooronderstelt dat het bestuur *inhoudelijke keuzen* moeten kunnen maken bij de toepassing van milieunormen. Deze mogelijkheid van een inhoudelijke beslissingsruimte is een kwaliteit van de normatieve interactie in en met de actoren in de publieke ruimte. Deze ruimte kan niet worden weggedacht, omdat anders de zin van ieder interactief besluitvormingsproces wegvalt.

In de communicatieve opvatting van het recht á la Habermas worden de procedures echter zodanig sterk neergezet, dat er weinig ruimte overblijft voor normatieve verwachtingen die meespelen tijdens de interactie in concrete situaties. Het vertrouwen in de neutrale rationaliteit van de procedures van het positieve recht gaat eraan voorbij dat recht het concrete handelen en het concrete besluitvormen niet slechts begeleidt op basis van de proceduraliteit bij de totstandkoming van recht, maar op basis van de normatieve waarde voor en in het handelen. De communicatieve theorie heeft daarom geen goede verklaring voor de normatieve aanleiding en uitkomst van de besluitvormingsprocessen in het milieurecht. In de communicatieve theorie bemiddelt het recht *op procedurele wijze* tussen de gesystematiseerde moraal en het concrete gedrag van mensen. Habermas' rechtsbegrip is daarom een *proceduralist understanding of law*,⁴³⁹ en hij zet zich hiermee af tegen de mogelijkheid van een *best-mogelijke-interpretatie* door één rechtsvindende instantie. Volgens hem komt de toepassing van rechtsnormen in individuele zaken neer op de toepassing van een eerlijke en discursieve procedure, waarin feiten en rechtsvragen worden opgehelderd.⁴⁴⁰ Dit discursieve ideaal voor de behandeling van individuele zaken strookt met zijn algemenere theorie, dat de 'genesis van een geldig rechtssysteem' afhankelijk is van de autonome positie van burgers enerzijds en van discursieve en neutrale publieke processen anderzijds.

437 Nijmeijer (2010), p. 48.

438 Heldeweg (1993), p. 98.

439 Habermas (1992), p. 221.

440 Habermas (1992), pp. 220.



*This is because legitimate law reproduces itself only in the forms of a constitutionally regulated circulation of power, which should be nourished by the communications of an unsubverted public sphere rooted in the core private spheres of an undisturbed lifeworld via the networks of society.*⁴⁴¹

De toepassing van het recht in concrete situaties is, zo beschouwd, een zaak van communicatieve arrangementen binnen maatschappelijke verbanden ('civil society'). Wat geldig of ongeldig recht is kan worden vastgesteld via het filter van democratische procedures.

Deze communicatieve theorie kan worden afgezet tegen de normatieve interactiebenadering. In laatstgenoemde benadering zal niet worden ontkend dat actoren voortdurend gebonden zijn aan de procedurele kwaliteiten van het rechtssysteem. Zo hoort dat ook. Aan de dominante werking van de procedurele instituties is nauwelijks te ontkomen, omdat sprake is van een *institutionele imperatief*. Tegelijkertijd bestaat deze imperatief bij de gratie van de mogelijkheid dat de instituties met de tijd veranderen (§ 2.4.4), zodat in feite sprake is van *institutionele reflexiviteit*. De harde kern van het procedurele kader bestaat daarom slechts bij de gratie van het gebruik van onderbepaalde begrippen van de publieke rationaliteit zoals vrijheid, evenredigheid en verantwoordelijkheid. Op deze manier zijn de procedurele en de normatieve rationaliteit als twee zijden van dezelfde medaille. Hieruit volgt dat de legitimiteit van beslissingen over de toepassing of betekenis van milieunormen in een concreet geval, geanalyseerd kan worden als een *proces van besluitvorming* op basis van zowel procedurele als waardedegelden verwachtingen. Met als belangrijk voordeel dat de betekenisverlening aan de abstracte waarden van de rechtsorde, zoals ook duurzaam handelen, in en met het besluitvormingsproces concreet kunnen worden gemaakt. De betekenisverlening aan de waarde van duurzaam handelen is zo beschouwd een keuze, die in meer of mindere mate goed gemotiveerd kan worden. En deze motivering is vatbaar voor toetsing, bijvoorbeeld door een rechter.

De normatieve rationaliteit vereist een *positieve keuze* uit het arsenaal van beschikbare normen en waarden. Dit verschilt conceptueel van de nadruk die volgens gangbare dogmatiek wordt gelegd op de *negatieve voorwaarden* voor het vrijheidsbeperkende gebruik van publieke instrumenten door het overheidsbestuur. Habermas heeft over dit soort voorwaarden geschreven dat het recht hierbij enerzijds een legitimerende functie heeft en anderzijds een medium is voor de coördinatie tussen de systematische werking van de staat en de economie en de levenswereld van autonome individuen.⁴⁴² Waarbij geldt dat het recht pas als medium kan functioneren als het door evolutionaire ontwikkelingen tot de verwezenlijking van de idealen van de democratische rechtsstaat heeft geleid. Daarvan is volgens hem pas sprake als een concrete democratische gemeenschap gefundeerd is op een set van 5 abstracte rechten,⁴⁴³ als voedingsbodem voor een gesystematiseerde maar neutrale moraal van het recht.⁴⁴⁴ Deze fundamentele set omvat precies die rechten die rechtsgenoten aan elkaar moeten willen

441 Habermas (1992), p. 408.

442 o.a. Habermas (1998-2), p. 40.

443 Habermas (1992), pp. 122-127.

444 Habermas (1998), pp. 17-18



verschaffen, wil sprake kunnen zijn van een situatie waarin zij elkaar aan legitieme regels houden op basis van een positief recht.

*The leading question of modern natural law can then be reformulated under new, discourse-theoretic premises: what rights must citizens mutually grant one another if they decide to constitute themselves as a voluntary association of legal consociates and legitimately to regulate their living together by means of positive law?*⁴⁴⁵

De eerste, tweede en derde rechten zijn fundamenteel voor de juridische status van rechtsgenoten, de vierde verschaft hen het recht op co-auteurschap van het recht en de vijfde garandeert hun bestaanszekerheid.⁴⁴⁶ Hiermee is de crux van het rechtsbegrip van Habermas bereikt: zijn benadering leidt tot een *gesystematiseerde neutrale moraal* van het recht.⁴⁴⁷ De *legitimiteit* van het recht is volgens hem niet inhoudelijk te funderen, maar is afhankelijk van *neutrale, toegankelijke en gejuridificeerde communicatieprocessen* in de publieke sfeer. Los van deze publieke sfeer kunnen individuele burgers de verwerkelijking van hun eigen wereldbeelden nastreven, in de private sfeer van de netwerken van de samenleving.⁴⁴⁸

Ook het Nederlandse algemene bestuursrecht kan mijns inziens worden geanalyseerd aan de hand van deze set van vijf abstracte rechten, hetgeen doorwerkt in het bestuursrechtelijk milieurecht. Daarmee wordt zichtbaar dat dit recht vooral uitblinkt als een procedureel recht van, voor en tegen de overheid en dus dat er iets ontbreekt.

Vooronderstelde democratische Nederlands bestuursrecht rechten

Een gelijk recht op de grootst mogelijke individuele vrijheid.	Overheidsorganen zijn bij hun handelen gebonden aan doelen. De vaststelling van deze doelen is onderdeel van het democratisch proces. Bij besluitvorming begrenzen de doelen de inhoud van het besluit.
Een status als deelgenoot aan de vrijwillig ontstane rechtsgemeenschap.	Het bestuursrecht scheert alle mensen en organisaties die menen dat zij een recht op deelname aan dit rechtsgebied hebben, over één kam van belanghebbendheid. In beginsel is niemand vooraf uitgezonderd van de mogelijkheid om de status van 'belanghebbende' te verwerven ten opzichte van bestuurlijke besluitvorming.
Een recht op effectuering van juridische procedures en regels, waaronder effectieve rechtsbescherming.	Iedere belanghebbende kan een aanvraag om een bestuurlijk besluit doen, inclusief het recht dat dan een daarop gerichte procedure wordt gevolgd, dat daadwerkelijk een besluit over de aanvraag wordt genomen en dat dit besluit voor rechterlijke toetsing in aanmerking komt.

445 Habermas (1992), p. 453.

446 Habermas (1992), p. 122.

447 Habermas (1998), pp. 17-18

448 Habermas (1992), pp. 408-409



Vooronderstelde democratische rechten **Nederlands bestuursrecht**

Een gelijke kans op deelname aan het proces van wetgeving en politieke besluitvorming.

Passief en actief kiesrecht. Recht van petitie. Recht op openbare vergadering. Recht op inzage openbare stukken. Recht om gehoord te worden bij voorbereiding van bestuurlijke besluiten, soms voor iedereen maar meestal alleen voor belanghebbenden.

Een garantie van een sociale, technologische en ecologische levensstandaard, voor zover die nodig zijn voor een gelijke kans tot uitoefening van hierboven genoemde rechten.

Het handelen van de overheid moet gebaseerd zijn op kennis van de feiten en op een afweging van de belangen, gericht op de verwezenlijking van de sociale grondrechten.

© H.C. Borgers

Ondanks de aantrekkelijke neutraliteit en procedurele oriëntatie is dit schema mijns inziens niet uitputtend, omdat het onvoldoende verklaart wat de positieve keuzeruimte in de besluitvorming is. Ieder bestuurlijk oordeel over milieuprobleematisch of onduurzaam gedrag is onlosmakelijk verbonden met de fysieke infrastructuur, feitelijke politieke conventies, reële economische verhoudingen, positieve regelgeving en bestaande en nieuwe kennis van de effecten van het handelen op de kwaliteit van het milieu.

*Het is duidelijk dat de wortels van de grote milieuproblemen verweven zijn met het hele maatschappelijke systeem.*⁴⁴⁹

Naast deze verwevenheid van het systeem met de maatschappelijke omgeving, is bovendien een fundamentele ontwikkeling op gang gekomen als gevolg van de globalisering, de individualisering en de ecologische vervuiling van het industriële tijdperk. De vijf abstracte en neutrale rechten van Habermas houden geen rekening met deze verwevenheid en deze ontwikkelingen. Met die rechten in de hand zou de indruk kunnen ontstaan dat procedures tot zekerheden en tot normen kunnen leiden op het niveau van de definitie van de milieuproblemen, de milieudoelen en de geschikte maatregelen en gedragsregels. Maar het milieubelang verwordt dan tot een publiek belang dat los staat van de private levenssfeer van actoren. Dit slaat een onverklaarbare kloof tussen het milieurechtssysteem en de actuele sociale praktijk waarin projecten worden gerealiseerd en activiteiten worden verricht inclusief (niet los van) een eigen verantwoordelijkheid van actoren voor het algemeen belang.

Het is ironisch dat de rechtspraktijk pogingen doet de kloof te dichten door een verdergaande instrumentalisering van het recht voor ruimtelijke projecten en milieurelevante activiteiten, zoals door middel van nadere eisen, ontheffingen, hogere waarde-

449 NMP 4 (2001), p. 24.



besluiten, salderingmethoden, gebiedsontwikkelingsplannen en programmatische benaderingen. Het inhoudelijke kader van het milieurecht blijft hierbij onaangeroerd en de versoepeling van het recht wordt in procedurele aanpassingen gezocht. Wat kan hier nu uit worden geconcludeerd? In ieder geval dat de gebruikers en bedenkers van het milieurecht naarstig op zoek zijn naar verbeteringen van het milieurecht. En ook dat hierbij voornamelijk een procedureel spoor wordt gevolgd. Beide samengenomen, is dus een proces op gang gekomen waarmee het handelen van mensen en groepen en ook het milieurechtelijke systeem op termijn op een nieuwe manier op elkaar zal worden afgestemd (structuratieproces, zie § 2.3.2 en § 3.3.1).

Het cruciale punt is dat de fundamentele aanleiding hiervoor een *inhoudelijke* is. In het milieubeleid is deze ontwikkeling al wel onderkend, onder de noemer van 'stee-minnovatie'⁴⁵⁰ of 'transitiemanagement'.⁴⁵¹ Wat dit inhoud, is scherp geformuleerd in het milieubeleid van de rijksoverheid uit het begin van de jaren 2000.

*Die transformatie houdt technologische, economische, sociaal-culturele en institutionele veranderingen in, die op elkaar inwerken en elkaar moeten versterken. (...) Dit vereist vormen van planning en transitiemanagement. (...) Transitiemanagement vraagt om een procesgerichte sturing waarin onzekerheid, complexiteit en samenhang kernbegrippen zijn.*⁴⁵²

De procesgerichte sturing die volgens dit beleid nodig is, omvat het leren omgaan met onzekerheden, het openhouden van opties en het integraal denken op lange termijn en het realiseren van oplossingen op het juiste schaalniveau (lokaal, nationaal, internationaal). Het vereist tevens een uitdrukkelijke maar gevarieerde overheidsrol, gericht op 'schakelen, stimuleren, sturen, handhaven'. Uit deze aanpak kan worden afgeleid dat de overheid zich moet concentreren op het sturen op complexe en langdurige veranderingsprocessen (transitie), waarbinnen sprake is van integraliteit, open normen en interactieve besluitvorming. Tegelijkertijd kan worden opgemerkt dat deze transformatie onvermijdelijk tot een conceptuele bijstelling, een reflexieve institutionalisering, van het milieurecht zal leiden die afwijkt van de huidige procedurele pogingen om het recht te versnellen en te verbeteren.

Dit raakt het cruciale punt van Rotmans en van het eerder geciteerde rapport van de WRR uit 2002 (zie § 3.2).⁴⁵³ En het laat zien dat de rol van de overheid die uit de transitieparadox voortvloeit, minder centralistisch en proceduralistisch is dan verklaard zou kunnen worden met het communicatieve paradigma van Habermas. De overheid staat in de duurzame transitie niet boven, maar te midden van allerlei sociale netwerken van bedrijven, belangenorganisaties, kennisinstellingen en consumenten. De stelligheid van het nut van centrale en gedetailleerde regelgeving of van procedurele participatie strookt niet met de variabele en toevallige sociale werkelijkheid waarin duurzaam handelen plaatsvindt. Dat gaat niet langs de weg van neutrale communicatieve

450 NMP 4 (2001), p. 68.

451 WRR (2003), p. 48. Rotmans (2003).

452 NMP 4 (2001), p. 80.

453 WRR (2002/A), p. 38.



procedures, maar via waardegeladen processen van beïnvloeding, aanpassing en bijstelling van de handelingsruimte van alle betrokken actoren (ook de overheidsactor). Hierbij is sprake van een versmelting van publieke en private waarden en rollen. Door Lewis is wat dit betreft in zijn algemeenheid verwoord, dat

*there is no available system of perfect information from which a central command structure, the state, can effectively order choices for individuals, even if that were morally permissible. (...) There are simply too many contingencies, too many imponderables, too many different needs and preferences to be expressed by the 'recipients' of services at the sharp ends of their lives.*⁴⁵⁴

De versmelting geldt met name ook voor het milieurecht, dat voornamelijk afhangt van maatwerk op basis van lokale keuzen en eigen verantwoordelijkheid.⁴⁵⁵ Het overheidsbestuur verdwijnt hierbij niet uit zicht, maar verandert wel van rol. In plaats van het opstellen, uitvoeren en afdwingen van uniforme en gedetailleerde milieuregels op basis van 'neutrale' procedures, nemen maatschappelijk betrokken actoren steeds nadrukkelijker een eigen verantwoordelijkheid op zich. Deze trend vertaalt zich ook juridische zin, bijvoorbeeld in het gebruik van zorgplichten, convenanten, subsidies en bedrijfsmilieuplannen. Dit soort instrumenten zou kunnen worden gepresenteerd als een *aanvulling* op het bestaande milieurecht, dus als een extraatje bovenop het bestaande mechanisme van regelstellend bevel en controle (zie § 2.2). Maar het is de vraag of de kwalificatie van 'aanvulling' een juiste typering is voor deze vorm van regulering. Want met het gebruik van dit soort juridische instrumenten treedt een fundamenteel andere veronderstelling aan het licht met betrekking tot de strekking en werking van het milieurecht.

Mensen hebben weliswaar een 'persoonlijke ruimte',⁴⁵⁶ van waaruit zij handelen op basis van eigen belangen en met eigen doelen en persoonlijke intenties. Maar dit private handelen is onlosmakelijk verbonden met de sociale realiteit om hen heen. Dat is niet alleen hun feitelijke sociale context, maar ook de waardegeladen context van het 'publieke domein' (zie § 2.4.3). In dit domein levert het milieurecht het juridisch ontwerp voor de nodige rollen, begrippen en procedures en bemiddelt tegelijkertijd tussen het private en het publieke domein. Op basis van het grondidee van de rechtsstaat mag daarbij worden verwacht dat de publieke verantwoordelijkheid van actoren op duidelijke wettelijke regels wordt gebaseerd. Het milieurecht kan hierover duidelijkheid en zekerheid verschaffen, dat wil zeggen over de mate waarin de principiële handelingsvrijheid van actoren begrensd wordt door overheidshandelen.⁴⁵⁷ Maar het dubbelzinnige van het milieurecht is dat de vereiste duidelijkheid en zekerheid ook is vormgegeven als zorgplicht, als zelfregulering, als materiële beginselen zoals preventie en de vervuiler betaalt. Zie hier hoe de vermenging van het publieke met het private al volop aan de gang is. Want de betekenis van dit soort normen voor het handelen is

454 Lewis (1996), p. 15.

455 Lewis (1996), p. 67.

456 Van Ree (1998), p. 214.

457 WRR (2002/B), pp. 23-24 en p. 53.



niet afhankelijk van een bepaald overheidshandelen. Onafhankelijk van de procedurele rationaliteit voor het bestuursrechtelijk handelen en van het *lex certa* beginsel heeft het milieurecht hier onmiskenbaar een normatieve rationaliteit. Dat sluit aan bij de gedachte dat actoren die een ruimtelijk project realiseren of een milieurelevante activiteit verrichten daarbij een eigen verantwoordelijkheid hebben.

3.3.5. *Naar een codificatie van duurzaam handelen?*

Met enige regelmaat worden in de literatuur voorstellen gedaan om duurzaamheid bij wet te regelen. Zo is door Biezeveld in 2002 een oproep gedaan tot aanpassing van de milieuwetgeving, gericht op een verduurzaming van de reikwijdte en strekking ervan. Hij baseert deze oproep op de constatering dat het huidige wettelijke stelsel in de rechtspraak niet goed werkt. Als remedie concludeert hij dat er een betere wetgeving nodig is, en vooral ook veel meer handhaving, als ‘katalysator’ van normconform duurzaam gedrag.⁴⁵⁸ In het proefschrift gaat Biezeveld uit van een systematische indeling van het huidige milieurecht, aan de hand van vijf ‘handelingenregimes’. Elk van deze regimes heeft volgens hem betrekking op een samenstel van voornamelijk bedrijfsmatige handelingen, met nadelige gevolgen voor mens of milieu. Het nut van het onderscheid in de regimes is volgens Biezeveld dat zij duidelijk maken welke bevoegdheden en instrumenten in die regimes aan de overheid worden verschaft om sturing te geven aan onderdelen van de productie- en consumptieketen.⁴⁵⁹ Hij onderscheidt als regimes een inrichtingen-, stoffen en producten-, afvalstoffen-, werken-, en vervoersregime.⁴⁶⁰

Bij de concretere aanbevelingen van Biezeveld om duurzaamheid in het rechtssysteem te incorporeren, kunnen kanttekeningen worden geplaatst. De eerste kanttekening betreft zijn keus van de vijf handelingenregimes. Zij concentreren zich op bedrijfsmatige activiteiten binnen een productie- en consumptieketen. Vanuit het perspectief van de onderzoeksdoelstelling van Biezeveld is dit een consequente keuze. Het leidt er echter toe dat de analyse principieel beperkt blijft tot de normstelling die onder deze vijf categorieën kunnen worden gebracht. Andere handelingenregimes krijgen geen plaats in de verkenning van een duurzaam milieurecht. Het meest pregnaat blijkt dit uit de weerstand van Biezeveld tegen een integratie van het milieurecht en het ruimtelijk ordeningsrecht tot een geheel van omgevingsrecht.⁴⁶¹ Door die keuze miskent hij de ruimtelijke samenhang en consequenties van duurzaam milieurecht en –beleid. De tweede en meer fundamentele kanttekening is dat zijn aanbevelingen vooral betrekking hebben op de instrumentele en functionele kenmerken van het milieurecht. Biezeveld kijkt, anders gezegd, door een ordeningsbril naar het milieurecht. In essentie gaat het hem om een verbetering van de overheidssturing in termen van doeltreffendheid, uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid. Het gevolg is een eenzijdige nadruk op de wetgeving en vooral ook handhaving als ‘katalysator’ van normconform gedrag.⁴⁶²

458 Biezeveld (2002), pp. 336 ev., Biezeveld (2009),

459 Biezeveld (2002), p. 117 e.v.

460 Zie daarover ook Backes e.a. (2004), p. 59-60.

461 Biezeveld (2002), stelling 2 bij prft.; Biezeveld (2009), p. 351.

462 Biezeveld (2002), pp. 336 ev., Biezeveld (2009), p. 355



Wettelijke normering en meer handhaving zullen niet vanzelfsprekend tot duurzaam handelen leiden. Dat komt omdat duurzaamheid primair een leidraad voor de initiatiefnemers van projecten is, om het eigen handelen naar duurzame maatstaven in te richten.⁴⁶³ Het is een fictie dat duurzaamheid zou kunnen worden gerealiseerd via het bevelskarakter van het milieurecht. Natuurlijk heeft de wetgever in onze democratische rechtsstaat wel het primaat om regulerend op te treden en het is evident dat via wet- en regelgeving onduurzaam gedrag kan worden beïnvloed. Maar, in de huidige samenleving is het primaat van de wetgever complexer dan het eenvoudige schema van doelstelling-normstelling-naleving-handhaving. Dat komt enerzijds door de vraag naar handelingsruimte op decentraal niveau, waardoor de nationale wetgever ruimte moet bieden voor de *couleur locale* en anderzijds door de invloed van de Europese wetgever en internationale rechtsorde op de marges voor de nationale wetgever.⁴⁶⁴ Bovendien moet niet worden vergeten dat de wetgever in belangrijke mate afhankelijk is van de opvattingen in de samenleving over de verdeling van rechten en plichten, dus van feitelijke machtsverhoudingen en van het eigen verantwoordelijkheidsbesef van mensen.

De mogelijkheid om de samenleving via centrale regelgeving en bestuurlijke controle te (be)sturen is dus relatief ten opzichte van sociale netwerken in die samenleving. Dit heeft niet alleen te maken met het gegeven dat geen enkele ‘institutionele imperatief’ onveranderlijk is vanwege het vermogen van mensen om creatieve, dissonante en zinvolle keuzen te maken (*institutionele reflexiviteit*). Het heeft vooral ook te maken met het vraagstuk van de congruentie tussen het regelsysteem en de werking daarvan in de rechtspraktijk. Dit is met name door Sally F. Moore overtuigend uitgewerkt, via haar concept van het ‘semi-autonoom sociaal veld’. Dit concept (s.a.s.v.) is gebaseerd op de gedachte dat de wet en de sociale context waarbinnen deze functioneert tegelijkertijd onderzocht moeten worden,

*omdat het de samenleving is die bepalend is voor de wet en niet andersom. (...) Algemeen wordt erkend, dat er zich tussen de staat en het individu verschillende kleinere georganiseerde sociale velden bevinden waar het individu deel van uitmaakt. Deze sociale velden hebben hun eigen gewoonten en regels, en middelen om gehoorzaamheid af te dwingen of te bevorderen.*⁴⁶⁵

De legitimiteit en doelmatigheid van wettelijke normen en van daarop gebaseerd overheidsoptreden blijkt in de praktijk in grote mate afhankelijk te zijn van de normen en gewoonten van mensen in hun eigen sociale omgeving. De werking van de wet is vaak sterk afhankelijk van de congruentie met deze normatieve interactie in de s.a.s.v.⁴⁶⁶ Dit belang van congruentie tussen de structuur en inhoud van wetgeving en de sociale processen die werkzaam zijn in de samenleving is al eens beschreven door Hirsch Ballin.⁴⁶⁷ Uit zijn analyse blijkt dat wetgeving niet functioneert als centraal,

463 Vgl. Grin, van de Graaf, Vergragt (2003), p. 62.

464 MNP (2006), p. 38 e.v.

465 Moore (1973), p. 137 en p. 138.

466 Aalders (2002), p. 8.

467 Hirsch Ballin (1991), pp. 410-411. Zie § 1.5.



politiek gecontroleerd besturingsinstrument van de samenleving, omdat wetgeving op sociale processen moet aansluiten. Zonder aansluiting geen beïnvloeding van het handelen. Een soortgelijke gedachte kan ook worden afgeleid uit het werk van de filosoof Fuller. Volgens zijn analyse moet goed recht aansluiten op het rechtvaardigheidsgevoel dat leeft in de samenleving. Dit is de basis voor het rechtsbewustzijn van actoren om te handelen zoals zij menen dat het behoort. Dit legt een onlosmakelijk verband tussen opvattingen in een sociale groep en het systeem van het recht.

*Good order is law that corresponds to the demands of justice, or morality, or men's notions of what ought to be.*⁴⁶⁸

De congruentie tussen het rechtssysteem en de sociale werking van het recht is een bijzondere opgave voor de organen van de staat, met name de wetgever en de rechter, aangezien zij bij uitstek de taak hebben het rechtssysteem actueel te houden met betrekking tot het maatschappelijke leven. In tijden van crisis in de legitimatie en uitvoering van een rechtsgebied zoals het milieurecht, is deze opgave des te urgenter. Want ook dit rechtsgebied moet aansluiting houden bij de rijke variatie aan ontwikkelingen en duurzame aspiraties die in steeds meer sociale verhoudingen (s.a.s.v.) worden nagestreefd. Juist op een moment waarop de ontwikkelingen snel gaan, zal een correctie nodig zijn om congruentie te behouden. Als dit niet gebeurt, wordt het vanzelf crisis. En dat is nu precies wat in het milieurecht is gebeurd (zie § 1.2 en 1.4).

De legitimiteit en effectiviteit waarmee het milieurecht tot verduurzaming van ons handelen leidt, is in grote mate afhankelijk van de wijze waarop milieurechtsnormen in de praktijk kunnen worden toegepast. Uit de normatieve grondslag van het milieurecht (zie § 2.4.5) volgt immers dat milieunormen geen bevelen van de overheid zijn. Integendeel, de wederkerigheid in het handelen van de diverse actoren die betrokken zijn bij een milieurelevante handeling gaat verder dan loutere afhankelijkheid van een overheidsbeslissing. Het devies zou daarom moeten zijn dat de werking van het milieurecht niet gebaseerd is op 'ordenen en controleren' (*command and control*), maar op 'beïnvloeden, aanpassen en bijsturen' van sociale keuzeprocessen in s.a.s.v.

In de beleidswetenschappen is een bruikbare methode ontwikkeld om een normstelling af te stemmen op de sociale krachten en tegenkrachten in de praktijk. Deze methode is de Tafel van Elf,⁴⁶⁹ waarmee een *ex ante* beoordeling kan worden gemaakt van de motieven voor (niet-)naleving van een regeling. De beoordeling loopt langs elf dimensies die van invloed zijn op het nalevinggedrag van de normadressaten van een regeling. Het instrument is destijds ontwikkeld in opdracht van de Inspectie voor de Rechtshandhaving van het ministerie van Justitie. Het doel was om beter inzicht te krijgen in de factoren die de gehoorzaamheid aan beleidsinstrumentele regelgeving bepalen, inclusief de invloed die rechtshandhaving daarop heeft. Uit de Tafel van Elf blijkt dat de naleving van zeer verschillende motieven afhangt, waarbij sprake is van zowel spontane als afgedwongen naleving:

⁴⁶⁸ Fuller (1958), p. 644.

⁴⁶⁹ Ruimschotel/Van Reenen/Klaasen (1996), p4 e.v.



- morele, financiële en kennismotieven;
- vanwege de kans op overheidstoezicht;
- vanwege de kans en ernst van overheidsrepressie (handhaving).

In de praktijk wordt het instrument vooral gebruikt door handhavingsinstanties om het gedrag van hun doelgroepen in te schatten. De wetgever zou het instrument echter ook goed kunnen gebruiken bij de uitvoerbaarheid- en handhavingstoets van nieuwe regulering. Want het uitgangspunt van de congruentie van de wet- en regelgeving vereist dat het toepassingsresultaat van normstelling wordt afgestemd op de energie en motieven van het sociale veld dat wordt gereguleerd. Als dat gebeurt, kan de betrokkenheid van overheidsinstanties worden beperkt tot de opsporing en bestraffing van crimineel gedrag. In het milieurecht is dit echter verre van de situatie. In feite is het wettelijk stelsel van milieunormstelling en -handhaving te eenzijdig ingericht op het uitoefenen van toezicht op vrijwel alle normadressaten.⁴⁷⁰ In het milieurecht heet deze vorm van intensief doch weinig effectief toezicht het ‘streven naar een adequaat niveau’ van nalevingtoezicht. Hiervan kan echter worden bedacht dat dit niet of nauwelijks te organiseren valt, althans zeer hoge kosten en regeldruk met zich meebrengt. De ordeningsbenadering kraakt hier in al zijn voegen.

Om hieraan te ontsnappen zou de wetgever de institutionele mechanismen van het milieurecht – als onderdeel van het omvattender geheel van het omgevingsrecht – anders kunnen inrichten, om duurzaam handelen zodanig te bevorderen dat de sociale werking van het recht wel voorop staat en de rechtshandhaving zich kan concentreren op de zware gevallen van milieucriminaliteit. Ik doe hiervoor de volgende aanbevelingen.

- Ga ervan uit dat milieunormen een contextueel toepassingsresultaat hebben. Dit plaatst de eigen verantwoordelijkheid van iedere actor voor de waarde van duurzaam handelen bij de uitvoering van ruimtelijke projecten en milieurelevante activiteiten in het centrum van het milieurecht (§ 2.3.3 en § 2.3.4).
- Geef primaat aan stimulerende normen zoals zorgplichten, materiële rechtsbeginselen van milieubeheer en open milieukwaliteitsnormen, waarmee de interactie tussen actoren inhoudelijk wordt beïnvloed tot een keuze- en besluitvormingsproces over de wijze waarop zij met hun projecten en activiteiten rekening houden met het belang van de duurzame fysieke leefomgeving (§ 2.4.2).
- Creëer ruimte in bestuurlijke besluitvormingsprocessen door de interactie over waarden en belangen boven sectorale doelbinding te stellen, op basis van de erkenning dat besluitvorming in complexe gevallen tot contextuele rechtsvinding aanzet. Dit geeft ruimte voor flexibele toepassing van de milieunormen, bijvoorbeeld per gebiedstype (2.4.4).⁴⁷¹
- Geef richting aan het sociale handelen door codificatie van de waarde van duurzaam handelen als doelstelling van de normtoepassing. Dit kan door wettelijk vast te leggen dat milieurechtelijke besluitvorming neerkomt op een afstemming van

⁴⁷⁰ Cie Mans (2008), p. 26.

⁴⁷¹ Borgers (2005/C), p. 49.



belangen met het oog op een duurzame fysieke leefomgeving.⁴⁷² Biedt het bestuur ruimte voor deze waardegeladen belangenafweging door tevens de materiële beginselen van milieubeheer te codificeren (zoals vervuiler betaalt, preventie, voorzorg), in combinatie met een codificatie van de materiële beginselen van milieubeheer (vervuiler betaalt, preventie, voorzorg).⁴⁷³ Met deze codificaties kan de wet in de praktijk worden gebruikt als leidraad voor de verplichting om bij het eigen handelen rekening te houden met de belangen van anderen op de instandhouding van de kwaliteit en toekomstwaarde van het milieu (§ 3.3.1). Maak hierbij expliciet dat het niet alleen gaat om de belangen van actoren die hier en nu te identificeren zijn, maar ook elders en later (§ 2.4.3; *unknown others*).

- Verbindt consequenties aan het feit dat de duurzaamheidsparadox, tegen de achtergrond van normatieve interactie, geen centralistische sturing verdraagt. In plaats daarvan moet de regulering worden geflexibiliseerd. Dit impliceert dat er principieel ruimte moet zijn voor evenredige beleidsafwegingen van het bevoegd gezag. Dit betreft een dubbele conceptie van evenredigheid, die enerzijds beschermd tegen onevenwichtigheid tussen bestuurlijke doelen en geschonden belangen en die anderzijds een nimmer volledig te realiseren opdracht omvat voor het bestuur om naar een eerlijk en creatief besluit te streven (§ 3.3.3).⁴⁷⁴
- Schep ruimte voor het uitoefenen van discretionaire bevoegdheden in het kader van een evenredige afweging van milieubelangen, met oog voor de duurzame omstandigheden en onzekerheden van het geval. Baseer het rechtssysteem daarom op het vertrouwen dat professionele gebruikers van het milieurecht in allerlei semi-autonome sociale velden, inclusief de daarbij betrokken bestuurders, voor coherentie zullen zorgen tussen hun normatieve interactie, het rechtssysteem en het rechtsbewustzijn van de samenleving (§ 3.3.5). Relatieve zo de schijnbare neutraliteit van de bestuursrechtelijke procedures van het milieurecht. Deze procedures moeten niet instrumenteel, maar als een deliberatief proces worden uitgevoerd, waarin het bestuur een kenbare waardegeladen positie inneemt met betrekking tot het duurzame handelen van actoren bij een ruimtelijk project of milieurelevante activiteit. In die waardegeladen positie zit tevens verwerkt dat het bestuur de duurzame belangen van *unknown others* inbrengt en meeweegt (§ 3.3.4).
- Decentraliseer bestuurlijke bevoegdheden zodanig dat de bevoegdheden worden toegewezen aan één bestuursorgaan. Het vraagt eenheid van bestuur om in concrete projecten tot de gewenste flexibilisering en contextualisering van het milieurecht te komen (§ 2.4.4). Welk bestuursorgaan bevoegd gemaakt wordt, is een politieke keuze. De harde voorwaarde moet zijn dat het sociale netwerk waarin de belangenafweging tot stand komt, te maken heeft met één bevoegd gezag. Alle andere betrokken overheidsinstanties krijgen een andere juridische status, zoals adviseur. De flexibilisering van de bevoegdheden vereist overigens wel dat er sprake moet zijn van budgettaire mogelijkheden voor de overheid om het duurzame handelen van actoren feitelijk te kunnen bevorderen. Bevordering van

472 Borgers (2011/b), p. 636.

473 Vgl. Tonnaer (2011), p. 102.

474 Borgers/Van der Heijden (2011), p. 26.



duurzaam handelen via beïnvloeding, aanpassing en bijsturing kost geld. Dit impliceert dat er passende financieringsgrondslagen moeten zijn voor de betrokken overheidsinstantie om naar eigen inzicht gelden te werven en te besteden.⁴⁷⁵ De huidige centralistische grondslagen voor en toedeling van financiering is, als artefact van de oude ordeningsbenadering, toe aan vervanging door een dekkend stelsel van legesheffing. Duurzaam handelen kan daarbij worden beloond met korting (en de vervuiler betaalt dus relatief meer). Een tweede eis betreft de kwaliteit van het uitvoeringsapparaat van de overheid. Bevordering van duurzaam handelen via beïnvloeding, aanpassing en bijsturing vereist ambtelijke kennis, creativiteit en bestuurlijke daadkracht. Het is daarom onvermijdelijk dat de uitvoering van het milieu- en omgevingsrecht op een regionale schaal wordt uitgevoerd.⁴⁷⁶

Eenzijds vraagt dit voorstel om een fundamentele omkering van het perspectief in het milieurecht. Weg van de gedachte van een centraal ordenende en controlerende overheid, op naar keuze- en besluitvormingsprocessen die uitgaan van de eigen verantwoordelijkheid van de initiatiefnemers van ruimtelijke projecten en milieurelevante activiteiten, om duurzaam te handelen. Anderzijds moet het legislatieve gevolg hiervan niet worden overdreven: veel van wat nodig is voor de omwenteling is al beschikbaar in het milieurecht of in het grotere geheel van het totale omgevingsrecht. Dat is een 'veelkleurig' rechtsgebied,⁴⁷⁷ waar het milieurecht en -beleid steeds meer onderdeel van zal worden.⁴⁷⁸ In dit omgevingsrecht wordt in toenemende mate gestreefd naar afstemming en integratie tussen al het recht en beleid voor de ruimtelijke ordening, het milieu-, natuur-, waterbeheer, bouwactiviteiten en het archeologisch erfgoed.⁴⁷⁹ Deze integratie en afstemming is in de bestaande wet- en regelgeving reeds incidenteel geregeld, bijvoorbeeld via coördinatiemechanismen en integrale vergunningprocedures. Maar dit is slechts het begin. Tijdens de besluitvorming over allerlei visiedocumenten, plannen, programma's, bestemmingsplannen en vergunningen is steeds nadrukkelijker sprake van inhoudelijke kruisverbanden tussen visievorming en kaderstelling, planning en programma's, uitvoering via vergunningen en als vierde toezicht en handhavingsbesluiten.⁴⁸⁰ Het is zoals Michiels het beeldend uitdrukt: langs de randen gaan de kleuren subtiel in elkaar over.⁴⁸¹

Als wordt uitgegaan van bovengenoemde uitgangspunten voor de inrichting van het systeem van het milieurecht, zal het de kunst zijn daarbij de goede onderdelen van het bestaande recht te benutten. Wat dit betekent is door Van Gunsteren gepresenteerd als een paradoxaal inzicht in de conceptuele ontwikkelingsmogelijkheden van het recht in zijn algemeenheid.

475 Lewis (1996), p. 71. VROM-Raad (2006), p. 67.

476 Borgers (2011/a), Michiels (2001), p. 56, Van Hall (2000), p. 145-146.

477 Michiels (2001), p. 9 en p. 57.

478 De Roo (2004), p. 3.

479 Michiels (2001), p. 4 en p. 9.

480 Als figuur weergegeven in Borgers (2011/a), p. 1187.

481 Michiels (2001), p. 57.

*Deeper reflection on the law has often led to the paradoxical insight, that an outstanding feature of a good legal system is, that it remains the same, or rather stable and reliable, while changing. Law at its best is moving, flexible stability.*⁴⁸²

Anders gezegd, het vereist recht om tot beter recht te komen.⁴⁸³ De onvermijdelijke vernieuwing van het milieurecht gaat om een voortgaande ontwikkeling van het beste uit de rechtspraktijk, de rechtspraak en de bestaande wet- en regelgeving. De grondslag daarvoor ligt voor het oprapen.

3.4. Afronding

De sleutel tot duurzaam handelen is te vinden in nieuwe vormen van regulering, gebaseerd op de omgangsvormen tussen actoren in de samenleving. De structurele omwentelingen (transities) die nodig zijn om tot duurzaam handelen te komen, zijn niet te begrijpen in termen van controle en beheersing, maar wel in termen van beïnvloeding, aanpassing en bijsturing. Weg van de centraal ordenende en controlerende overheid, op naar besluitvormingsprocessen die uitgaan van de eigen verantwoordelijkheid van de initiatiefnemers van ruimtelijke projecten en milieurelevante activiteiten om duurzaam te handelen. Zo beschouwd, is het milieurecht klaar voor deze normatieve interactie.

Het antwoord op de tweede vraag van dit onderzoek, over hoe de alternatieve grondslag tot duurzaam handelen kan aanzetten (zie § 1.6), is dat de duurzaamheidstransitie te complex en de werkelijkheid te variabel is om in termen van gestructureerde controle en beheersing te kunnen denken. Dit ligt niet alleen aan de kenmerken van de omslag naar duurzaam handelen, maar ook aan de algemene kenmerken van de moderne samenleving. Die kenmerken zijn er twee: het voorlopige en het relatieve van sociale keuzen enerzijds en de institutionele reflexiviteit van de rechtsorde anderzijds (zie § 2.3.5). Dit zijn geen tegengestelde kenmerken, maar twee zijden van dezelfde medaille.

*We weten nu, dat structuren en samenhangen procesmatig en voorlopig zijn, en dat wil tevens zeggen, dat onze theorieën die deze structuren en samenhangen in begrippen en typen weergeven ieder moment aanvulling, verbetering of zelfs volledige herziening behoeven.*⁴⁸⁴

In dit duale licht kan de transitieparadox worden benut voor een conceptuele ontwikkeling van het milieurecht.

De transitieparadox houdt in dat de overheid zelf de grootste barrière vormt voor het realiseren van brede maatschappelijke transities systeeminnovaties, zodra de overheid deze omwentelingen op haar eigen wijze gaat sturen via een systeem van beheersen,

482 Van Gunsteren (1972), p. 115.

483 Fuller (1964), p. 155. Hierboven geciteerd aan het begin van hfst. 2.

484 Zijdeveld (1974), p. 163.

controleren en regelen.⁴⁸⁵ Dit is een reëel risico voor de transitie, omdat de grondstructuur van milieurecht uitgaat van beheersen, controleren en regelen. Maar die aanpak werkt niet. Wat duurzaam is, is niet vast te leggen in een controlesysteem. Het zou daarin hoogstens mogelijk zijn voor te schrijven wat *niet* duurzaam is, want dat is meestal wel eenduidig vast te stellen. Wat *wel* duurzaam is, is daarentegen een resultaat van maatschappelijk denken, doen en oordelen.⁴⁸⁶ De bevordering van duurzaam handelen vereist daarom een normatief begrip van de waarde daarvan. Dit wil zeggen dat evenwichtig moet kunnen worden afgewogen wat de invloed van een handeling is op 'mens, milieu en meerwaarde' (*people, planet, profit*).⁴⁸⁷ Dit is een bruikbare maatstaf voor een duurzaam handelingsontwerp waarmee het eigen handelen begrepen wordt vanuit het perspectief van een duurzame sociale context.

Een actor moet de mate waarin zijn handelen duurzame waarde heeft, mede begrijpen vanuit de belangen en waardeopvattingen van anderen. Deze 'positie van de ander' heeft geen betrekking heeft op de concrete individuen die bij de handeling betrokken kunnen zijn. Het gaat om een gezichtspunt van 'gegeneraliseerde anderen'. Deze abstracte aanwezigheid van 'anderen' bij een duurzaam ontwerp van eigen handelingen, brengt onder woorden dat actoren hun handelingen linksom of rechtsom dienen af te stemmen op de belangen van actoren die geen deel uitmaken van de 'eigen' (rechts-)gemeenschap. Naast *generalized others* moet daarbij ook vanuit de positie van *unknown others* naar het eigen handelen worden gekeken. Deze *unknown others* zijn te identificeren als actoren die er elders of later op mogen rekenen dat bij het handelen van een actor de kwaliteit en toekomstwaarde van het milieu in stand wordt gehouden. Hun positie 'daar en ooit' bepaalt mede het duurzame handelingsontwerp 'hier en nu'. Het is de waarde van duurzaam handelen dat in het ontwerp van handelingen met deze duurzame positie van een brede groep 'anderen' rekening wordt gehouden. Wil een handeling een duurzame handeling zijn, dan moet de handeling tevens kunnen worden opgevat als een normatief voorstel met de strekking dat met deze handeling een duurzaam resultaat wordt bereikt.

Op dit punt kan de overheid invloed uitoefenen, via beïnvloeding, aanpassing en bijstelling. De overheid kan bevorderen dat actoren zich realiseren dat hun handelen duurzame waarde moeten hebben. Deze duurzame verwachting komt tot stand door en tijdens interactie. Dit is het constitutieve aandeel van het handelen (zie § 2.2.3) en deze interactie valt te reguleren door de overheid. Dit biedt tegelijk een kans om andere vormen van verantwoordelijkheid en verantwoording te ontwerpen, vanuit een idee van *governance en democratisering* van sociale verhoudingen. Het houdt onvermijdelijk in dat actoren zelf een actieve rol nemen voor het beschermen en realiseren van het publieke belang van duurzaam handelen. De procesgerichte sturing die hiervoor nodig is, omvat het leren omgaan met onzekerheden, het openhouden van opties en het integraal denken op lange termijn en het realiseren van oplossingen op

485 Rotmans (2003), p. 83.

486 Aarts/Grin (2006/2007), p. 9.

487 Kellermann (2006), p. 2.



het juiste schaalniveau (lokaal, nationaal, internationaal) met een uitdrukkelijke maar gevarieerde overheidsrol (schakelen, stimuleren, sturen, handhaven). Uit deze aanpak kan worden afgeleid dat de overheid zich moet concentreren op het sturen op complexe en langdurige veranderingsprocessen, waarbinnen sprake is van integraliteit, open normen en interactieve besluitvorming.



4. Contextuele rechtsvinding in het milieurecht

*We live in and by the law.*⁴⁸⁸

4.1. Inleiding

Het 'milieurecht' is een verzamelterm voor een grote verscheidenheid van wet- en regelgeving, uitvoeringsbesluiten en beleidsregels voor een schier oneindig aantal ruimtelijke projecten en milieurelevante activiteiten. Dit diffuse stelsel is in een periode van circa 40 jaar ontstaan, in navolging van de ontwikkeling van een milieubeleid dat al even versnipperd is. De vroege voorlopers van dit rechtsgebied zijn al in de 19e eeuw ontstaan in de vorm van stedelijk hygiënebeleid. De aanleiding was destijds de stank en het explosiegevaar in veel binnensteden, als gevolg van de industriële ontwikkeling die flink op gang was gekomen. Dit leidde destijds tot het Fabrieksbesluit uit 1824 en de Hinderwet uit 1875. Deze regelgeving heeft tot ongeveer 40 jaar geleden volstaan voor de beperking van hinder en de bescherming van de volksgezondheid. Sindsdien is het milieurecht echter in een stroomversnelling geraakt, met name in reactie op de naoorlogse industriële en sociaal-maatschappelijke expansie. Die ontwikkelingen leidden tot nieuwe en bovenlokale milieuproblemen. Het besef van de ernst daarvan drong vanaf medio jaren '60 tot de samenleving door, vooral door een aantal geruchtmakende incidenten. Er bleek sprake van ernstige luchtvervuiling, afvaldumping en giftig rivierwater.⁴⁸⁹

Deze bewustwording in de jaren '60 leidde vanaf de jaren '70 tot een herdefiniëring van de probleemdefinitie van het milieuvraagstuk.⁴⁹⁰ Het onderscheidende kenmerk ten opzichte van het oude beleid was dat in deze eerste periode de moderne milieuproblematiek werd herkend en benoemd en vooral dat dit gepaard is gegaan met het ontstaan van een bestuurlijke milieugenda. Dit leidde tot de opbouw van een bijbehorend bestuurlijk apparaat en een juridische en kennisinfrastructuur. De opbrengst van dit nieuwe milieubeleid was de totstandkoming van een arsenaal aan sectorale wetten en ook financiële middelen voor saneringsoperaties van ernstige verontreinigingen ('end-of-pipe'). Gedurende deze eerste periode vond een ontwikkeling plaats van het wetenschappelijk en beleidsmatig inzicht in de milieuproblemen, wat de weg

488 Dworkin (1986), p. vii.

489 WRR (2003), p. 27.

490 WRR (2003), p. 27. Urgentienota 1971.



voorbereide voor de volgende periode.⁴⁹¹ Sindsdien heeft het milieubeleid zich in hoog tempo ontwikkeld, met een bijpassende rechtsontwikkeling. Deze ontwikkeling is niet lineair verlopen, zoals bijvoorbeeld wel is nagestreefd bij de totstandkoming van wetgeving als het BW en de Awb. Voor het milieurecht is daarentegen sprake van een weinig transparante ontwikkeling met een veelheid aan wetswijzigingen, nieuwe doelstellingen, nieuwe normen, veranderde procedures en aangepaste bevoegdheden. Om hierin toch eenheid van beleid te kunnen herkennen, kan gebruik worden gemaakt van de ordening die de beleidswetenschappen hebben aangebracht aan de milieubeleidsontwikkeling.⁴⁹² De hele beleidsgeschiedenis vanaf de jaren '60 kan analytisch worden opgedeeld in drie generaties. Met het begrip 'generaties' wordt bedoeld dat het milieubeleid op een aantal te onderscheiden momenten is overgegaan naar een beduidend andere probleemdefinitie en ander sturingsconcept. Het fenomeen van de generatiewisseling moet dus niet letterlijk worden opgevat, alsof een geldend milieubeleid op een bepaald moment geheel wordt vervangen door een ander beleid. Het gaat er om dat sprake is van een nieuwe betekenis voor het beleid en voor nieuwe beleidsontwikkelingen die aan het staande beleid worden toegevoegd.

Deze generatiewisseling moet niet worden gezien als bewijs dat eerder milieubeleid niet succesvol was. Veeleer waren het onder meer de successen van eerder beleid, die duidelijk maakten dat in het licht van de oorspronkelijke perceptie van de problematiek het beleid nog niet succesvol genoeg was – en dat voor verdergaande resultaten het aangrijpingspunt van het beleid anders moest worden gedefinieerd.⁴⁹³

Anders gezegd, er is sinds 1960 sprake van een conceptuele ontwikkeling van het milieubeleid waarbij de begrippen en strategieën van dat beleid op een gegeven moment worden geherformuleerd, op basis van nieuwe wetenschappelijke en beleidsmatige inzichten, om zo geschikt te zijn voor nieuwe doelen in nieuwe situaties. De probleemperceptie in het milieubeleid en –recht is wat dit betreft afhankelijk van het wereldbeeld waarmee het probleem wordt benoemd en aangepakt.⁴⁹⁴

Door Grin, Van de Graaf en Vergragt is dit proces van generatiewisselingen in het milieubeleid in drie onderscheiden momenten ingedeeld. Het is hier in de volgende tabel samengevat.⁴⁹⁵

491 WRR (2003), p. 29.

492 Grin/van de Graaf/Vergragt (2003).

493 Grin/van de Graaf/Vergragt (2003), p. 52.

494 Ebbesson (1996), p. xx.

495 Grin/van de Graaf/Vergragt (2003), pp. 53-56.



	1^e generatie	2^e generatie	3^e generatie
Probleemdefinitie	Risico's voor de volksgezondheid als gevolg van emissies. Vaak beleidsactie in reactie op rampen.	Emissiebeperking leidt tot probleemverschuivingen tussen milieucompartimenten en is geen oplossing voor alle typen verontreiniging (verzuring, diffuse bronnen, aantasting ozonlaag, broeikas effect). Lange termijn effecten vragen andere beleidsrespons.	Milieudoelen hangt niet alleen af van gedragsbeïnvloeding, omdat goede gedragskeuzen soms systematisch worden belemmerd (door fysieke infrastructuur, politieke conventies, economische verhoudingen, bestaande regelgeving, bestaande kennis).
Focus	End-of-pipe maatregelen	Milieugebruiksruimte en bronbeleid: gedragsverandering.	Processen heroriënteren, leidend tot verandering van effecten van handelen en tot aanpassing maatschappelijke structuren die gunstige handelen (voor milieudoelen) belemmeren.
Sturingsfilosofie	Regulering en controle	Handelings theorie, o.b.v. leerprocessen en prikkels om sociale dilemma's te doorbreken (dat wil zeggen dat mensen geen eigen voordeel opgeven als anderen dat ook niet doen).	Afstemming tussen handelingen en structuren.
Instrumentarium	Normen. Vanuit idee dat doelgroepen handelen volgens 'rationele actor model' (uit welbegrepen eigenbelang het gunstigste doen),	Sociale regulering, d.w.z. uitbreiding van normkader met instrumenten die gedrag beïnvloeden. Instrumentenmix gericht op opheffen sociale dilemma.	Transitiemanagement

© H.C. Borgers o.b.v. Grin, Van de Graaf en Vergragt



In de beleidswetenschappelijke literatuur wordt van de 1^e en 2^e generatie milieubeleid beschreven dat dit 'oude milieuproblemen' betreft die zich in een 'beheersfase' bevinden. Daarmee wordt gesuggereerd dat het beleid zich vooral dient te richten op een goede implementatie en handhaving.⁴⁹⁶ Dit zou anders zijn voor de problemen die in de 3^e generatie milieubeleid aan de orde zijn, omdat dit betrekking heeft op niet-opgeloste problemen zoals de klimaat- en duurzaamheidsproblemen. Deze kenmerken zich als complex, omdat zij gepaard gaan met grote kennisonzekerheid, grote belangentegenstellingen, langere tijdshorizonten, grotere gebieden los van landsgrenzen en niet in de laatste plaats sociaal-economische verdelingsvraagstukken.⁴⁹⁷ In de derde generatie komt veel sterker dan in de eerdere generaties milieubeleid naar voren dat milieuproblemen en beleidsdoelen sterk afhankelijk zijn van sociale keuzen van individuen en organisaties alsmede van de bestaande maatschappelijke structuren waarin meer of minder keuzeruimte bestaat.

Er zijn echter kanttekeningen te plaatsen bij de suggestie dat het beleid van de eerste en tweede generatie in een 'beheersfase' is beland (zie § 1.1) en dat de uitdaging voor het milieubeleid zich concentreert op de derde generatie '*wicked problems*'. Het idee van de beheersfase suggereert dat het een kwestie van goede bestuurlijke uitvoering en handhaving zou zijn, oftewel van de onbetwiste inzet van een uitgedacht juridisch instrumentarium. Wie echter kennis neemt van de rechtspraktijk en van de huidige ontwikkelingen in de bestaande milieuregelgeving, kan constateren dat dit rechtsgebied over de gehele linie volop in verandering is en dat sprake is van een breed maatschappelijk debat over de grondslagen, uitvoering en effecten van het complete milieubeleid. Kennelijk zijn de instrumenten uit de tijd van de 1^e en 2^e beleidsgeneratie niet uitontwikkeld en evenmin is sprake van eenvoudige kwestie van regeltoepassing of handhaving. Uiteraard geldt dit al helemaal niet voor de 3^e generatie milieubeleid.

De regulering van milieuverantwoord handelen werkt blijkbaar anders dan standaard wordt gedacht. En het hangt er blijkbaar van af met welke bril naar de werkelijkheid van het milieurecht wordt gekeken om tot een duiding van de problemen daarvan te komen. Gaat het inderdaad om instrumentele uitvoering van een goed geordend basisschema van recht en beleid, of is sprake van een fundamenteel probleem met de grondstructuur van het milieubeleid en –recht, waardoor dit recht maar geen 'rustig bezit' wil worden.

Volgens de probleemstelling van dit onderzoek is dit laatste het geval en is het ordeningsperspectief op het milieurecht aan vervanging toe. Er is geen reden om aan te nemen dat dit uitsluitend zou moeten gelden voor de milieuproblemen uit de 3^e generatie milieubeleid. Want van alle generaties milieubeleid kan worden gesteld dat zij een normatieve grondstructuur hebben, hetgeen afwijkt van de ordeningsblauwdruk die meestal wordt verondersteld als grondslag voor het milieurecht. De aanleiding

496 Hemerijck/Hazeu (2004), pp. 61-62.

497 Rotmans (2003); Hemerijck/Hazeu (2004), p. 62.



voor alle generaties milieubeleid is immers hetzelfde, namelijk het voorkomen, beperken en beheeren van de nadelige neveneffecten van de moderne consumptiemaatschappij voor de kwaliteit en toekomstwaarde van het milieu. Er staat hier welbewust dat sprake is van 'neveneffecten'. Milieuproblemen ontstaan namelijk vrijwel nooit doordat mensen doelbewust uit zijn op die problemen.⁴⁹⁸ Hun handelingsmotieven liggen elders, zoals bij winst, sociale status, gemak, gewoonte. De milieuvervuiling die daaruit kan voortkomen, is meestal een *onbedoeld, onbewust of onverschillig* effect van gedrag zoals woon-werk verkeer, een vakantietrip of een schilderklus aan het huis. Dit inzicht, dat milieuvervuilend gedrag meestal een secundair effect is van menselijke handelingen, brengt de filosoof Korthals tot een opvallende conclusie.

*Oproepen tot betere motivaties geeft een goed gevoel, dreigen met hard overheidsoptreden brengt misschien tijdelijk ecologisch soelaas, maar de onbedoelde gevolgen van handelingen vragen om een andere benadering, een benadering waarbij de actoren zelf worden ingeschakeld om zich af te vragen of ze de effecten van hun handelingen als gunstig beoordelen of niet en welke maatregelen genomen moeten worden.*⁴⁹⁹

Het idee van Korthals is dat de uitvoering van milieurecht altijd in een sociale context plaatsvindt, waarin mensen, bedrijven en instanties een eigen verantwoordelijk hebben voor de gevolgen van hun handelingen. Milieurelevante handelingen kunnen alleen worden begrepen en worden beïnvloed, bijgestuurd of aangepast vanuit die eigen verantwoordelijkheid van actoren om zich af te vragen *what ought to be done*.⁵⁰⁰

Wanneer dit voorstel wordt doordacht vanuit het perspectief van de ordeningsbenadering dan ontaardt dat in een gordiaanse knoop, die lastig te ontwarren is. Want rechtsnormen moeten in deze benadering vooraf en duidelijk geformuleerd worden, zodanig dat onderdanen vooraf en precies weten waar zij aan toe zijn en wat de overheid van hen gaat verlangen. Uit de normatieve benadering van het milieurecht volgt echter dat de sturing door de overheid niet exact op deze manier functioneert. Dat komt doordat niet de wettelijke vaststelling van een rechtsregel maar de normatieve grondslag voor het handelen centraal staat in de ontwikkeling en toepassing van het recht. Zeker voor het milieurecht is de klassieke opvatting van rechtszekerheid die uit de ordeningsbenadering voortvloeit, daarom een probleem. Door Lambers is dit al in 1994 heel treffend verwoord.

Hoewel het ecologisch probleem als zodanig niet nieuw is, is de huidige schaal van het probleem dat wel. Is ook de kennis erover nog verre van volledig en komt er elke dag nieuwe kennis bij. In toenemende mate zie je dan ook dat de behoefte bestaat om beleid aan te passen, om vergunningen te vernieuwen, om iets nieuws te verbieden, etc. Bovendien is de behoefte aan het voorkómen, aan preventie groot. Dit levert een spanningsveld op tussen aan de ene kant de voortdurende behoefte van het rechtssysteem tot rechtszekerheid en aan de

498 Korthals (1994), p. 30.

499 Korthals (1994), pp. 30-31.

500 Borgers/Van der Heijden (2011), p. 24.



andere kant de voortdurende behoefte aan verandering en vernieuwing die noodzakelijk is vanuit het milieubeleid.⁵⁰¹

Hoe kan dit nu worden begrepen? Hoe kunnen milieurechtelijke normen in de praktijk worden toegepast om milieuverantwoord gedrag en duurzaam handelen te bevorderen, als dit rechtsgebied gebaseerd is op een normatieve grondstructuur?

Door Lambers is voorgesteld om uit te gaan van een ander karakter van de milieuwetgeving. De regelgeving moet af van zijn procedurele oriëntatie en ontelbare hoeveelheid uitvoeringsbesluiten. In plaats daarvan moet de aandacht worden gericht op het opnemen van algemene normen voor het gedrag door burger en organisaties.

Die normen zullen door ons allen geïnternaliseerd moeten worden, omdat zij deel van ons autonome gedrag worden. Recht derhalve als een cultureel middel om via wederzijdse afhankelijkheid tussen overheid, burger en organisaties tot een ander gedrag te komen ten opzichte van het natuurlijke milieu in het belang van het eigen voortbestaan.⁵⁰²

In navolging van dit voorstel kan worden gesteld dat de intenties, belangen en eigen verantwoordelijkheid van actoren en het belang van de bescherming van het milieu in zijn algemeenheid en de waarde van duurzaam handelen worden bemiddeld door het normatieve kader van het milieurecht. Dat is de normatieve zekerheid die het milieurecht te bieden heeft: het vormt een normatief kader dat actoren kunnen gebruiken als maatstaf voor het handelen, terwijl de normen ook als afwegingskader dienen voor bestuursrechtelijke beslissingen over ruimtelijke ontwikkelingen en milieurelevante activiteiten.

Deze invalshoek geeft aanleiding tot de vraag, hoe de overheid besluiten kan nemen op basis van het milieurecht als de toepassing en betekenis van milieunormen afhankelijk is van normatieve interactie. Wat is de praktische betekenis van de theoretische inzichten uit de hoofdstukken 2 en 3, over de normatieve grondslag van het milieurecht en over de regulering van de waarde van duurzaam handelen? Het antwoord op deze vraag is dat de toepasselijkheid en betekenis van normen gevonden worden in een *proces van rechtsvinding*.

Dit antwoord wordt uitgewerkt in § 4.2, met een introductie van het fenomeen 'rechtsvinding' in zijn algemeenheid. Maar het model van contextuele rechtsvinding roept ook de vraag op wat de consequenties zijn voor de rol en taak van de bestuursrechter. Dit onderwerp komt met name aan bod in § 4.2.5.

Daarna komt in § 4.3 aan bod hoe deze rechtsvinding in theorie werkt; hoe worden milieurechtsnormen in concrete projecten en voor concrete milieurelevante activiteiten geconstrueerd? In deze paragraaf wordt een model van rechtsvinding ontwikkeld, als analytisch hulpmiddel om enerzijds de theorie van rechtsvinding te verklaren voor de praktijk en anderzijds die praktijk te kunnen toetsen aan de theorie van rechtsvinding. Zo'n model kan op papier mooi zijn, maar de vraag is natuurlijk hoe het door-

501 Lambers, K. (1994), p. 90.

502 Lambers, K. (1994), pp. 93-94.



werkt in de milieurechtelijke praktijk. Na de introductie van het model wordt het model daarom in § 4.4 gebruikt voor de analyse van een aantal lastige kwesties uit de milieurechtspraktijk, waarin actoren geen vanzelfsprekend gebruik kunnen maken van onbetwiste, gereedliggende normen:

- milieukwaliteitsnormen (§ 4.4.1)
- beste beschikbare technieken (§ 4.4.2)
- zorgplichten (§ 4.4.3)
- voorzorgbeginsel (§ 4.4.4).

De opbrengst van dit hoofdstuk is verwoord in de afronding in § 4.5 en gaat in op de derde onderzoeksvraag, hoe het bevoegd gezag tot milieurechtelijke besluiten kan komen en hoe de bestuursrechter deze besluitvorming kan toetsen, als de toepassing en betekenis van het milieurecht op normatieve interactie zou worden gebaseerd. Als gezegd, is voor dit antwoord eerst een goed begrip van rechtsvinding nodig.

4.2. Wat is 'contextuele rechtsvinding'?

In het maatschappelijk verkeer wordt vaak gebruik gemaakt van onbetwiste interpretaties van rechtsnormen. Meestal doen partijen dat zelfs onbewust, omdat zij zich niet realiseren dat hun handelen plaatsvindt tegen de achtergrond van een juridisch referentiekader (§2.3.6). Soms pakken zij er wel een wettekst bij, als de vanzelfsprekende en beslissende bron van recht. De tekst vertelt hen als het ware wat het toepasselijke recht is. Actoren zijn op zo'n moment echter nog niet bewust bezig met de vraag waarom *déze* rechtsnorm is verkozen als van toepassing in *déze* concrete situatie en waarom die norm met *déze* inhoud wettelijk is vastgelegd. Het kenmerk van dit soort standaardsituaties is dat er geen grote inspanning nodig is om de geldende toepasselijkheid en betekenis van een rechtsnorm voor een bepaalde feitenconstellatie vast te stellen.⁵⁰³ De meeste standaardsituaties komen ook nooit voor een rechter, omdat de rechtsgenoten vanzelfsprekend de juiste (of in ieder geval onbetwiste) gevolgtrekkingen verbinden aan de geldende rechtsregels. Hun handelingen zijn gevangen in het 'conceptuele netwerk' van het toepasselijke rechtsgebied en met hun handelingen (be)vestigen zij telkens opnieuw de vanzelfsprekende betekenis van de wettelijke rechtsnorm voor en in hun handelen.

In moeilijke of wel betwiste gevallen (in de Engelse literatuur spreekt men van '*hard cases*') staat de betekenis of het gebruik van een rechtsnorm wel expliciet ter discussie. In dit soort situaties is de toepassing van het recht geen kwestie van het onmiddellijk en ongeclausuleerd toepassen van bepaalde normen. De subsumptie van feiten of belangen onder een norm leidt dan niet 'vanzelf' tot een rechtvaardige uitkomst, omdat de feiten niet voor zich spreken of omdat de norm betwist wordt. In *hard cases* moet een zoektocht worden uitgevoerd naar de beste keuze uit een palet van beschikbare keuzen over de rechtsnorm. In het milieurecht komt dit zelfs regelmatig voor.

⁵⁰³ Smith, C.E. (2009), p. 212.



Neem het geval van een milieueffectrapport (m.e.r.) of een vergunningaanvraag voor een inrichting. De aanvrager zal zijn project afstemmen op de beschikbare speelruimte in het normenstelsel. Via de aanvraag of de m.e.r. doet de initiatiefnemer in feite een voorstel aan het bevoegd gezag, om zus-of-zo naar de effecten van zijn project of activiteit te kijken. Het bevoegd gezag zal beoordelen in hoeverre de toepasselijke normen de voorgestelde activiteiten daadwerkelijk toestaan. Dit vereist interactie met de betrokken actoren om tot afstemming van hun waarden en belangen te komen. En de bestuursrechter kan dit besluit toetsen aan de maatstaven van het geschreven en ongeschreven bestuurs- en milieurecht.

4.2.1. *De normatieve grondslag van rechtsvinding*

In moeilijke of betwiste zaken verschillen partijen van mening over de keuze voor deze of een andere norm als toepasselijke norm, of over verschillende interpretaties van de toepasselijke norm. Dit verschil van inzicht over het recht *zoals het is*, impliceert dat partijen twisten over het recht *zoals het zou moeten zijn*. Dit betekent niet automatisch dat het juridisch betoog van een partij in een moeilijke zaak een claim is om 'nieuw recht' te scheppen omdat sprake zou zijn van een 'lacune' in de wet. Integendeel. Het betoog is gericht op de andere betrokkenen in het geschil en over hun hoofd ook op de *gegeneraliseerde anderen in de ruimte van het recht*. Het doel is om die anderen te overtuigen dat het geclaimde recht de juiste interpretatie van de norm is en dus al recht is.

Men verschilt weliswaar van mening over wat het recht in deze kwestie is, maar dit verschil van mening wordt uitgevochten in een debat met behulp van argumenten die door de deelnemers over en weer worden begrepen, ook al kent men er een ander gewicht aan toe. (...) Het vooronderstelt een gemeenschappelijk kader van aannames, uitgangspunten en bewijsvoering.⁵⁰⁴

De claim van iedere twistende actor is dus deze: *de keus* van de toepasselijkheid van de voorgestelde norm leidt *in de context van het geval* en in het licht van *de publieke waarden van de rechtsgemeenschap* tot het te rechtvaardigen oordeel, dat beter is dan de claim van de anderen. Het is een betoog over een contextueel juiste en rechtvaardige keuze. De rechtsfilosoof Dworkin benoemt de normatieve grondslag hiervan op treffende wijze.

We live in and by the law. (...) We are subjects of law's empire, liegemen to its methods and ideals, bound in spirit while we debate what we must therefore do.⁵⁰⁵

Als bestaande regels in een concreet geval ter discussie worden gesteld, bijvoorbeeld vanwege vage termen of omdat het een open norm is, of wanneer een recht of verplichting wordt geclaimd waarvoor zelfs helemaal nog geen bestaande rechtsregels bestaan, kan volgens Dworkin het recht uit de bredere context van de rechtspraktijk

⁵⁰⁴ Smith, C.E. (2009), p. 219.

⁵⁰⁵ Dworkin (1986), p. vii.



worden afgeleid. De reden die hij daarvoor geeft, is, kort gezegd, dat in de rechtspraak reeds vele malen beslissingen zijn genomen die een weerslag geven van de geldende politieke moraal.

*It insists that the law – the rights and duties that flow from past collective decisions and for that reason license or require coercion – contains not only the narrow explicit content of these decisions but also, more broadly, the scheme of principles necessary to justify them.*⁵⁰⁶

De analyse van Dworkin is er op gebaseerd dat iedere juridische autoriteit aan een historische en institutionele context gebonden is. Dworkin noemt dit de ‘*doctrine of political responsibility*’, wat inhoudt dat een juridisch oordeel alleen kan worden gerechtvaardigd als dit te verenigen is met eerdere beslissingen en met de maatschappijopvatting die uit die eerdere beslissingen opdoemt.⁵⁰⁷ Hierbij is een belangrijke functie weggelegd voor politieke wereldbeelden. In de visie van Dworkin wordt van een coherent politiek wereldbeeld verwacht dat dit een logisch bepaalde inhoud en preferente volgorde aanbrengt tussen de politieke en sociale rechten van burgers, de welvaart die hen toekomt, hun morele plichten, het beheer van de collectieve goederen en het belang van maatschappelijke doelen.⁵⁰⁸

Op basis van deze inzichten van Dworkin kan als uitgangspunt worden aangenomen dat normen in principe altijd moeten worden geïnterpreteerd, voordat en doordat zij in concrete omstandigheden worden toegepast. Indien deze interpretatie in een concreet geval problematisch blijkt te zijn, zal de norm volgens Dworkin in de *institutionele context* van de rechtsgemeenschap moeten worden geplaatst.⁵⁰⁹ Dit verschaft een *inhoudelijke* opvatting over wat een rechtvaardige ordening van de samenleving vereist.⁵¹⁰ Deze ordening betreft telkens een concretisering van fundamentele politieke waarden. Dworkin noemt dit de ‘*integrity of law*’.⁵¹¹

Met dit rechtsbegrip van de ‘integriteit van het recht’ maakt Dworkin duidelijk dat juridische beslissingen in concrete situaties tot stand komen op basis van rechtsbeginselen.⁵¹² Dit is de bekende ‘*rights thesis*’ van Dworkin.

*The rights thesis, in its descriptive aspect, holds that judicial decisions in hard cases are characteristically generated by principle not policy. (...) So the supposed tension between judicial originality and institutional history is dissolved: judges must make fresh judgements about the rights of the parties who come before them, but these political rights reflect, rather than oppose, political decisions of the past.*⁵¹³

506 Dworkin (1986), p. 227.

507 Dworkin (1977/a), p. 87.

508 Dworkin (1977/b), p. 13.

509 Dworkin (1986), p. 231 e.v.

510 Soeteman (1992), p. 160.

511 Dworkin (1986), o.a. p. 249. Dworkin benoemt drie fundamentele waarden: *justice, fairness, equal concern and respect*

512 Dworkin (1986), p. 214.

513 Dworkin (1977), pp. 96-97 en p. 87

Deze *rights thesis* van Dworkin is bedoeld voor de Amerikaanse rechtsorde. De theorie blijkt ook gebruikt te kunnen worden in de context van de Nederlandse rechtsorde, om te verklaren dat normen contextueel geïnterpreteerd kunnen worden. Dit is betoogd in de dissertatie van Van der Heijden. Hij heeft daarin uitgewerkt dat de *rights thesis* een algemeen karakter heeft en ook toepasselijk is voor het Nederlandse publiekrecht.⁵¹⁴ Dit strookt ook met de uitleg die Foqué en 't Hart eraan hebben gegeven.

*Waar het in Dworkins 'rights thesis' om gaat, is om coördinatie te bewerkstelligen tussen enerzijds de particuliere claims van individuen of groepen in concrete situaties en anderzijds het omvattender perspectief van de maatschappelijke orde en haar voortdurende vormgeving. (...) Zodoende wordt het handlingsperspectief van individuen of groepen niet overgeleverd aan het spontane spel van belangen en belangenbehartiging, maar wordt evenmin elk handlingsperspectief opgeheven in een eenduidig regelgeleid systeem. Beginselen, als legitimatiegrond in recht, zijn dan ook tegelijkertijd op te vatten als bemiddeling in het op elkaar betrekken van handelings- en systeemperspectief, van burger en maatschappij.*⁵¹⁵

De theorie van Dworkin legt het fundament voor de rechtsvinding in controversiële en moeilijke zaken (*hard cases*). Zelf ziet Dworkin dit ook zo.

*This doctrine states, in its most general form, that political officials must make only such political decisions as they can justify within a political theory that also justifies the other decisions they propose to make. The doctrine (...) condemns the practice of making decisions that seem right in isolation, but cannot be brought within some comprehensive theory of general principles and policies that is consistent with other decisions also thought right.*⁵¹⁶

De keuze van een rechtsnorm in een complexe of betwiste situatie vereist dus coherentie. Maar over de toepassing en betekenis van beginselen in eerdere beslissingen kunnen redelijke mensen behoorlijk van mening verschillen.⁵¹⁷ Daarom is een methode nodig om tot de best mogelijke keuze te komen. In dit kader kan worden gewezen op het onderscheid dat Dworkin heeft aangebracht tussen verschillende typen argumenten die een keuze onderbouwen, in de zin van *principles en policies*.

*Arguments of policy justify a political decision by showing that the decision advances or protects some collective goal of the community as a whole. (...) Arguments of principle justify a political decision by showing that the decision respects or secures some individual or group right.*⁵¹⁸

Wat Dworkin bedoelt met beginselargumenten en beleidsargumenten is echter niet bijzonder duidelijk.⁵¹⁹ Door Van Oenen is verduidelijkt dat de beginselargumenten

514 Van der Heijden (2001), pp. 22-32.

515 Foqué/'t Hart (1990), pp. 399-400.

516 Dworkin (1977), p. 87.

517 Dworkin (1977), p. 81.

518 Dworkin (1977), p. 82.

519 Van der Burg/Van Willigenburg (1986), p. 367.

algemeen van aard en werking zijn, terwijl de beleidsargumenten tijd-, plaats- en doelgebonden zijn.

Een rechtvaardiging die berust op beleid zouden we een contingente rechtvaardiging kunnen noemen. Deze geldt voor een beperkte periode, onder specifieke omstandigheden en bevoordeelt een specifieke en in beginsel willekeurige groep. Een principiële rechtvaardiging heeft een veel algemenere strekking. Zij geldt in beginsel voor alle vergelijkbare gevallen en personen.⁵²⁰

Met behulp van deze verduidelijking kan Dworkin's *rights thesis* worden uitgebreid voor bestuursrechtelijke situaties. In die situaties beslist een bevoegd gezag over de norm voor een publiekrechtelijk gereguleerde handelingssituatie. Vanwege het bestuurlijke karakter van die beslissing is onvermijdelijk sprake van beleidsargumenten. Dit veronderstelt dat het bevoegd gezag over voldoende keuzevrijheid moet kunnen beschikken om met een verantwoord inzicht recht te doen aan de omstandigheden van het geval waarover beslist moet worden. Dit wordt het leerstuk van 'discretionaire beslissingsruimte' genoemd. Tegelijkertijd is het bevoegd gezag aan de bemiddelende werking van het recht gebonden, hetgeen onder controle staat van de bestuursrechter.

4.2.2. *Recht, beleid en discretionaire beslissingsruimte*

De uitleg van de mate van discretionaire bevoegdheid van bestuursorganen is in de klassieke dogmatiek van het Nederlands bestuursrecht met name verbonden aan de opvattingen van Duk. Hij heeft een toetsingsstramien uitgewerkt dat in de loop der tijd gemeengoed is geworden.⁵²¹ Maar het is de vraag of dit stramien tot een goed begrip van de bestuurlijke beslissingsruimte leidt, in vergelijking met de normatieve interactiebenadering.

Duk is gestart met de observatie dat de wetgever steeds minder zal slagen in het vaststellen van voorafgaande gedetailleerde regels voor maatschappelijke situaties. Dit leidt volgens Duk onvermijdelijk tot een toename van de toekenning van discretionaire bevoegdheden aan bestuursorganen, om die gedetailleerde regels per geval te kunnen bepalen. Deze observatie heeft twee consequenties voor het systeem van het bestuursrecht. De eerste is dat een nauwkeurige methode nodig is voor het toetsen van de rechtmatigheid van het gebruik van bestuurlijke vrijheden.⁵²² De tweede is dat de bestuursrechter daardoor voor de lastige taak komt te staan om 'terughoudend' te toetsen in hoeverre rechtmatig gebruik is gemaakt van de discretionaire ruimte.

Het belang van de theorie is dat zij aan het denken zet over de vraag waarom de bestuursrechter terughoudend, marginaal moet toetsen als een bestuursorgaan beschikt over discretionaire bevoegdheden, dat wil zeggen over (expliciete of impliciete) beoordelingsvrijheid bij het kwalificeren van de feiten en/of beleidsvrijheid bij het afwegen van de belangen die in aanmerking genomen mogen en dus moeten worden, en waarom hij niet terughoudend moet toetsen

520 Van Oenen (1994), p. 50.

521 Damen (2009), p. 194.

522 Duk (1978), p. 583.

*bij het slechts vaststellen van de feiten en bij het interpreteren van wettelijke regels.*⁵²³

In essentie gaat het klassieke stramien van Duk over de taakverdeling binnen de overheid, met name tussen het bestuursorgaan en de bestuursrechter. Voor deze taakverdeling geeft hij enkele abstracte richtingwijzers. De centrale begrippen daarvan zijn 'beoordelingsvrijheid' en 'beleidsvrijheid'.⁵²⁴ Er is in zijn benadering sprake van *beoordelingsvrijheid* in gevallen waarin het een bestuursorgaan is toegestaan om zelfstandig en met uitsluiting van andere organen of instanties te beoordelen of voldaan is aan de voorwaarden voor een rechtmatige uitoefening van een recht of bevoegdheid. Hierbij gelden twee begrenzingsvoorwaarden voor de vrijheid van het bestuursorgaan, die voorkomen dat volledig naar eigen inzicht zou worden beslist over de voorwaarden voor de toepassing van de bevoegdheid. De eerste begrenzing is dat geen sprake mag zijn van een oordeel waartoe geen *redelijk bestuur* zou kunnen komen. De tweede grens is dat geen sprake mag zijn van *onbehoorlijk bestuur*, in die zin dat geen rekening is gehouden met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Er is sprake van *beleidsvrijheid* in gevallen waarin er geen rechtsplicht bestaat voor het bestuursorgaan om gebruik van een recht of bevoegdheid te maken, ook al zijn de voorwaarden voor een rechtmatig gebruik wel vervuld. In geval van beleidsvrijheid kan het bestuur dus 'beleid voeren'. Dat wil volgens Duk zeggen dat het bestuur voor zichzelf kan uitstippelen in welke gevallen en op welke wijze gebruik zal worden gemaakt van een bevoegdheid.⁵²⁵ Deze vrijheid van beleidskeuze vindt een begrenzing in de wettelijke tekst die de bevoegdheid toekent en in het ongeschreven recht zoals met name de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Willekeurige keuzen moeten worden voorkomen. Daarom zal het bestuursorgaan *beleidscriteria* moeten opstellen voor het gebruik van de beleidsvrijheid. Deze criteria moeten duidelijk maken hoe de betrokken belangen zullen worden afgewogen met het oog op het nagestreefde beleidsdoel. Volgens Duk volgt hieruit dat bij een correct gebruik van beleidsvrijheid meerdere beslissingen 'rechtens juist' kunnen zijn, doch dat een bepaalde beslissing beleidsmatig de voorkeur verkrijgt.⁵²⁶

Het toetsingsstramien volgens Duk legt de nadruk op het vraagstuk van de bestuurlijke bevoegdheidstoedeling en de omvang van de rechterlijke toetsing daarvan als afgeleide van de toedeling van discretionaire beslissingsruimte. Duk beschouwt dit zelfs als het kernprobleem van het bestuursrecht.⁵²⁷ Binnen de begrenzingsvoorwaarden van de beoordelings- en beleidsvrijheid is volgens Duk sprake van een rechtsvraag die getoetst kan worden door de bestuursrechter. Buiten de begrenzingsvoorwaarden moet de rechter 'terughoudendheid' betrachten en heeft het bestuur dus 'vrijheid'. De essentie van het toetsingsstramien is dat de bestuurlijke vrijheid bij beoordeling en bij beleid aan de wettelijke bevoegdheidstoedeling is gekoppeld, als houvast voor de rechter om de

⁵²³ Damen (2009), p. 195.

⁵²⁴ Duk (1978), p. 575; (1988), p. 157; (1999), pp. 191-199. Vgl. Dworkin (1977), pp. 31-32.

⁵²⁵ Duk (1999), p. 194.

⁵²⁶ Duk (1978), p. 575 in zijn noot 26.

⁵²⁷ Duk (1978), p. 587.

bestuurlijke taak te kunnen toetsen. Het vraagstuk van de bestuurlijke beslissingsruimte wordt hierdoor een vraagstuk van gelegaliseerde machtsuitoefening.

Hoe zou dit zijn, als wordt uitgegaan van normatieve machtsuitoefening? Zoals eerder vermeld in § 2.4.5 deed Van Gunsteren de aanbeveling om het bestuur meer ruimte te geven voor het uitoefenen van discretionaire bevoegdheden. Dit veronderstelt dat de toedeling van bevoegdheden ruim wordt omschreven met open normen, vage bewoording of keuzevrijheid. Daardoor krijgt het bestuur zoveel mogelijk discretie om recht te doen aan de omstandigheden van het geval. Deze oplossingsrichting voor de toekenning van bestuurlijke beslissingsruimte leidt niet tot een legalistische opvatting van de beoordelingsruimte en beleidsvrijheid binnen de bevoegdheidsomschrijving. De regulering via open normen, vage termen en bestuurlijke keuzevrijheid opent namelijk de weg om de *toepassingsresultaten* van potentieel toepasselijke rechtsnormen per geval op waarde te schatten.⁵²⁸ Dit is wat Glastra van Loon heeft voorgesteld met zijn normatieve begrip van het handelen.⁵²⁹ De kern van dit voorstel is nadien mooi verwoord door Schuyt.

*Denken in handelingsgevolgen is antidogmatisch: eerst de gevolgen leren kennen voordat we over iets een oordeel uitspreken. (...) Oordelen is kiezen op het juiste moment.*⁵³⁰

Het inschatten van de waarde van de toepassingsresultaten van een norm heeft consequenties voor de mate van discretionaire ruimte van het bestuur. In deze benadering houdt discretie namelijk in dat het bestuur *contextuele ruimte* krijgt om de toepassingsresultaten van een norm te beoordelen. Het resultaat van de toepassing van een norm maakt pas duidelijk wat de betekenis ervan is voor de situatie waarop ze van toepassing is.⁵³¹ Bij de uitoefening van een bevoegdheid en bij de realisatie van beleid zal het bestuur daarom zowel uitdrukking willen geven aan de gangbare interpretatie van rechtsregels om daarmee politiek-bestuurlijke doelen willen halen, als deze rechtsregels ook toepasbaar willen maken voor het concrete geval. Dit impliceert dat een bestuursorgaan een juiste en rechtvaardige beslissing moet construeren die bij de context past. Om tot deze contextuele constructie te komen, zal het bestuur aan *rechtsvinding* moeten doen, waarbij de belangenafweging een keuze is op basis van een *normatief oordeel* van het overheidsbestuur over de afstemming van de betrokken waarden en belangen. Precies op dit punt onderscheidt de normatieve interactiebenadering zich van het toetsingsstramien zoals Duk dat heeft voorgesteld.

Met de begrippen 'beoordelingsruimte' en 'beleidsvrijheid' wordt bedoeld dat het bestuur op twee manieren beslissingsruimte heeft. De begrippen verhullen echter dat deze beslissingsruimte geen legalistische maar een normatieve grondslag heeft. De *beoordelingsruimte* gaat in de legalistische variant over de wettelijke marge die het bestuur heeft gekregen om te beoordelen of voldaan is aan de voorwaarden voor een

⁵²⁸ Glastra van Loon (1956), p. 193. Glastra van Loon (1980), p. 42.

⁵²⁹ Glastra van Loon (1956), p. 193. Glastra van Loon (1980), p. 42.

⁵³⁰ Schuyt (2003), p. 43.

⁵³¹ Vgl. Van Ree (1998), p. 129.



rechtmatige uitoefening van een recht of bevoegdheid. In de normatieve variant gaat beoordeling echter over de specificatie van de betekenis van een norm voor een concreet geval. Deze beoordelingsruimte gaat over de *'open texture'* van rechtsregels over de concretisering van de *pointe* van het recht. Dit betekent dat het bestuur altijd de ruimte heeft voor een contextuele interpretatie van een norm, los van de vraag wat de wetgever daarvan ooit vond.

Het begrip *beleidsvrijheid* geldt in de legalistische variant voor bevoegdheden die het bestuursorgaan niet verplicht is om te gebruiken. Dit gaat over 'kan-bevoegdheden', zoals 'het bevoegd gezag kan de vergunning weigeren indien ...'. Zolang de uitoefening van de bevoegdheid niet willekeurig is, is in deze variant sprake van 'behoorlijk bestuur'. Vanuit het perspectief van de normatieve grondslag bij deze willekeurtoets echter in haar eigen staart. De legalistische beleidsvrijheid laat het aan het bestuur over om beleidsdoelen te formuleren en het gewicht van de betrokken waarden en belangen ten opzichte van die doelen af te wegen. Zolang het resultaat hiervan niet willekeurig of onredelijk is, is het goed. Dit impliceert dat er een maatstaf bestaat voor de toetsing van de willekeur en onredelijkheid. Het is echter een circulaire vraag wat die maatstaf is, als het bestuur een feitelijke vrijheid heeft om het gewicht van belangen in beleidstermen te bepalen. Deze vrijheid van het bestuur is in het perspectief van de normatieve interactiebenadering geen feitelijke maar een *normatieve vrijheid*.

De normatieve grondslag van de beslissingvrijheid verschaft altijd een maatstaf waarop het bestuur zich kan en moet oriënteren bij de beslissing over een concreet geval. Ook bij 'beleidsvrijheid' kunnen bestuurlijke beslissingen daarom niet waarde-vrij zijn of ongeclausuleerd aan politiek-bestuurlijke beleidsvoering worden overgelaten. Dit is het inzicht dat kan worden afgeleid van de *rights thesis* van Dworkin. Volgens hem kan een juridische beslissing alleen worden gerechtvaardigd als deze verenigd kan worden met eerdere beslissingen en met de maatschappijopvatting die uit die eerdere beslissingen opdoemt.⁵³² Zijn basale uitgangspunt is dat normen in principe altijd moeten worden geïnterpreteerd, voordat en doordat zij in concrete omstandigheden worden toegepast. Indien deze interpretatie in een concreet geval problematisch is, zal de norm volgens Dworkin in de institutionele context van de rechtsgemeenschap moeten worden geplaatst.⁵³³ Die context noemt hij de *'integrity of law'*, wat in dit onderzoek nader is uitgewerkt onder de noemer van rechtsbewustzijn.⁵³⁴ Het rechtsbewustzijn met betrekking tot de consequenties van de integriteit van het recht voor een concreet geval speelt mee in iedere bestuurlijke belangenafweging en iedere bestuurlijke beleidskeuze met betrekking tot de afstemming van waarden en belangen. Elk bestuurlijk besluit in een concreet geval moet daarbij tot een concretisering leiden van het morele en maatschappelijke bewustzijn over wat nodig of mogelijk is vanwege het algemeen belang.

532 Dworkin (1977/a), p. 87.

533 Dworkin (1986), p. 231 e.v.

534 Dworkin (1986), o.a. p. 249.



In aansluiting bij de analyse van Foqué over de lege ruimte van het recht is voorgesteld dat de beleidsbetekenis van het rechtsbewustzijn geen vrije keuze is. Het beleid van de overheid moet worden gefundeerd door de contrafactische begrippen van de publieke ruimte van het recht (§ 2.4.3). Het gevolg van deze benadering is dat de uitoefening van een bevoegdheid met beleidsvrijheid kan worden getoetst aan de *pointe* van het recht.

Voor het bestuursrechtelijk milieurecht betekent de voorgaande analyse dat dit rechtsgebied méér is dan een procedureel recht van, voor en tegen het gebruik van de beleids- en beoordelingsruimte bij bestuurlijke bevoegdheden. Het betekent namelijk dat het gebruik van de beslissingsruimte in het milieurecht *waardegeladen* is, afgemeten aan de maatstaf van het rechtsbewustzijn over wat *het goede* is en zou moeten zijn met betrekking tot het milieubelang in een concrete handelingssituatie. Uit hoofdstuk 3 volgt dat dit in de huidige tijd neerkomt op een concretisering van de waarde van duurzaam handelen.

4.2.3. *Rechtsvinding is een contextueel constructieproces*

De conclusie van de vorige paragraaf is dat bestuursorganen aan contextuele rechtsvinding doen. Het begrip ‘rechtsvinding’ is echter niet onbetwist en moet daarom nader worden uitgewerkt. Rechtsvinding gaat over de zoektocht naar een oplossing voor rechtsvragen in een concreet geval.⁵³⁵ Door Bruggink is dit zoeken aangeduid als een ‘proces’.⁵³⁶ Het resultaat van het proces van rechtsvinding is weliswaar dat een concrete rechtsnorm tot gelding is gemaakt in een voorliggend geval, maar daar gaat het ‘proces van het vinden’ aan vooraf. Pas na het proces is de norm met de beslissing gegeven.⁵³⁷ Bruggink heeft, in aansluiting bij deze benadering van Scholten, het fenomeen ‘rechtsvinding’ als volgt omschreven.

*Rechtsvinding is het nemen van een rechtsbeslissing in een proces, waarin de rechter in een bewuste wilswaard op grond van positief-rechtelijke regels voor een concrete situatie bepaalt, hoe er gehandeld moet worden.*⁵³⁸

Rechtsvinding wordt hier zodoende opgevat als een *denkproces* waarin de bevoegde autoriteit tot een *beslissingshandeling* komt. De handeling houdt in dat de autoriteit beslist wat de toepasselijke norm is en wat die inhoudt voor het handelen van de betrokkenen in de voorliggende zaak. Anders gezegd, de beslisser bepaalt *hoe er gelet op de omstandigheden van het geval volgens de procedures, regels, beginselen en pointe van het recht moet worden gehandeld*.

De meeste juridische procedures en regels staan in de dagelijkse praktijk niet ter discussie. Zij worden gewoon gebruikt zoals ze worden gebruikt.⁵³⁹ Maar in principe is

⁵³⁵ Pontier (1998), p. 9.

⁵³⁶ Bruggink (1992), p. 34.

⁵³⁷ Hierover: Claes (2000), p. 183.

⁵³⁸ Bruggink (1992), p. 40.

⁵³⁹ Wittgenstein (1953), nr. 216; Smith, C.E. (2009), p. 213.



ieder gebruik van een norm een keuze die vatbaar is voor discussie. Wanneer dat gebeurt, blijken meerdere interpretaties en tegengestelde standpunten mogelijk te zijn. Het cruciale punt hiervan is dat het principieel mogelijk is een andere betekenisclaim te maken dan andere actoren doen (zie § 4.2.1). In dit verband kan de rechtsfilosoof Smith worden aangehaald. Uit zijn analyse van het recht blijkt dat de kwalificatie van een juridische zaak als ‘makkelijk’ of ‘moeilijk’ niet van belang is voor de conclusie dat ieder recht en dus ook de meest duidelijke en onbetwiste regel niet louter descriptief is, maar vooral normatief.

*Dat de juistheid van een oordeel in een duidelijk geval in redelijkheid niet kan worden betwist, betekent echter niet dat het oordeel niet normatief is. Met ieder oordeel bevestigen we opnieuw de norm en drukken we niet alleen uit dat het geval onder de regel valt ('is'), maar ook dat dit zo behoort te zijn ('ought').*⁵⁴⁰

Het is principieel mogelijk dat partijen van mening verschillen over de gelding of betekenis van iedere rechtsnorm. In rechtszaken gaat het daarom in essentie over de juistheid van de interpretatie van een rechtsregel of -procedure door partijen, of over het bestaan van een (betwiste) rechtsregel, of over de toepasselijkheid van een rechtsregel op het voorliggende geval. Meer abstract gezegd, kan een onderscheid worden gemaakt tussen twee niveaus waarop een meningsverschil kan bestaan over een norm.

1. De betrokkenen verschillen over de *betekenis van de norm* voor hun handelings-situatie. Zij hebben verschillende verwachtingen over de wijze waarop de norm in de concrete situatie zou moeten worden uitgevoerd. Met andere woorden, dit betreft een geschil over de *juiste en rechtvaardige wijze van demonstratie* van de norm. Wanneer het geschil hierover is beslecht door een beslissing over ‘wat een juiste en rechtvaardige uitleg’ is, dan is daarmee de normatieve kracht van de norm tot een voorlopige eenheid hersteld. Die eenheid kan in volgende situaties worden herhaald in de vorm: ‘zo behoort je te handelen, volgens de juiste en rechtvaardige interpretatie van de norm waarover in die-en-die zaak al eens is beslist’.
2. De betrokkenen verschillen over de maatstaf waaraan de gelding van een bepaalde betekenisclaim kan worden ontleend. Dit houdt in dat zij een verschillend beeld hebben van de toepasselijkheid van een bepaalde norm. Met andere woorden, dit betreft een geschil op het *niveau van de conceptuele betekenis* van het recht.⁵⁴¹ Wanneer het geschil is beslecht door een beslissing over ‘welke norm in deze situatie geldt’, dan is de verhouding tussen het conceptuele netwerk en de casus nader geconcretiseerd.

Dit onderscheid brengt een kardinaal punt naar voren. Niet alleen de *interpretatie* van een rechtsregel kan een onderwerp van debat, twist en beslissing zijn, maar ook de *toepasselijkheid* van een norm uit het denkbare arsenaal van normen die door de rechtsbronnen van het rechtssysteem worden geleverd. In laatste instantie is deze toepasselijkheid van een norm een kwestie van een waardeoordeel (zie § 4.2.1). Het is een keuze wat wel en wat niet een toepasselijke norm is en wat daarvan de rechtvaardige interpretatie is.

⁵⁴⁰ Smith, C.E. (2009), p. 214.

⁵⁴¹ Dworkin (1977/b), p. 8.



Deze normatieve grondslag van het recht in zijn algemeenheid heeft gevolgen voor de besluitvorming van de overheid over de toepassing en interpretatie van milieurechtelijke normen in het bijzonder. Uit de grondstructuur van de normatieve interactiebenadering vloeit immers voort dat een beslissing over een milieunorm alleen kan worden begrepen vanuit het dubbele perspectief van het handelingsontwerp van die norm (vgl. § 2.3.2). Dat dubbele perspectief geeft zowel ruimte voor het onbetwist volgen van de *gangbare interpretatie* van rechtsregels (precedentwerking), alsook ruimte voor de *constitutieve handeling* waarmee de norm wordt aangepast in het kader van het concrete geval. Dit impliceert met andere woorden, dat het soms legitiem is voor een bestuursorgaan om op zoek te gaan naar de best mogelijke constructie van een rechtsnorm in een concreet geval. Maar dit vereist dan wel een methode van rechtsvinding die recht doet aan de context en typische aspecten van het bestuurlijke besluitvormingsproces. Hierover gaat de volgende paragraaf.

4.2.4. *Besluitvorming is een reflexief proces van contextuele rechtsvinding*

Het is aan het bestuursorgaan om het milieurecht aangesloten te houden op de sociale werking ervan in concrete situaties. Zolang deze aansluiting in stand wordt gehouden, is sprake van geslaagde rechtsvinding. De bouwstenen voor deze rechtsvinding zijn reeds geïntroduceerd in § 4.2.1: het betreft de beschikbare positiefrechtelijke regels, de feiten en belangen die bij te geval betrokken zijn, de rechtsbeginselen en de waardering van het rechtsbewustzijn. Dit laatste is niet zonder belang. Want de bouwsteen van het 'rechtsbewustzijn' (§ 2.3.3 en § 2.3.4) maakt het mogelijk voor het bestuur om het positieve recht en de rechtsbeginselen, de feiten en de betrokken belangen af te wegen langs de maatstaf van de duurzame rechtsorde. Als het klopt dat actoren in de rechtsorde waarde hechten aan duurzaam handelen (zie § 3.2.1), dan staat het bestuur daardoor voor de opgave om rechtsnormen te vinden die het duurzaam handelen van actoren bevorderen (§ 3.3). Door Smith is overigens treffend beschreven dat de opgave om de normen te vinden een algemene eigenschap van al het recht is.

Recht is niet een feit, maar een oordeel: het is het resultaat van de redelijke afweging van belangen, waarden en doeleinden van het recht en dus de uitdrukking van het oordeel welk belang behoort te prevaleren.⁵⁴²

Iedere beslissing van een bestuursorgaan vestigt een rechtsnorm voor het handelen van de geadresseerden van het besluit. Een beslissing tot verlening van een milieuvergunning bijvoorbeeld,⁵⁴³ verschaft toestemming aan de vergunninghouder om bepaalde bedrijfshandelingen uit te voeren conform de vergunningvoorschriften.

In dit opzicht staat de beschikking dus op één lijn met besluiten van algemene strekking als (plannen en) wettelijke regelingen.⁵⁴⁴

Een bestuursorgaan die met een dergelijk besluit een rechtsnorm construeert, gaat daarbij niet over tot *rechtsschepping*. Uit de normatieve grondslag van het recht volgt

⁵⁴² Smith, C.E. (2009), p. 224 en p. 222.

⁵⁴³ Artikel 2.1 lid 1 sub e Wabo: omgevingsvergunning voor het oprichten en/of in werking hebben van een inrichting

⁵⁴⁴ Van Wijk/Konijnenbelt (2008), p. 145.



namelijk dat de beslissing al opgesloten ligt in de context van het geval. De kunst van rechtsvinding is om het juiste recht in die context te vinden. Paul Scholten heeft deze kunst bondig verwoord.

*Het recht is er, doch het moet worden gevonden, in de vondst zit het nieuwe.*⁵⁴⁵

Iets soortgelijks is ook betoogd door Dworkin met betrekking tot de beslissing van rechter. Hij stelt dat rechtszaken moeten worden beslist op basis van een interpretatie van het geheel van regels en beginselen. Een rechter bepaalt volgens hem te allen tijde wat geldend recht is, ook in gevallen waarin dat recht niet eenvoudig in de tekst van een wet gevonden blijkt te kunnen worden.⁵⁴⁶ Het recht wordt dus nooit met terugwerkende kracht *uitgevonden*. Het is er al, maar het volgt niet eenvoudig uit de lezing van een rechtsbron. Juist in moeilijke gevallen levert die bron immers geen panklare oplossing.

*On the contrary, the argument supposes that reasonable lawyers and judges will often disagree about legal rights, just as citizens and statesmen disagree about political rights.*⁵⁴⁷

Conform deze opvatting van Dworkin is het niet vreemd of verkeerd dat rechters een verschillende beslissing kunnen nemen over normen in soortgelijke zaken. Dit fenomeen is geen fout van het rechtssysteem, maar juist een wezenlijk kenmerk van de omgang van mensen (ook rechters) met normen. De *right answer* in een concrete zaak wordt gevonden in en door de toepassing van juridische kennis en vaardigheden. Deze toepassing is meer dan de beoordeling van de wisselwerking tussen feiten en normen. Met behulp van de rechtstheorie van Paul Scholten kan namelijk aan Dworkin worden toegevoegd dat de *right answer* uiteindelijk een *verantwoordelijk oordeel* moet zijn. Een verantwoordelijk is een oordeel als dat door de gemeenschap aanvaardt kan worden als rechtvaardig oordeel.⁵⁴⁸

*De rechter (...) beslist. Die beslissing is een handeling, zij wortelt ten slotte in het geweten, van hem, die haar verricht. (...) Het is ten slotte een sprong, gelijk iedere daad, ieder zedelijk oordeel dat is. 'Gij behoort' of 'gij behoort niet', 'gij moogt' of 'gij moogt niet', dat is de kern van iedere uitspraak van de rechter, ook van declaratoire en constitutieve vonnissen. Zulk een woord kan alleen hij uitspreken, die in eigen geweten ervan overtuigd is. Het rechtsoordeel wortelt in het zedelijk deel van ons geestesleven (...). In zoverre is ieder rechtsoordeel irrationeel.*⁵⁴⁹

Volgens Scholten is een rechtsoordeel altijd zowel een rationele keuze als een irrationele 'sprong'. Dat wil zeggen dat het oordeel moet passen in het rechtssysteem en tegelijk een uiting is van de enige mogelijkheid die de beslisser ziet voor het oordeel.

Alleen dan is een uitspraak verantwoord, als de rechter kan getuigen: ik kan niet anders. (...) De uitspraak is niet de enige mogelijke binnen het rechtssysteem en wellicht had een ander anders [besloten], maar voor hem is, omdat

⁵⁴⁵ Scholten (1931), p. 12.

⁵⁴⁶ Dworkin (1977/a), p. 81.

⁵⁴⁷ Dworkin (1977/a), p. 81.

⁵⁴⁸ Scholten (1931), pp. 127-128.

⁵⁴⁹ Scholten (1931), p. 130.



*het een gewetensbeslissing is, iedere andere oplossing uitgesloten. (...) Zijn keus is een keus in vrijheid, maar juist daarom in gebondenheid, uiterlijk en innerlijk.*⁵⁵⁰

Dit betekent onvermijdelijk ook dat de juridische praktijk in principe open staat voor meerdere antwoorden en dus voor correctie, zonder dat dit afdoet aan de verantwoordelijkheid van een beslissingsbevoegde autoriteit om zijn inziens de best mogelijke beslissing vast te stellen.

De *right answer thesis*, zoals die hier nader is geconceptualiseerd, is geen voorgebakken antwoord dat voor het oprapen ligt, maar is het resultaat van een bewuste keuze, op basis van interactie en beslissingsruimte. En doordat de 'interactie' betrekking heeft op waarden en belangen van *generalized others* (zie § 2.3.3) kan een beslisser zich baseren op een constructie van het rechtsbewustzijn zoals dat in de publieke ruimte van de rechtsorde leeft. Deze mogelijkheid is ook door Dworkin erkend als legitieme werkwijze.

*It may be entirely reasonable to think (...) that the principles the members of a particular community find persuasive will be causally determined by the collective goals of that community.*⁵⁵¹

In aansluiting bij Scholten kan worden gesteld dat dit uiteindelijk een beslissing is die de beslisser op basis van eigen verantwoordelijkheid moet nemen. Dit is ook verwoord door Bergamin en Akkermans.

*Het vormen van recht is altijd afhankelijk van keuzes die de rechtsvormer maakt en beslissingen die hij neemt.*⁵⁵²

Rechtsvinding leidt tot een verantwoordelijke, en daarom waardegeladen keuze.⁵⁵³ Het is een interpretatie en toepassing van een rechtsnorm *per saldo* in plaats van een interpretatie en toepassing *per se*.⁵⁵⁴ Dit heeft gevolgen voor de reikwijdte van juridische beslissingen. Want het moment van de keuze is altijd een *statische momentopname*.⁵⁵⁵ In nieuwe complexe of betwiste situaties op een later moment zal wederom moeten worden beslist over de contextuele betekenis van eerder geformuleerde rechtsnormen.⁵⁵⁶ Die nieuwe beslissing veronderstelt een *actieve en gemotiveerde keuze* van de beslissende autoriteit, die daarvoor de verantwoordelijkheid moet nemen. Het juridische resultaat hiervan ontstaat niet uit het niets, maar bestaat uit bestaande regels en beginselen die dan passend worden gemaakt voor het geval, mede gelet op de dan levende publieke opinie. Anders gezegd, betekent dit dat normen geconstitueerd worden in een proces van rechtsvinding,

*as we learn the crafts of judging and legislating. These crafts are accountable to the larger purposes of law, which include doing justice, settling disputes, maintaining public order, and enhancing prosperity.*⁵⁵⁷

550 Scholten (1931), pp. 133-134.

551 Dworkin (1977), p. 94.

552 Akkermans/Bergamin (1985), p. 4.

553 Van Schilfgaarde (2006), p. 5.

554 Vrij naar De Roo (2004), p. 33.

555 Bruggink (1992), p. 20.

556 van der Heijden (2001), p. 87.

557 Selznick (1999), p 9 (in: Witteveen/Van der Burg, 1999).



Nu kan dit vragen oproepen. Want een keuzeprocess is bij bepaalde typen normen beter voor te stellen dan bij andere. In geval van doelnormen of normen met ruimte voor een gebalanceerde belangenafweging volgt uit die norm zelf reeds dat er een nadere toepassing aan moet worden gegeven die past bij de context van het geval. Maar hoe zit dat met gesloten rechtsregels?⁵⁵⁸ Die schrijven een concrete verplichting voor waar niet van kan worden afgeweken: zij moeten ‘in acht’ worden genomen. Dan kan op het eerste gezicht geen sprake zijn van rechtsvinding.

Een van de meest duidelijke voorbeelden hiervan is de norm voor het plaatsgebonden risico bij bedrijfsactiviteiten met gevaarlijke stoffen.

*Het plaatsgebonden risico (PR) betreft de kans per jaar dat een persoon die zich continu en onbeschermd bevindt op een bepaalde geografische plaats in de omgeving van een inrichting, transportroute of buisleiding, overlijdt als rechtstreeks gevolg van een ongewoon voorval waarbij gevaarlijke stoffen zijn betrokken (door blootstelling aan bij dat ongeval vrijkomende gevaarlijke stoffen of door de effecten van die stoffen, bijv. warmtestraling, ontploffing of vergiftiging).*⁵⁵⁹

Het PR stelt grenswaarden aan het overlijdensrisico in de omgeving van explosies en ongevallen, waarmee een risicocontour rondom de gevaarlijke activiteit kan worden berekend. Bij die berekening is weliswaar sprake van een aantal variabelen in de rekenmethode, zoals de aard van de gevaarlijke activiteit en stof en het aantal kwetsbare objecten in de omgeving. Maar de veiligheidsnorm voor de beoordeling van die factoren is gefixeerd op een maximaal aanvaardbare kans op overlijden van één op de miljoen jaar. Het effect van het PR is dat er voldoende afstand moet zijn tussen gevaarlijke bedrijfsactiviteiten en kwetsbare objecten (zoals woningen, scholen, kantoren, ziekenhuizen). Het is niet mogelijk om binnen de contour nieuwe kwetsbare objecten toe te staan en evenmin kan een nieuwe bedrijfsactiviteit worden vergund met een contour die bestaande kwetsbare objecten insluit. De enige keuzeruimte die het bestuur heeft, is te kiezen voor het wegbestemmen van het kwetsbare object (ruimtelijk spoor) of het saneren van de gevaarlijke bedrijfsactiviteit (milieuspoor).⁵⁶⁰

De ratio van dit soort gesloten normen is dat het toepassingsresultaat volledig door de norm wordt gedictieerd. Hierdoor is minder vaak sprake van ‘moeilijke gevallen’. Toch is de toepassing van een norm zoals het PR niet altijd vanzelfsprekend, bijvoorbeeld omdat het niet altijd vooraf zeker is wanneer sprake is van een ‘kwetsbaar object’. Daarover heeft de Afdeling al diverse uitspraken gedaan waarin een contextuele constructie moest worden gemaakt om tot een goed toepassingsresultaat van de risiconormen voor externe veiligheid te komen. De volgende twee zijn illustratief.

- In een uitspraak van 28 februari 2007 ging het over een milieuvergunning voor de opslag van brandstof in een loods. Binnen de veiligheidscontour van deze opslag-

⁵⁵⁸ Het onderscheid tussen doelnormen, balansnormen en gefixeerde normen is van Ebbesson (1996), p. 85.

⁵⁵⁹ Teunissen (2007), p. 588.

⁵⁶⁰ Soer (2007), p. 733.



loods was sprake van een nog onbebouwd terrein van een buurtbedrijf, waarop volgens het bestemmingsplan wel bedrijfsbebouwing is toegestaan. De Afdeling constateert dat deze toelaatbare bedrijfsbebouwing een beperkt kwetsbaar object zal zijn, die beschermd zou worden door de afstandsnormen uit het Besluit externe veiligheid inrichtingen. De milieuvergunning zou dan worden geweigerd. De vraag die hierover ontstaat, is of de milieuvergunning ook geweigerd moet worden vanwege de bescherming van de toelaatbare, maar nog niet gerealiseerde bebouwing.⁵⁶¹ Of is het in casu niet voldoende aannemelijk dat de bedrijfsbebouwing doorgang zal vinden? In de Nota van Toelichting bij het Besluit externe veiligheid inrichtingen (BEVI) wordt van het laatste uitgegaan, maar de Afdeling beslist dat wel sprake is van een 'geprojecteerd beperkt kwetsbaar object' als bedoeld in artikel 1, eerste lid, aanhef en onder f, van het BEVI.⁵⁶² De vergunning had dus moeten worden geweigerd.

- Vanaf welke plek moet de afstand tussen een bedrijfsactiviteit en een kwetsbaar object worden gemeten. Deze vraag was aan de orde in een uitspraak van 21 maart 2007.⁵⁶³ Het ging om een schoolgebouw met een fietsstalling aan de kant van de gevaarlijke bedrijfsactiviteit. Kan die stalling buiten beschouwing worden gelaten omdat de scholieren er slechts kort in verblijven, zoals mogelijk is op basis van artikel 4, tweede lid, van de Regeling Externe Veiligheid Inrichtingen (REVI)? De Afdeling stelt voorop dat uit dit artikel volgt dat gemeten moet worden tot de grens van het gebied dat bij de school behoort. De fietsstalling en het bijbehorende toegangspad maken deel uit van het gebied bij het schoolgebouw. Ook aannemelijk is dat daar regelmatig scholieren verblijven. De Afdeling oordeelt dat het daarom terecht is dat het referentiepunt voor de afstandsmeting is neergelegd op het dichtst bij de inrichting gelegen punt van de fietsstalling met bijbehorend toegangspad.

Uit deze relatief eenvoudige voorbeelden blijkt dat ook bij zeer gesloten normen sprake kan zijn van betwiste situaties en van verschillende betekenisclaims. Het bevoegd gezag zal de gesloten rechtswaarde dan toch nader moeten construeren, zonder dat dit leidt tot rechtsschepping. Ook deze constructie is gebaseerd op de normatieve grondslag van het recht, waaruit volgt dat de beslissing opgesloten ligt in de context van het geval, waaronder de tekst en bedoeling van de (gesloten) norm in relatie tot de feiten en de algemene rechtsbeginselen. De kunst van bestuurlijke rechtsvinding is om het juiste recht in deze context te vinden. Dit staat vervolgens open voor een toetsing door de bestuursrechter, die dan toetst of de beslissing aan de eisen van de kunst voldoet.

De tekst van de gebruikte rechtsbron, zoals een wettelijke regel, een beginsel of een passage uit een eerdere rechterlijke uitspraak, vormt het cement tussen de intenties, waarden en belangen van de betrokken actoren en de sociale context. Het 'cement' staat symbool voor de bemiddelende functie van recht. De toepassing van rechtsbronnen op een feitelijke situatie gaat namelijk niet zonder interpretatie, dus niet zonder

561 Vgl. hierover Michiels (2001), pp. 20-23, die voor een contextuele benadering pleit.

562 ABRvS 28 februari 2007, nr. 200601450/1, MenR 2007/28K, ro. 2.5.3.

563 ABRvS 21 maart 2007, nr. 200605428/1, MenR 2007/80, ro2.6.2.



een proces van keuzen en beslissingen. Het juridische ontwerp van een rechtsnorm moet altijd eerst worden vertaald in een juiste en rechtvaardige norm die bruikbaar is in een concrete handelings situatie.

De crux van de theorie van contextuele rechtsvinding die hier wordt uitgewerkt, is nu duidelijk: het gebruik van rechtsnormen kan in principe gepaard gaan met een *constitutief aandeel* in het ontwerp van die normen. Dit betekent dat het principiële mogelijk is dat rechtsnormen zich conceptueel ontwikkelen tijdens en door het gebruik ervan. Dit komt doordat zelfs de meest specifieke en duidelijk geformuleerde rechtsregel een constructie van de taal zijn (§ 2.3.1). En daarvan weten we dat er nieuwe woorden en betekenissen kunnen ontstaan, in de loop van de geschiedenis en als gevolg van nieuwe inzichten of gebeurtenissen. Vanwege deze principiële vatbaarheid voor conceptuele ontwikkelingen is iedere rechtsregel een 'contextuele constructie',⁵⁶⁴ die in concrete gevallen meer of mindere bewust als een vanzelfsprekendheid wordt toegepast of juist aangepast aan de omstandigheden van het geval (zie § 2.4.2). Door Foqué en 't Hart is nader uitgewerkt dat deze *open texture* van rechtsnormen tot discretionaire beslissingsruimte kan leiden.

Binnen Harts rechtstheorie betekent dit, dat zowel in de onvermijdelijke taak om de 'open texture' van rechtsregels op te vullen als in die om toepasbare regels te construeren in bepaalde situaties, er sprake zal moeten zijn van wat hierboven 'een eigen inbreng' van de beslisser is genoemd, of in andere woorden: van beleid. Hart duidt dit beleidsaspect van elke juridische beslissing aan met de term 'discretion'.⁵⁶⁵

De discretie om rechtsnormen contextueel te construeren, mag niet worden opgevat als een vrijbrief om naar een eigen mening het recht te vormen. Zo werkt rechtsvinding niet. De mogelijkheid van de constitutie van een norm in een concreet geval is een eigenschap van de taal en van de verantwoordelijkheid van de beslissingsbevoegde actor in de normatieve interactie. Het recht zorgt daarbij uit zichzelf voor de mogelijkheid van conceptuele ontwikkeling, omdat veel juridische begrippen *gradaties van concreetheid* kennen. Ze zijn bijvoorbeeld vaag of hebben een open einde. Het recht zorgt tevens uit zichzelf voor de systematisering van de interactie tussen de betrokken actoren over de gewenste constitutie van de norm. Dit is de essentie van de systematische kant van het recht, dat wil zeggen van de procedures en geformaliseerde rollen, bevoegdheden en beslissingsstructuren. Maar voor het effect van dit systematische is het recht afhankelijk van de wijze waarop individuen en instituten er in hun interactie in redelijkheid gebruik van maken. Het vereist *redelijkheid* om de doelen en waarden te verwerklijken die horen bij de rechtsorde. Het recht is daarom zowel een gesystematiseerde als ook een bemiddelende praktijk, waarbij het redelijk gebruik een *bemiddelend* aspect is, op basis van de integriteit van het recht.⁵⁶⁶ Het recht scheidt zodoende

564 Loth/Gaakeer (2002), p. 165.

565 Foqué/'t Hart (1990), pp. 393-394.

566 Foqué/'t Hart (1990), p. 124.



op gesystematiseerde wijze een mogelijkheid voor waardegeladen handelingen, doordat 'recht' reeds bestaat voordat partijen met elkaar interacteren en doordat het in iedere latere context functioneert als medium voor het vermijden en beslechten van strijd tussen botsende belangen en tegenstrijdige waarden.⁵⁶⁷ De vloeibare kern van dit medium wordt gevormd door *bemiddelende rechtsbegrippen* (beginselargumenten), die alleen zinvol kunnen worden gebruikt als het recht zijn beloop kan krijgen in een open ruimte van debat en argumentatie over en weer.⁵⁶⁸ Om deze zachte bemiddelende kern zit een harde schil die bestaat uit de beslissingsmacht (beleidsargumenten) van de daartoe aangewezen autoriteiten. Dit is het *institutionele aspect* van recht.

4.2.5. *De gevonden norm als redelijk product van inzicht en inspanning*

Natuurlijk wordt het recht gebruikt voor de beoordeling of een concrete handeling een juiste en rechtvaardige demonstratie van het juridische ontwerp van die handeling is. Maar het normatieve uitgangspunt voor deze beoordeling is dat mensen zich op rechtsnormen oriënteren zonder dat dit automatisch is verbonden met een bevelsmacht van een overheid of met een wettelijke rechtszekerheid. Want in essentie gaat recht niet over het 'naleven van regels', maar over 'interactie met normen'.

De consequentie hiervan is dat de rechtszekerheid van milieurechtelijke normen afhankelijk is van de wijze waarop het positieve recht in de context van een geval wordt gebruikt. Want het geschreven milieurecht is een statische bron voor de toepasselijke norm, die concreet gemaakt moet kunnen worden via een proces van rechtsvinding.

*Willen we weten wat voor een concrete situatie positief recht is, dan moeten we verder gaan [omdat] het positief recht in wisselwerking staat met het rechtsbewustzijn van mensen. Dat maakt het mogelijk, dat het positief recht zijn maatschappelijke functie kan vervullen, want slechts vanuit die wisselwerking kan voor elke situatie bepaald worden wat positief recht is.*⁵⁶⁹

Niet de rechtsregel biedt zekerheid, maar het redelijk gebruik ervan. Al eerder werd daarom geschreven dat het recht een normatieve waarde heeft voor het handelen. Door Dworkin is deze gedachte uitgewerkt als de *'integrity of law'* die uit drie fundamentele waarden bestaat: *justice, fairness, equal concern and respect* (§ 4.2.1). Nog algemener kan worden gesteld dat de normatieve waarde van het recht uit twee algemene en sturende handelingsmaatstaven bestaat: de maatstaf dat actoren vrij zijn om te handelen tenzij zij daarmee onrechtmatige schade toebrengen aan de vrijheid van anderen en de maatstaf dat actoren op voorhand rekening dienen te houden met de belangen van anderen (§ 2.4.3). Maar welke conceptualisering ook wordt gekozen, in alle gevallen roept dit direct de vraag op hoe met deze zeer algemene waarden kan worden bepaald dat het gebruik van een bepaalde concrete en wettelijk vastgestelde rechtsregel in een bepaalde situatie 'redelijk' is. Hoe kan het rechtsbewustzijn tot een beslissing

567 Loth/Gaakeer (2002), p. 98.

568 Foqué (1998), p. 17.

569 Bruggink (1992), p. 20.



leiden die op de best mogelijke wijze verwoord wat het positieve milieurecht voor een concreet geval is? En hoe zit het met gesloten rechtsregels, zoals de norm voor het individueel risico bij bedrijfsactiviteiten met gevaarlijke stoffen?

Deze kwestie van de relatie tussen het recht zoals het *is* en zoals het *zou moeten zijn*, staat centraal in het werk van de Amerikaanse rechtsfilosoof Lon L. Fuller. Zijn uitgangspunt is dat het recht niet in staat is om de moreel juiste totstandkoming en toepassing van rechtsregels af te dwingen. Daarom vestigt hij de aandacht op de richtsnoeren voor de juiste inhoud van het (positieve) recht. Volgens Fuller worden deze richtsnoeren geleverd door de *interne moraal* van de sociale rechtsorde. Deze interne moraal geeft de route aan waarlangs het recht zich zo goed mogelijk dienstbaar kan maken aan het ideaal van een sociaal rechtvaardige maatschappij.⁵⁷⁰ Hij stelt dat deze moraal de wetgever aanzet tot het reguleren van inhoudelijk rechtvaardige doelen.⁵⁷¹ Hierbij is van belang dat het Fuller gaat om een moreel juiste procedure van totstandkoming en uitvoering van het recht door de beslissingsbevoegde instanties. Het is *déze* moraal die ervoor moet zorgen dat het recht zoals het *is*, tevens ook het recht is zoals het *zou moeten zijn*. Het centrale uitgangspunt van Fuller is daarom, zo constateert Witteveen, dat het zowel onmogelijk als onproductief is om een strikte scheiding aan te brengen tussen het recht zoals het is en zoals het zou moeten zijn.⁵⁷² De interne moraal van het recht vereist dat ieder rechtssysteem in zijn constructie en in zijn uitvoering aan bepaalde eisen *zou moeten voldoen*, indien de rechtsgemeenschap wil bereiken dat dit systeem effectief is. Alleen onder die voorwaarde kan worden hooggehouden dat het een *rechtssysteem is*.⁵⁷³

Fuller introduceert hierbij het vernieuwende inzicht,⁵⁷⁴ dat het succes van een rechtssysteem afhangt van de mate waarin zich bij de totstandkoming en uitvoering van het rechtssysteem een substantiële moraal openbaart.⁵⁷⁵

*I have insisted that law be viewed as a purposeful enterprise, dependent for its success on the energy, insight, intelligence, and conscientiousness of those who conduct it, and fated, because of this dependence, to fall always somewhat short of a full attainment of its goals.*⁵⁷⁶

Wat is volgens Fuller deze interne moraal van het recht, deze morele kwaliteit die in het recht belichaamd moet zijn?⁵⁷⁷ Om dit duidelijk te maken, onderscheidt hij een negatieve en een positieve dimensie van die interne moraal. De negatieve dimensie stelt een ondergrens aan ieder sociaal handelen, waaronder geen sprake meer is van 'sociaal' handelen. Fuller noemt dit de '*morality of duty*'. Deze ondergrens komt neer

570 Fuller (1965), p. 656.

571 Fuller (1965), p. 661.

572 Witteveen (1999), p. 25.

573 Fuller (1964), p. 97.

574 Foqué/t Hart (1990), pp. 125-126.

575 Witteveen (1999), p. 29, onder verwijzing naar Fuller (1964), p. 9 en 204-205.

576 Fuller (1964), p. 145.

577 Borgers (2004), p. 333.



op de vaststelling van rechtsregels die de samenleving tot 'negatieve tolerantie' dwingen in de zin van het nalaten van handelingen die schadelijk zijn voor anderen.

*Do not kill, do not injure, do not deceive, do not defame, and the like.*⁵⁷⁸

Het gaat in de sociale werkelijkheid echter niet alleen om deze negatieve tolerantie, om een nalaten van beschadigend gedrag. In die werkelijkheid is ook een positieve dimensie aan het werk. Daarin gaat het om een correcte en sociale manier van omgang met elkaar. Op voorhand valt echter niet exact te omschrijven wat die correcte en sociale omgangsvorm inhoudt, of wanneer de doelstelling volledig is bereikt dat mensen op een sociale manier met elkaar omgaan. Daarom spreekt Fuller hier van een '*morality of aspiration*'. Deze aspiratieve moraal draagt de belofte in zich van op eerlijke en creatieve wijze tot stand gebracht recht.

*Make the law known, make it coherent and clear, see that your decisions as an official are guided by it, etc.*⁵⁷⁹

Met zijn beschouwing over de *inner morality of law* richt Fuller zich in eerste instantie op het functioneren van een wetgevende instantie. De interne moraal is echter niet uitsluitend bedoeld voor het werk van de wetgever. Het moet volgens Fuller ook zijn uitwerking op de rechtspraktijk hebben, waarin alle overheidsorganen eraan te houden zijn. Dat wil zeggen, volgens Fuller moeten zij zich allemaal aan '*the intention of the design*' houden.⁵⁸⁰ Deze intentie is niet de letterlijke tekst van de wet of de wil van de wetgever, maar komt volgens Fuller neer op een

*affirmation of the role of human reason in the design and operation of legal institutions.*⁵⁸¹

Recht is derhalve een product van menselijke interactie. Om de rechtspraktijk een blijvende ordening door middel van het recht te laten zijn, moet dat recht wel een institutioneel stelsel in zich dragen waarbinnen en waarmee de rechtspraktijk uit de voeten kan.⁵⁸² Het recht omvat daarbij onvermijdelijk en altijd een zekere mate van morele lading, '*of what ought to be*.'⁵⁸³ Deze lading kent een externe en een interne dimensie, waarbij de laatste zowel een minimale inhoud heeft (negatieve ondergrens) als een aspiratieve opdracht (het streven naar het sociaal rechtvaardige). De reden dat iedere maatschappij, iedere verzameling van mensen die met elkaar interacteren, met meer of minder succes en meestal onbewust een volwaardige rechtsorde tot stand willen brengen,

*lies in the fact that in nearly all societies men perceive the need for subjecting certain kinds of human conduct to the explicit control of rules.*⁵⁸⁴

Hieruit blijkt dat het recht noodzakelijkerwijs gericht is op de realisatie van sociale orde.⁵⁸⁵ Dit komt volgens Fuller doordat de positieve interne dimensie van het recht

578 Fuller (1964), p. 42.

579 Fuller (1964), p. 42.

580 Fuller (1964), p. 86

581 Fuller (1964), p. 86

582 Fuller (1964), p. 110.

583 Fuller (1968), p. 11.

584 Fuller (1964), pp. 150-151.

585 Zie daarover bijv. Fuller (1958), p. 644: "Good order is law that corresponds to the demands of justice, or morality, or men's notions of what ought to be."



in eerste instantie geladen is met procedurele beginselen. Maar in tweede lezing zijn deze ook inhoudelijk geladen en verbonden met de concrete sociale ruimte waarin de moraal tot gelding wordt gebracht. In de lezing van Foqué en 't Hart van de filosofie van Fuller heeft hij hiermee het originele inzicht opgeleverd dat de *procedurele benadering* van het recht tegelijkertijd *waardebepalend* is voor de inhoud van het materiële recht.⁵⁸⁶ Fuller is zich hiervan overigens ook zeer bewust.

*Substantive aims should be achieved procedurally, on the principle that if men are compelled to act in the right way, they will generally do the right things.*⁵⁸⁷

Fuller is zich er bovendien van bewust dat de mate waarin een rechtssysteem tot stand wordt gebracht en in stand wordt gehouden, altijd een graduele kwestie is. De vestiging en instandhouding ervan kan mislukken, zowel in de constructie van het systeem als in de uitvoering ervan. Dit komt doordat 'recht' bestaat uit de activiteit van het onder de macht van rechtsregels brengen van menselijke handelingen.⁵⁸⁸ Dit 'onder de macht brengen' is een product van menselijk inzicht en menselijke inspanning, met meer of minder succes. Dit betekent dat de aspiratieve moraal permanent inspanning vereist van de uitvoerders van het recht.⁵⁸⁹

Met gebruikmaking van deze visie van Fuller mag van het bestuursrecht worden verwacht dat het ook een interne moraal bezit. Daaruit volgt dat het bestuur discretionaire ruimte heeft om zich via een proces van rechtsvinding een oordeel te vormen over wat in het concrete geval een evenredige beslissing is (zie § 3.3.3).

Neem het volgende geval uit de recente jurisprudentie over de Tracéwet.⁵⁹⁰ Bij besluit van 10 juli 2009 heeft de minister van Verkeer en Waterstaat (thans: Infrastructuur en Milieu) een tracé-besluit vastgesteld voor het traject A28 Zwolle-Meppel.⁵⁹¹ Het besluit maakt een verbreding van de weg mogelijk met één rijstrook per rijbaan. Diverse belanghebbenden hebben hiertegen beroep ingediend, onder andere met de stelling dat de minister ten onrechte niet voor het meest milieuvriendelijke alternatief heeft gekozen. Uit het voor het besluit opgestelde milieueffectrapport zou blijken dat dit alternatief een betere oplossing zou zijn voor de omwonenden in de buurt van de weg en voor het milieu in het algemeen. Het alternatief is gelijk aan het voorkeursalternatief van de minister, plus een verlaging van de maximumsnelheid en de toepassing van tweelaags ZOAB op het gehele traject en een betere verlichting op delen van het traject. Dit alternatief uit het milieueffectrapport wordt niet in het besluit overgenomen, omdat er in casu geen zwaarwegende motieven bestaan voor verdergaande maatregelen. De Afdeling accepteert deze motivering van de minister en wijst de beroepsgrond af. Niet om een inhoudelijke reden, bijvoorbeeld omdat de claim over

586 Foqué/'t Hart (1990), pp. 125-126.

587 Fuller (1958), p. 643.

588 Fuller (1964), p. 106.

589 Fuller (1958), p. 645.

590 ABRvS 6 april 2011, nr. 200907396/1/M2. En een vergelijkbaar geval: ABRvS 15 september 2010, nr. 200904401/1/M2

591 Op grond van artikel 15 lid 1 van de Tracéwet.



het milieuvriendelijke alternatief onjuist zou zijn. In plaats daarvan beredeneert de Afdeling dat de vaststelling van een tracébesluit een belangenafweging vereist waarbij politieke en bestuurlijke inzichten een belangrijke rol spelen. Onder die omstandigheden heeft de bestuursrechter volgens de Afdeling niet tot taak om de waarde of het maatschappelijk gewicht dat aan de betrokken belangen moet worden toegekend, naar eigen inzicht vast te stellen. De Afdeling ziet slechts ruimte voor een zeer marginale toets, zeg maar voor gevallen waarin de bestuurlijke tracékeuze volstrekt onevenwichtig is. Dat is in deze zaak niet het geval.

Dat [appellant sub 1] en anderen een ander – voor hen beter – alternatief voorstaat, is onvoldoende reden voor het oordeel dat de afweging van de minister om te kiezen voor het voorkeursalternatief zonder verdere verlaging van de maximumsnelheid zodanig onevenwichtig is dat de minister niet in redelijkheid tot dit besluit heeft kunnen komen.⁵⁹²

Deze conclusie zal een flinke domper zijn voor de appellanten. Zij betogen dat uit het milieueffectrapport blijkt dat een ander besluit tot een beter milieuresultaat zou leiden, maar de rechter weigert hierover een inhoudelijke uitspraak te doen omdat hij dat kennelijk alleen *naar eigen inzicht* zou kunnen doen en zo op de stoel van het bestuur terecht zou kunnen komen. Maar dat is op zijn minst een bedenkelijke conclusie. Neem het volgende geval, dat het probleem nog scherper neerzet.

Het betreft een wegaanpassingsbesluit krachtens de Spoedwet wegverbreding voor de A1 nabij het Gooi, voor het inrichten van vluchtstroken als spitsstrook. Een aantal appellanten betoogt dat het besluit het fileprobleem op de A1 niet oplost en onderbouwen dit met informatie uit het milieueffectrapport. Hun conclusie is dat de minister beter had kunnen kiezen voor een andere, meer structurele oplossing van het fileprobleem ter plaatse, zoals een ander tracé of de aanleg van een landtunnel. De Afdeling wijst de beroepsgrond af. Het besluit is niet onevenredig, omdat de minister heeft gemotiveerd dat de verkeersdoorstroming met het besluit zal verbeteren en omdat een ander tracé of een landtunnel volgens de minister niet op korte termijn kan worden gerealiseerd. Met die alternatieven wordt niet snel een verlichting van de filedruk op de A1 bereikt. De Afdeling meent dat hiermee een afdoende belangenafweging is gemaakt.

Dat, zoals de Buurtpreventievereniging en leden aanvoeren, er in 2020 voor een gedeelte van het wegvak van de A1 't Gooi nog een verkeersprobleem zal zijn, dat spitsstroken tijdelijke maatregelen zijn, en dat de spitsstroken afhankelijk van het aantal voertuigen mogelijk de gehele dag geopend zijn, leidt niet tot het oordeel dat de betrokken belangen zodanig onevenwichtig zijn afgewogen dat de minister niet in redelijkheid tot het wegaanpassingsbesluit heeft kunnen komen.⁵⁹³

Ten eerste kan bij beide casus een kritische kanttekening bij het bestuurlijke besluit worden gezet. Dat kan beter. De concretisering van de bestuurlijke beslissingsruimte

592 r.o. 2.2.2.

593 r.o. 2.7.3.



zou namelijk gemotiveerd moeten worden op vier niveaus: rechtmatigheid van besluitvorming, gebaseerd op feiten, conform de beginselen en met aspiratie. Op basis van die motivering kan het zeer legitiem zijn om een voorkeursalternatief te kiezen dat minder vergaande milieubescherming biedt of dat minder duurzaam is dan een 'meest-milieuvriendelijk-alternatief'. Maar dit vereist dan wel een evenredige belangenafweging op basis van de afstemming van alle betrokken waarden en belangen die is hier onvolledig uitgevoerd. Want het wordt zelfs toegegeven dat het besluit niet toekomstvast is, aangezien er in 2020 voor een gedeelte van de A1 nog een verkeersprobleem zal zijn. Dit hoeft natuurlijk geen reden te zijn om de huidige wegverbreding uit te stellen, maar het is wel gebrekkig dat er niet tegelijkertijd ook een toekomstperspectief wordt gegeven hoe het verkeersprobleem alsnog zal worden aangepakt. Dat de omwonenden dat zouden mogen verwachten, wordt ondersteund door het aspiratieve aspect van evenredigheid (zie § 3.3.3). En dit is geen kwestie van een beleidsargument, maar van een beginselargument dat open staat voor rechterlijke toetsing.

Waar het mij bij de bespreking van de twee aangehaalde uitspraken echter om draait, is de redeneerlijn die daarin is gevolgd. Voorop zou moeten staan dat het milieueffectrapport een bron van informatie is over de bestuurlijke keuzemogelijkheden. De feitelijke keuze voor één van die mogelijkheden is weliswaar een discretionaire vrijheid van het bestuur, maar dat betekent niet dat die keuze niet wordt bemiddeld door het recht. En het is de taak van de rechter om die bemiddeling te toetsen. Doordat de Afdeling dit niet doet, ontloopt zij hier in feite haar rechterlijke rol. Anders gezegd, door de beslissingsruimte extreem marginaal te toetsen wordt niet zozeer bestuurlijke ruimte gegund, als wel het recht weggegeven.

Dit roept een vraag op over de omvang van de rechterlijke toetsing van de juistheid en rechtvaardigheid van bestuurlijke beslissingen. Volgens Duk kunnen bij een correct gebruik van de beleidsvrijheid meerdere beslissingen 'rechtens juist' zijn.⁵⁹⁴ De rechter moet zich bij de toetsing van de keuze tussen deze rechtens juiste beslissingen 'terughoudend' opstellen. Voor deze marginale toetsing of een bepaald besluit een grens van willekeur of behoorlijk bestuur schendt, kan de rechter volgens Duk terugvallen op *zijn eigen mening*.

*Krijgt de toetsende rechter in de gegeven omstandigheden te maken met een oordeel waartoe, naar zijn mening, geen redelijk bestuur in de gegeven omstandigheden had kunnen komen, dan zal hij dat oordeel niet eerbiedigen (...).*⁵⁹⁵

Deze kwestie is nader onderzocht in de dissertatie van Leemans. Hij heeft beschreven dat in de literatuur twee benaderingen kunnen worden onderscheiden.⁵⁹⁶ In de ene benadering wordt de rechterlijke toetsing van de beleidsvrijheid afhankelijk gesteld van de wettelijke bevoegdheidsomschrijving, in de andere is het de rechter die zelf bepaalt tot hoever zijn toetsing reikt. De auteurs die uitgaan van de eerste benadering variëren onderling, maar in essentie gaan zij allen uit van iets dat lijkt op het toet-

⁵⁹⁴ Duk (1978), p. 575 in zijn noot 26.

⁵⁹⁵ Duk (1988), p. 158.

⁵⁹⁶ Leemans (2007), § 3.4.



singsstramien van Duk. Dat wil zeggen dat zij stellen dat de rechter niet meer dan een marginale toetsing mag uitvoeren op de belangenafweging door het bestuur, als dat bestuur een zekere vrije ruimte heeft om die belangen te wegen.⁵⁹⁷ Auteurs van het andere kamp gaan er daarentegen vanuit dat de rechter bij zijn toetsing niet door het formele bestuursrecht (bevoegdheidstoedeling) wordt beperkt, omdat hij de omvang daarvan zelf bepaalt.⁵⁹⁸ In essentie gaat de rechter hier dus zelf aan het werk met het recht, op basis van zijn opvatting over zijn taak binnen de machtenverdeling tussen wetgever, bestuur en rechter.

Leemans concludeert dat bij nadere beschouwing er niet zo veel verschil bestaat tussen beide benaderingen. Volgens hem blijkt uit beide benaderingen dat de *wettelijk geregelde beslissingsruimte* van het bestuursorgaan richtinggevend is voor de manier van toetsen door de rechter, ofwel via navolging van de bevoegdheidsverdeling ofwel via de band van de machtenscheiding. Hierdoor is het in beide benaderingen de wetgever die de omvang van de rechterlijke toetsing bepaalt.⁵⁹⁹ De consequentie is, zo concludeert Leemans onder verwijzing naar De Waard,⁶⁰⁰ dat de rechter zich moet concentreren op de toetsing van de *rechtmatigheid* van de bestuurlijke beleidskeuzen en belangenafweging, zonder deze keuzen en afweging over te doen.

*Hij mag en moet deze keuzen en afwegingen echter wel toetsen, en dat kan hij zónder de rol van het bestuur te miskennen. De Waard heeft er nog eens op gewezen dat de evenredigheidstoets van art. 3:4 lid 2 Awb niet bepaalt dat de rechter moet beoordelen of een besluit redelijk is (...), maar of het bestuur is getreden buiten de grenzen van wat redelijk is.*⁶⁰¹

Op deze manier wordt de vraag naar de rechterlijke toetsing van de beleidsvrijheid een vraag naar de verhouding tussen de rechter en het bestuur. De gedachte is eenvoudig: het beleid wordt gemaakt door het bestuur en het is niet aan de rechter om de keuze van het bestuur over te doen. Pas wanneer de rechter van oordeel is dat de uitoefening van een bestuurlijke bevoegdheid met beleidsvrijheid *zodanig onevenwichtig* is dat de gekozen beslissing *niet in redelijkheid* gekozen had kunnen worden, komt de rechter toe aan vernietiging van die beslissing.⁶⁰² Zo beschouwd, is de marginale toetsing een toetsingsmethode, geen toetsingsmaatstaf.

*Bij een marginale toets houdt de rechter enige afstand, een marge, tot het oordeel van het bestuur. Hij vernietigt alleen bij een kennelijk onredelijk of pertinent onjuist oordeel, een oordeel dat volgens 'redelijk oordelende' mensen niet verdedigbaar is.*⁶⁰³

Dit levert de rechtspraktijk echter een probleem op. Want hoe overbrugt de rechter de afstand tot het bestuurlijk oordeel? Wanneer vindt hij dat het bestuur de marge van redelijk bestuur heeft overschreden? Hoe maakt de bestuursrechter deze 'sprong'?⁶⁰⁴

597 Leemans (2007), p. 45.

598 Leemans (2007), pp. 49-51.

599 Leemans (2007), p. 53, p. 366.

600 Leemans (2007), pp. 29-30, verw. De Waard (1998), p. 62.

601 Leemans (2007), p. 27.

602 ABRvS 9 mei 1996, JB 1996/158.

603 Leemans (2007), p. 39.

604 Over de 'sprong', vgl. Van Roermund (2000), p. 227.



Dit zijn vragen naar een maatstaf waar de rechter zich op kan oriënteren bij de beoordeling van het gebruik van de beleidsvrijheid een concreet geval. Als hierbij zou worden uitgegaan van de normatieve interactiebenadering, dan is het evident dat deze maatstaf niet gebaseerd wordt op de 'eigen mening' van de rechter. Wat dit betreft zit het toetsingsschema van Duk er naast, omdat daarin wordt gesteld dat een toetsende rechter een bestuurlijk waardeoordeel niet behoeft te eerbiedigen als *naar de mening van de rechter* dat oordeel in de gegeven omstandigheden niet in redelijkheid had kunnen worden geveld. In plaats van dit uitgangspunt dat de rechter naar zijn *eigen mening* oordeelt, kan op basis van de normatieve interactiebenadering worden gesteld dat de rechter als maatstaf voor zijn rechterlijke toets van bestuurlijke beleidskeuzen gebruik kan maken van de *pointe* van het recht. Dit vereist van de rechter dat hij de bestuurlijk beslissing beoordeelt op de wijze waarop het bestuur de beleidskeuze procedureel, materieel en principiële heeft kunnen, moeten en mogen maken vanuit een oogpunt van moreel en maatschappelijk rechtsbewustzijn. Dit is weliswaar deels een 'irrationele sprong', maar het is geen uiting van een 'eigen mening'. Want hierbij geldt dat het bestuurlijk oordeel niet waarde vrij is en ook niet kan zijn. Iedere bestuurlijke keuze is gebonden aan de marges en mogelijkheden van het recht, en omgekeerd draagt iedere bestuurlijke handeling bij aan de doorontwikkeling van dat recht. In het verlengde van deze wisselwerking tussen recht en bestuurlijke keuzen, kan ook de bestuursrechterlijke toetsing van het bestuurlijke besluit niet waarde vrij of marginaal zijn.

Juist van de bestuursrechter mag worden verwacht dat die een verband legt tussen het concrete bestuurlijke waardeoordeel en de doorwerking daarin van de diverse factoren waaraan gezag toekomt bij de vaststelling wat het recht is in een concreet geval, zoals het positieve recht, de wetsgeschiedenis, het systeem van het recht in zijn geheel, het maatschappelijke doel en resultaat van de toepassing van het recht en de historische ontwikkeling in de samenleving.⁶⁰⁵

Op basis hiervan kan worden geconcludeerd dat de *marginale toetsing* een conceptuele ontwikkeling vereist, omdat deze vorm van toetsing de rechter geenszins ontslaat om het resultaat van bestuurlijke besluitvorming *volledig* aan de *pointe* van het recht te toetsen. Daar is niets marginaal aan. De uitkomst van een bestuurlijk besluitvormingsproces kan hier volledig aan worden getoetst, want de bestuursrechter moet verantwoordelijkheid nemen voor een toetsing aan het rechtsbewustzijn en hij kan dat niet marginaal doen door de keuze van het beste mogelijke toepassingsresultaat zoveel mogelijk aan het bestuur over te laten. Dat miskent dat bestuurlijke keuzen, ook in geval van discretionaire ruimte op basis van beleidsargumenten, opgevat kunnen worden als waarde geladen keuzen die vatbaar zijn voor bemiddeling door het recht.

605 Scholten (1931), p. 35.



4.2.6. Duurzame belangenafweging

De bemiddelende functie het recht is de keerzijde van de institutionele macht van bestuursorganen om besluiten te nemen over projecten en activiteiten. Deze wisselwerking tussen regelsysteem, context en rechtsorde veronderstelt dat het bestuursorgaan een *waardegeladen beslissingshandeling* verricht. Ter relativering hiervan moet natuurlijk direct worden opgemerkt dat in veel 'gewone zaken' de status en het toepassingsresultaat van wettelijke regels vanzelfsprekend is. De juistheid en rechtvaardigheid van bestuurlijke beslissing die op dit soort rechtsnormen is gebaseerd, kan voetstoots worden aangenomen. Immers, de rechtsnorm behoeft kennelijk geen nadere interpretatie in het licht van de omstandigheden van het geval en de toepasselijkheid ervan springt als het ware van het papier (zie aanhef § 4.2). In complexe of betwiste situaties (*hard cases*) blijkt echter dat iedere norm in principe een 'contextuele constructie' is (§ 2.4.2). De bestuurlijke opgave is dan om het recht geschikt te maken voor de contextuele noden. Dit impliceert dat een bestuursorgaan een juiste en rechtvaardige beslissing moet construeren in het concrete geval.

Wanneer sprake is van beslissingsruimte omdat het recht niet evident is of niet vanzelf tot een evenredig toepassingsresultaat leidt, kan het bestuur op zoek gaan naar de best mogelijke beslissing voor het geval. Daarvoor is een bijpassend *proces van rechtsvinding* nodig. Dit proces is meer dan de formele procedure waarmee een overheidsbesluit wordt vastgesteld. Want rondom die procedure is sprake van een complex spel van onderhandeling over verschillende waarden en tegengestelde belangen van verschillende overheden, particulieren, bedrijven en maatschappelijke organisaties. De bemiddelende functie van het recht is daarbij zelden een vanzelfsprekende kwestie omdat het recht gevonden moet worden uit 'een mix', zoals Verschuuren dat met goed gevoel heeft genoemd, van gemeentelijk, provinciaal, nationaal, Europees en internationaal recht.⁶⁰⁶ De ingrediënten voor deze mix bestaan uit de beschikbare positief-rechtelijke regels, de concrete feiten en belangen die door de betrokken actoren worden ingebracht of door de bestuurlijke actor zelf worden onderzocht, en het rechtsbewustzijn zoals de bevoegde autoriteit dat waardeert. Met 'rechtsbewustzijn' wordt de deur geopend voor de beginselen en de doelen van het rechtssysteem (de *pointe* van het recht) en de daarop inwerkende sociaal-politieke opvattingen uit de rechtsorde. Om welke rechtsorde dit gaat, kan variëren al naar gelang de omstandigheden sprake is van betrokkenheid van de decentrale gemeenschap of de nationale, Europese of anderszins internationale gemeenschap. Waar het om draait is dat het bestuurlijk handelen in al die situaties een kwestie van contextuele rechtsvinding is.

4.3. Een model van contextuele rechtsvinding

Rechtsnormen zijn contextuele constructies. Dit geldt ook voor milieurechtsnormen. De vraag die hieruit volgt, is de vraag hoe actoren tot een juiste en rechtvaardige inter-

606 Verschuuren (2004).



pretatie van die norm kunnen komen. Immers, een norm is niet *automatisch* van toepassing op een concreet geval, want zij kan zichzelf niet toepassen. Daarvoor is een juridische werkzaamheid nodig.⁶⁰⁷ Het uitgangspunt van deze werkzaamheid is dat actoren zich naar (rechts-)normen gedragen. Zij leiden die in de gegeven omstandigheden af van een eigen opvatting van het normenstelsel en de rechtsorde. Zodoende stellen actoren zichzelf en anderen 'de norm'. Deze normatieve opvatting van actoren staat in principe bloot aan de mogelijkheid van beoordeling en beïnvloeding door bevoegde overheidsinstanties. Dat is natuurlijk de rechter, maar in bestuursrechtelijke situaties is het primair voorbehouden aan een bestuursorgaan om actoren 'de norm te stellen'. De rechter toetst achteraf de beslissing van het bestuur, maar dan is de norm in principe al eens gesteld. Anders geformuleerd: in het bestuursrechtelijk rechtsverkeer hebben bevoegde instanties de verantwoordelijkheid een beslissend antwoord te vinden op de vraag, wat in het concrete geval de best mogelijke constructie van de norm is. Het antwoord hierop is lang niet altijd een vanzelfsprekend en vooraf vaststaand gegeven dat zonder moeite valt af te leiden uit een wetstekst of andere rechtsbron.

*Wat een beslissing overigens ook zij, het is in ieder geval iets dat onder woorden moet kunnen worden gebracht.*⁶⁰⁸

In een geval waarin de beslissing van het bestuursorgaan niet simpel blijkt te zijn en dus niet onbetwist uit een rechtsbron voortvloeit, dan is dat aanleiding voor de vraag hoe de norm kan worden gevonden en wat dan de best mogelijke constructie van de norm is. De vraag hoe dit in zijn werk gaat, is het onderwerp van deze paragraaf.

4.3.1. *Rechtsvinding in vier dimensies en met een vergelijkingsmethode*

Zolang twistende partijen hun geschil binnen de contouren van het rechtssysteem tot een oplossing willen brengen,⁶⁰⁹ zal een juridisch oordeel moeten worden uitgesproken over het juridische conflict.⁶¹⁰ Er zal dan een beslissing moeten worden genomen die op instemming van de rechtsgenoten kan rekenen. Dit stelt de beslisser echter voor de lastige opgave om vast te stellen wat in de voorgelegde situatie de best mogelijke constructie van de betwiste norm is. Anders gezegd, wat is een bruikbare maatstaf voor een verantwoordelijke juridische beslissing?

Dit kan worden vergeleken met het filosofische inzicht van Glastra van Loon, dat handelingen in de sociale werkelijkheid worden uitgevoerd volgens een maatstaf voor het juiste gebruik van die handelingen.⁶¹¹ Ook rechtsvinding is een sociale gebeurtenis, in de vorm van een handeling om 'recht te vinden'.⁶¹² Die handeling wordt uitgevoerd

607 Ter Heide (1967), p. 16.

608 Glastra van Loon (1980), p. 155.

609 Met 'rechtssysteem' wordt hier bedoeld een systeem dat invulling geeft aan het ideaal van de democratische rechtsstaat. Een oplossing buiten zo'n rechtssysteem, komt feitelijk en kort gezegd neer op onderdrukking en geweld.

610 van Gerven (1973), p. 11.

611 Glastra van Loon (1956), p. 176.

612 Vgl. Scholten (1931), p. 130.



volgens een gekozen maatstaf voor de juiste uitvoering ervan. Van de filosoof Toulmin kan hier worden overgenomen dat dit soort beslissingen zijn samengesteld uit een combinatie van standpunten over harde feiten, gedeelde waarden en concurrerende belangen (zie § 2.4).⁶¹³

Dit is een inzicht waarvan niet valt in te zien waarom het niet voor beslissingen in het bestuursrechtelijk milieurecht zou gelden. De maatstaf voor bestuurlijke beslissingen kan daarom worden opgebouwd uit verschillende dimensies.

1. Empirische kwaliteit van besluitvorming: objectiveerbaar, geldige onzekerheidsmarges;
2. Rechtmatigheid van besluitvorming: bevoegd, inspraak, tijdig, procedureel juist;
3. Beginselgebonden besluitvorming: geen willekeur, doelgeboden, gemotiveerd;
4. Maatschappelijk bewuste besluitvorming: evenredig, toekomstvast, duurzaam.

De eerste, tweede en derde dimensie sluiten nauw aan bij de klassieke opvatting dat bestuursrecht een procedureel recht van, voor en tegen de overheid is. Bij de toepassing daarvan is echter wel altijd sprake van een *open texture*, dus van een mogelijkheid dat een norm of wettelijk begrip aanpassing behoeft aan nieuwe feiten en omstandigheden.

Bij de derde dimensie is van belang dat het milieurecht specifieke beginselen toevoegt aan de algemene beginselen van het recht. Dat gebeurt met het oog op het belang van de bescherming van het milieu. Dit betreft het beginsel dat de vervuiler betaalt, het preventiebeginsel en het voorzorgbeginsel. Deze beginselen geven richting aan de bestuurlijke beslissingsruimte. Dit houdt méér in dan dat in bestuurlijke beslissingen een 'amendement' zou worden gemaakt op een eerdere normatieve afweging van de wetgever. Dit idee van een amendement is voorgesteld door auteurs zoals Hirsch Ballin en ook Nicolai.⁶¹⁴ De normatieve grondslag van het milieurecht is echter geen amendement, maar leidt tot het vereiste dat begrijpelijke en rechtvaardige besluiten worden genomen die richting geven aan de eigen verantwoordelijkheid van de betrokkenen bij ruimtelijke projecten en milieurelevante activiteiten. Het besluit is dan een integer resultaat van de toepassing van het gehele milieurecht.

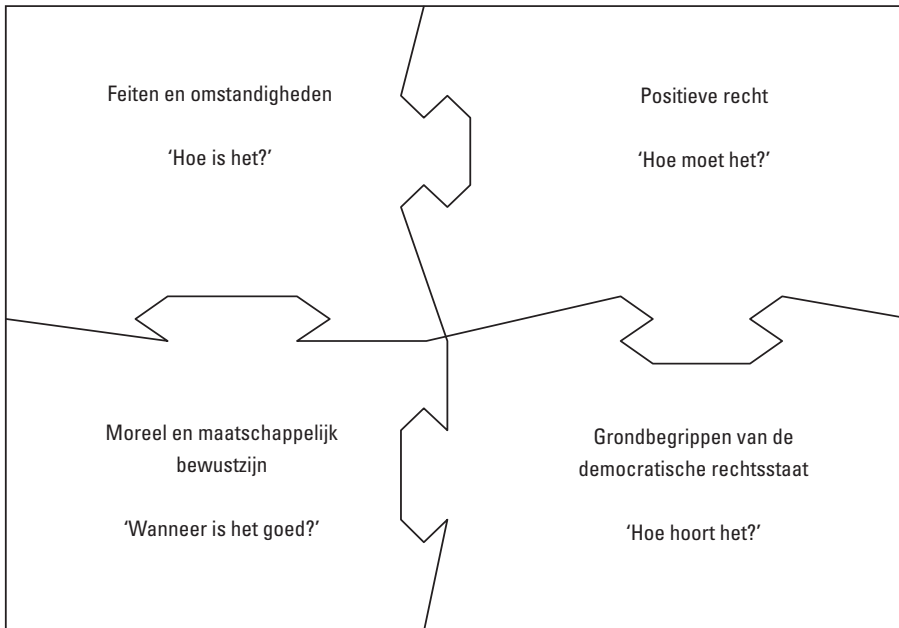
De vierde dimensie breidt de beslissingsruimte uit met een waardegeladen criterium. Dit is gebaseerd op het inzicht dat de best mogelijke beslissing uiteindelijk een *verantwoordelijk oordeel* moet zijn, dat door de gemeenschap aanvaardt kan worden (§ 4.2.2). Op basis van een normatieve waardering van het rechtsbewustzijn heeft het bestuur de ruimte om zich een oordeel te vormen over wat in een concreet geval een maatschappelijk aanvaardbare beslissing gevonden zal worden (§ 2.3.3. en § 3.3.3).

613 Toulmin (2001), p. 198, p. 251.

614 Nicolai (1990), p. 412.



De vier dimensies vormen gezamenlijk een maatstaf die kan helpen om te begrijpen wat er gebeurt bij de beoordeling van een moeilijk geval waarin een rechtsnorm gevonden moet worden. Omdat we spreken van vier dimensies, kan dit ook visueel worden weergegeven. Iedere dimensie belicht een gedeelte van het totale proces van rechtsvinding, als vier puzzelstukken die in elkaar passen.



© H.C. Borgers

Bij deze presentatie als een geheel van puzzelstukken kunnen twee kanttekeningen worden geplaatst. Ten eerste valt op dat het proces van rechtsvinding weliswaar in vier dimensies is verdeeld (het puzzelen), maar dat het proces kan eindigen met een samenhangend eindbeeld waarin de vier dimensies zijn opgegaan (de puzzel).

Ten tweede valt op dat hiermee nog niets is gezegd over de *wijze waarop* het puzzelen, het proces van het rechtsvinden, heeft plaatsgevonden. Hoe expliciet is het in concreto nodig om een dimensie tot uitdrukking te laten komen?

Het zou kunnen dat het proces van het puzzelen een kwestie is van willekeurige *trial-and-error*. Dat is echter geen acceptabele mogelijkheid, als we uitgaan van de premissen van de democratische rechtstaat waarin sprake is van een uitdrukkelijk willekeurverbod bij het vaststellen van juridische beslissingen. Hoe verloopt het verantwoordelijke puzzelen dan wel?

Het vraagstuk van de wijze waarop kan worden voorkomen dat een juridische keuze een willekeurige kwestie wordt, is uitgewerkt door Wiarda. Hij heeft beschreven dat de rechtspraktijk de willekeur kan vermijden door gebruik te maken van een *vergelijkingsmethode*. Hij heeft de essentie hiervan treffend verwoord in zijn werk *Drie typen rechtsvinding*.



Voor elke rechtsvinding is associatie van het gegeven geval met een of meer in de positieve rechtsorde geldende rechtsregels of rechtsbeginselen de eerste stap. (...) Ontbreken concrete positieve regels waarop de rechter zich kan oriënteren, is hij, recht-doende op de grondslag van redelijkheid, billijkheid of betamelijkheid, aangewezen op hetgeen rechtsbeginselen hebben te bieden en op afweging van de maatschappelijke en persoonlijke belangen welke bij het geval betrokken zijn, dan kan alleen de vergelijking met een zo groot mogelijke reeks van hypothetische aanverwante gevallen hem behoeden voor een subjectieve en willekeurige keuze.⁶¹⁵

Met de vergelijkingsmethode beschrijft Wiarda de algemeen gangbare werkwijze die in de rechtspraak wordt toegepast als sprake is van een nieuw of betwist geval waarin een beslissing moet worden genomen over de toepassing en interpretatie van een rechtsnorm. Hij beschrijft dit als drie opeenvolgende stappen:

1. associatie met het positieve recht;
2. rechtdoen op basis van redelijkheid, billijkheid of betamelijkheid;
3. vermijden dat sprake is van een subjectieve en willekeurige keuze.

Maar bij nadere beschouwing blijft het vaag, hoe de tweede en derde stap feitelijk gezet kunnen worden. Het is wel duidelijk *dat* ze gezet worden, maar *hoe* dat dan gebeurd is in de methode van Wiarda niet geconcretiseerd. Dit vraagt om een aanvulling van de vergelijkingsmethode met een methode over *hoe* degene die een juridische beslissing neemt tot een vondst van de norm kan komen die hout snijdt, die niet willekeurig is en die past bij de waarden van de rechtsorde.

Deze methode zou kunnen zijn dat de gelding en betekenis van een norm getoetst moet worden door de *toepassingsresultaten* van een norm op waarde te schatten.⁶¹⁶ Door diverse toepassingsresultaten te benoemen, kan indirect een verbinding worden gelegd tussen de ratio van het toe te passen recht en de effecten daarvan op het concrete geval. Dit kan worden benoemd als een '*consequentialist attitude*'.⁶¹⁷ De gevolgen die 'vooruitkijkend' aan een norm kunnen worden toegedacht, leiden tot de conclusie van de beslisser over wat de best mogelijke toepassing van de norm kan zijn in de concrete situatie.⁶¹⁸

Deze pragmatische werkwijze concretiseert de vergelijkingsmethode van Wiarda, omdat het focus geeft aan de vergelijking, gericht op een vergelijking van hypothetische *beslissingen*.⁶¹⁹ Datgene wat getoetst wordt is het toepassingsresultaat van de (voorkeurs-)beslissing. De vergelijkingsmethode van Wiarda kan aldus worden aangevuld, dat de methode bestaat uit het vergelijken van diverse *toepassingsresultaten*

615 Wiarda (1963), p. 173.

616 Glastra van Loon (1980), p. 42. Zie ook Glastra van Loon (1956), p. 193, waar hij stelt dat de norm bepaalt wat het gevolg van een handeling als subjectieve verrichting is. Dat gevolg is dus geen causaliteit, maar .

617 Vrij naar Dworkin (1977), o.a. p. 294 en p. 300.

618 Van Ree (1998), p. 129.

619 Smith, C.E. (2007), p. 188.



van een norm voor een concreet geval. Maar, hoe werkt het in de rechtspraak om meerdere potentiële toepassingsresultaten van een norm te vergelijken?

4.3.2. *Hoe kunnen toepassingsresultaten worden vergeleken?*

Een beslisser moet het toepassingsresultaat van een norm kunnen vaststellen en in betwiste situaties vereist dat een vergelijking van verschillende toepassingsresultaten. Uit de literatuur kunnen diverse vergelijkingsregels worden afgeleid, met name uit het werk van Glastra van Loon en Dworkin. In § 2.3.2 werd al toegelicht dat actoren volgens Glastra van Loon een *constitutief aandeel* hebben in het verlenen van betekenis aan hun werkelijkheid. Dit constitutieve aandeel is meestal geen *expliciet* onderdeel van het handelen omdat de betekenis en de juistheid voorondersteld wordt (*'tacit knowledge', 'already preinterpreted world'*). Dit is ook in het recht vaak het geval, in standaardzaken met een standaard toepassing en interpretatie van bekende rechtsregels. Maar ten principale is het altijd mogelijk dat wel een constituerende handeling wordt verricht, waarmee een nieuwe betekenis gegeven wordt aan de rechtsregel (*conceptuele ontwikkeling*). Dit is typisch het geval in juridische beslissingen waarin een expliciet juridisch oordeel wordt uitgesproken over de toepasselijkheid of interpretatie van een rechtsnorm in een bepaalde zaak. Het inzicht dat uit het betoog van Glastra van Loon kan worden afgeleid, is dat de constructie van een norm op twee manieren kan worden gekarakteriseerd,⁶²⁰ namelijk vanuit een *systematisch* en via *demonstratief* perspectief.

Vanuit *systematisch perspectief* wordt het resultaat van een handeling vergeleken met de regels en procedures die speciaal zijn bedacht om een resultaat te bereiken met die handeling. De strekking en inhoud van het toepasselijke procedurestelsel worden gebruikt om te vergelijken of het resultaat geoorloofd is. Aangezien rechtsvinding ook een handeling is (§ 4.2.3), kan dit ook vanuit systematisch perspectief worden vergeleken. Voorbeelden hiervan zijn de toets op bevoegdheid, op inspraak, op termijnen, op bekendmakingregels alsmede of het bereikte resultaat gebaseerd is op een toepasselijk afwegingskader. Dit laatste zegt dus nog niets over de inhoudelijke beoordeling van dat kader, maar bepaalt wel de toepasselijkheid ervan.

Vanuit *demonstratief perspectief* wordt het resultaat van een handeling vergeleken met het feitelijke gebruik in eerdere omstandigheden en met de toepassing en interpretatie die denkbaar wordt in toekomstige situaties. Voor de rechtsvinding betekent dit dat de keuze die een beslisser wil maken, wordt vergeleken met keuzen die werden gemaakt bij relevante precedents en die denkbaar zijn voor hypothetische toekomstige gevallen. Dit raakt de inhoud van het toepasselijke afwegingskader van het recht.

620 Afgeleid van Glastra van Loon (1956), p. 96.



Maar deze twee vergelijkingsregels zijn niet voldoende om tot het best mogelijke toepassingsresultaat te kunnen komen. Dat komt doordat het positiefrechtelijke rechtssysteem niet uit zichzelf tot een resultaat kan leiden. Daarvoor is eerst vereist dat het systeem als conceptueel netwerk over de werkelijkheid wordt uitgeworpen. En naast de formele spelregels voor dit uitwerpen is ook een substantiële handeling nodig, die bestaat uit het waarderen van het resultaat van het uitwerpen van het conceptuele netwerk over het voorliggende geval. Dit is wat Fuller bedoeld als hij stelt dat het gebruik van de procedures van het rechtssysteem *purposeful* is (zie § 4.2.4). Het is de vraag hoe de rechtsvinder aan de criteria komt, waarmee hij de potentiële toepassingsresultaten kan vergelijken op hun waarde voor het handelen. Deze vraag kan worden beantwoord met behulp van een ander inzicht uit de filosofie van Glastra van Loon. Dat betreft het inzicht van de dubbele positie van de mens. De mens wordt in een bestaande wereld geboren, waarin hij door leerprocessen⁶²¹ kennisneemt van de betekenissen die door eerdere mensen aan de dingen zijn verleend. Tegelijkertijd is de mens in staat om veranderingen door te voeren in datgene wat hem geleerd is. Voor het recht betekent deze dubbele positie dat het recht nooit vooraf volledige zekerheid over een juridische beslissing kan geven, omdat in principe altijd een of meer antwoorden op een rechtsvraag kunnen worden geformuleerd. Wanneer dit in een concrete zaak aan de orde blijkt te zijn, zal op een gegeven moment in het besluitvormingsproces toch één antwoord de beste moeten worden gevonden. Dit volgt met name uit de *one right answer thesis* zoals die kan worden gebaseerd op de theorie van Scholten en van Dworkin (§ 4.2.1). Uit deze thesis kan worden afgeleid dat het best mogelijke antwoord een *contextuele constructie* is,⁶²² die op twee manieren verbonden is met de sociale werkelijkheid. Enerzijds moet de constructie aansluiten bij het bestaande recht (*'fit'*) en anderzijds moet de constructie gebaseerd zijn op een coherente morele en maatschappelijke opvatting over de rechtsorde als geheel (*'justification'*).⁶²³

Dworkin is overigens niet bijzonder helder in zijn uitleg bij deze criteria van *fit* en *justification*. Dat is hier echter geen bezwaar om ermee voort te werken. De criteria kunnen nader worden uitgewerkt met behulp van de rechtstheorie van Scholten. Volgens hem moet ieder rechtsoordeel zowel rationeel als irrationeel te verklaren zijn. Het rationele kan volgens mij in verband worden gebracht met de dimensie van *fit* en het irrationele met de dimensie van *justification*.

Wat betreft de rationele verklaring moet een rechtsoordeel altijd aansluiten bij het rechtssysteem.⁶²⁴ Daarbij geldt volgens Scholten echter wel dat de beslissing niet ontstaat door afleiding van een wettelijke tekst, wel door de feiten te zien vanuit de regel en omgekeerd de toepasselijke regel te zoeken vanuit de feiten.⁶²⁵ Op basis hiervan

621 Zoals vallen-en-opstaan, scholing, werkervaring, etc.

622 Af te leiden van Dworkin (1977), p. 51.

623 Dworkin (1977), pp. 106-107; Dworkin (1986), p. 255.

624 Scholten (1931), p. 131.

625 Scholten (1931), p. 121



kan een vergelijkingsregel worden opgesteld, die gaat over de beoordeling van de feiten voor de toepasselijkheid en interpretatie van een norm. De vergelijking van het toepassingsresultaat met de empirische context wordt zodoende afhankelijk van de technieken die in de gegeven omstandigheden geaccepteerd worden als de juiste of geschikte methodiek van selectie en presentatie van 'de' feiten. Welke methodiek daarvoor toepasselijk en geschikt zal zijn, valt af te leiden uit de wetenschappelijke onderzoekspraktijk.

Een rechtsoordeel is volgens Scholten echter nooit herleidbaar tot waarnemen en logisch redeneren. Het oordeel moet namelijk tevens worden opgevat als een gewetensvolle beslissingshandeling.⁶²⁶ Waarbij overigens geen sprake is van een persoonlijke moraal, maar van een conceptualisering van het rechtsbewustzijn van de gemeenschap. Op dit punt raken de opvattingen en Scholten en Dworkin elkaar, zoals blijkt uit de opvatting van Dworkin over de morele rechtvaardiging van een juridische beslissing.

*On the contrary, his theory identifies a particular conception of community morality as decisive of legal issues; that conception holds that community morality is the political morality presupposed by the laws and institutions of the community.*⁶²⁷

En met Scholten kan worden gesteld dat de gewetensvolle beslissing geen wetenschappelijk oordeel, wel een juridische 'wilsverklaring' van degene die bevoegd is te beslissen. Onder het motto: 'zo behoort te worden gehandeld'. Scholten zegt het zo:

*Recht kan alleen gevonden worden in eerbied tegenover de wet in de eerste plaats, tegenover al wat gezag heeft verder.*⁶²⁸

Hieruit kan een volgende vergelijkingsregel worden afgeleid, die gaat over de passendheid van een beslissing ten opzichte van de juridische grondbegrippen en algemene rechtsbeginselen, alsmede ten opzichte van de relevante sociaal-economische en politiek-morele opvattingen die werkzaam zijn in de samenleving. Dit kan mijns inziens zo ver gaan dat expliciet wordt beoordeeld of de toepassing van een rechtsnorm in een bepaald geval tot de realisatie van de achterliggende morele en maatschappelijke waarden zal leiden. Want dat is de *pointe* van het recht. De constatering in welke mate de toepassing van een regel tot die *pointe* bijdraagt, is een kwestie van *waardering*. Valt deze waardering negatief uit, dan is de toepassing of interpretatie van de rechtsregel niet evenredig. Het principiële punt hiervan is dat de symbolische leegte van de ruimte van het recht (zie § 2.4.3 en § 4.2.1) de mogelijkheid opent voor een vergelijking van een concreet geval met een interpretatie van het morele en maatschappelijke bewustzijn. Met deze vergelijkingsregel wordt nagegaan of het redelijk is om in een concreet geval een wending te geven aan het recht, gelet op het algemeen moreel en maatschappelijk bewustzijn dat actueel is voor een juridische beslissing in het licht van de context van het geval.

De keuze uit verschillende toepassingsresultaten van een norm (het vooruitkijken) kan worden gebaseerd op bovengenoemde vier vergelijkingsregels. Samengevat betreft dit de volgende regels.

626 Scholten (1931), p. 133.

627 Dworkin (1977), p. 126.

628 Scholten (1931), p. 130.



Systematisch	Is het toepassingsresultaat geoorloofd volgens het toepasselijke regel- en procedurestelsel?
Demonstratief	Is het toepassingsresultaat in lijn met eerdere keuzen in vergelijkbare gevallen en kan het ook in toekomstige gevallen tot een redelijk resultaat leiden?
Feitelijkheid	Is het toepassingsresultaat begrijpelijk in het licht van de empirische context?
Passendheid	Is het toepassingsresultaat te verenigen met fundamentele rechten, rechtsbeginselen en levensbeschouwing?

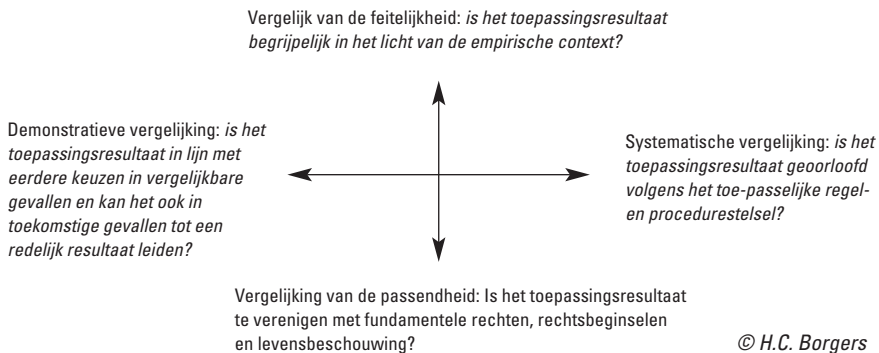
© H.C. Borgers

In wezen levert de toepassing van deze regels de beslissingscriteria op die in het keuze-proces kunnen worden gebruikt om tot de *one right answer* te komen voor de toepassing of interpretatie van een norm in een betwist geval.

4.3.3. Een ideaaltypisch model van rechtsvinding

De vergelijkingsregels maken duidelijk welke vragen gesteld kunnen worden tijdens het proces van rechtsvinding. Zoals in § 4.3.1 werd beschreven, bestaat dat proces uit een puzzel met vier dimensies. Hieraan kan nu worden toegevoegd dat per dimensie verschillende vergelijkingen gemaakt kunnen worden. Maar daarbij moet direct worden opgemerkt dat niet alle vergelijkingsregels geschikt zijn voor alle dimensies van het rechtsvindingsproces. Dit komt doordat een dimensie niet tegelijkertijd systematisch en demonstratief te vergelijken valt, omdat dit verschillende grootheden zijn. Anders gezegd; analytisch gezien is het structurele de keerzijde van de sociale praktijk. Hetzelfde geldt voor de vergelijking van de feitelijke en de passendheid. Hoe iets is, is de keerzijde van hoe iets zou moeten zijn.

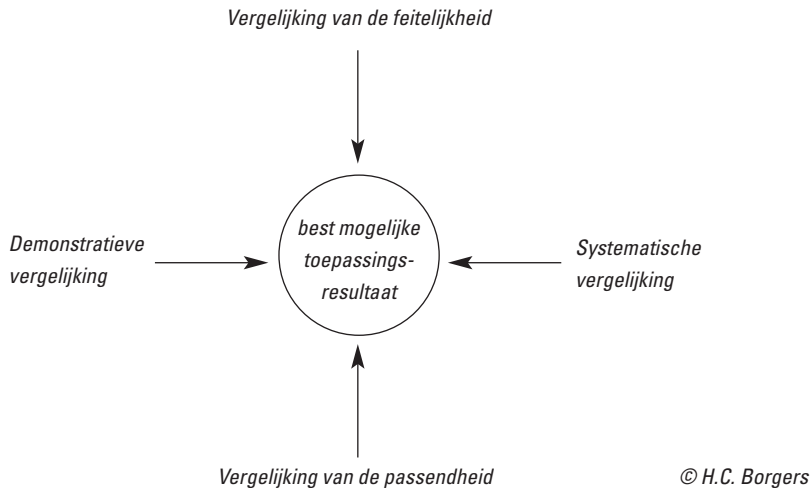
Door de vier vergelijkingsregels op deze manier tegenover elkaar te plaatsen, kunnen zij op twee assen worden gezet. Zo beschouwd, zijn het de uitersten van twee denklijnen. De eerste denklijn strekt zich dan uit tussen de demonstratieve en de systematische vergelijking. De tweede denklijn omvat de feitelijke- en de passendheidsvergelijking.



© H.C. Borgers



Als gezegd, zijn de vier vergelijkingsregels bedoeld om de toepassingsresultaten van een norm op te sporen, vanuit verschillende perspectieven. Ongeacht de verschillende perspectieven is het oogmerk wel telkens hetzelfde en dus gericht op het vinden van de *one right answer* voor de toepassing en interpretatie van een norm op een betwist geval. Door dit oogmerk centraal te stellen, wordt de samenhang tussen de vergelijkingsregels duidelijk. Dit kan als volgt aan de figuur worden toegevoegd.



De hamvraag is vervolgens, hoe deze figuur van de vergelijkingsregels voor het best mogelijke toepassingsresultaat gecombineerd kan worden met het eerdere model met de vier dimensies van het rechtsvindingsproces? Anders gezegd, wat is de *match* tussen de vier puzzelstukken van de rechtsvinding met de twee assen van de vergelijkingsregels?

Om dit te beantwoorden, kan gebruik worden gemaakt van een hulpmiddel dat in de sociologie is bedacht om vergelijkingen te kunnen maken tussen sociologische theorieën en de empirische sociale werkelijkheid. Het hulpmiddel dat de sociologie hiervoor beschikbaar heeft, is het '*ideaaltype*'.⁶²⁹ Een *ideaaltype* is in essentie een *analytische vergelijkingsmaatstaf*, die de mogelijkheid biedt om een beredeneerde selectie te maken uit de oneindige stroom van sociale feiten.⁶³⁰ Zodoende kunnen alledaagse feiten en situaties tegen het analytische type worden afgezet, waardoor hun overeenkomst of juist afwijking ten opzichte van het analytische des te meer opvalt. In de woorden van Weber:

In seiner begrifflichen Reinheit ist dieses Gedankenbild nirgends in der Wirklichkeit empirisch vorfindbar, es ist eine Utopie, und für die historische Arbeit

629 Weber (1956), pp. 228 e.v.

630 Zijdeveld (1988), p. 36.



*erwächst die Aufgabe, in jedem einzelnen Falle festzustellen, wie nahe oder wie fern die Wirklichkeit jenem Idealbilde steht (...).*⁶³¹

Een ideaaltype is dus niet bedoeld als letterlijk begrip voor een bepaald ervaringsbestanddeel: het is een *geconstrueerde, niet-empirische maatstaf*.⁶³² Door bepaalde fenomenen uit de empirische werkelijkheid in een ideaaltypische vorm te gieten, ontstaat een overdrijving van *het typisch mogelijke*.⁶³³ Het gaat bij het gebruik van ideaaltypen om 'contrastwerking' tussen concrete ervaringen en alledaagse of wetenschappelijke begrippen.⁶³⁴ Het ideaaltype is dus geen ding of waarheid op zichzelf, maar fungeert als *hulpmiddel* voor het begrijpen van de empirische gegevens.

*Was aber unter jenem theoretischen Begriff gedacht wird und gedacht werden kann, das ist nur durch scharfe, das heißt idealtypische Begriffsbildung wirklich eindeutig klar zu machen.*⁶³⁵

Ook het proces van rechtsvinding kan worden opgevat als een sociaal fenomeen, dat in een ideaaltypische vorm kan worden gegoten. In wezen is dit in deze paragraaf reeds gedaan door ieder proces van rechtsvinding te onderscheiden in vier dimensies: de logische eenheid van het recht, de concrete omstandigheden, de grondbegrippen en het moreel en maatschappelijk bewustzijn. Deze dimensies zijn hier beschouwd als een ideaaltypisch model voor juridische beslissingen, in de vorm van een puzzel in vier stukken. Het *ideaaltypische* ervan houdt in dat de rechtsvindingspuzzel niet letterlijk zal voorkomen in de werkelijkheid van juridische besluitvorming, maar dat het model wel bruikbaar is om alledaagse beslissingen te vergelijken met het typisch mogelijke.

De instantie die bevoegd is een beslissing te nemen over de toepassing en interpretatie van normen in een betwist of moeilijk geval (*hard case*), moet daarvoor een juiste en rechtvaardige norm construeren. Dit is geen kwestie van wetstoepassing, maar een denkproces van rechtsvinding (§ 4.2.2). Voor dat proces is hier een *model van rechtsvinding* voorgesteld, dat recht doet aan de verschillende onderdelen van het denkproces. Deze benadering sluit aan bij de stelling van Scholten, dat rechtsvinding bestaat uit het vaststellen van concreet recht op grond van verschillende soorten gegevens die de rechtsgemeenschap als gezaghebbend erkend.⁶³⁶

Het denkproces dat rechtsvinden is, is in deze paragraaf analytisch uiteengezet op basis van vier dimensies en vier vergelijkingsregels. De combinatie hiervan is bedoeld als een analytisch model (*ideaaltype*) waar juridische beslissingen uit de rechtspraktijk

631 Weber (1956), p. 235.

632 Vgl. Zijderveld (1988), p. 46.

633 Zuurmond (1994).

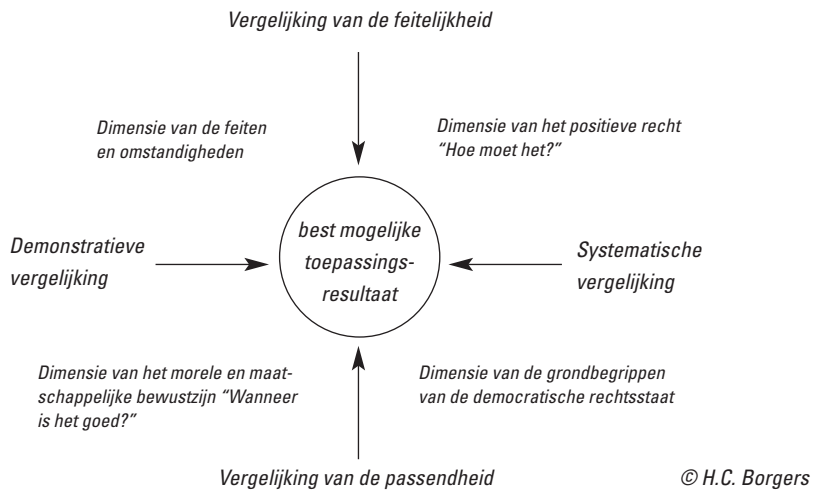
634 Zijderveld (1988), p. 49.

635 Weber (1956), p. 241.

636 Scholten (1931), p. 89.

tegen kunnen worden afgezet. Daardoor springt de overeenstemming of afwijking van de praktijk met het modelmatige in het oog.

Als ideaaltype kan het rechtsvindingsproces nu als geheel worden gepresenteerd. In de rechtsvinding gaat het er om *hoe* de beslissing wordt genomen, niet *dat* dit gebeurt.⁶³⁷ Het gaat erom dat het best mogelijke toepassingsresultaat van het recht voor het voorliggende geval wordt gezocht. Centraal in het model staat dat een juridische beslissing gebaseerd moet zijn op een weloverwogen keuze van het best mogelijke toepassingsresultaat van een norm. Deze keuze is enerzijds een puzzel in vier dimensies, anderzijds een kwestie van het vergelijken van de potentiële toepassingsresultaten van een norm met behulp van vier vergelijkingsregels. In een figuur ziet deze combinatie er als volgt uit.



Met behulp van dit ideaaltypische model kunnen de verschillende uitkomsten van een (potentiële) juridische beslissing worden doordacht. Hiermee leidt het model tot een *contextuele constructie* van het recht op concrete gevallen. Immers, als het proces van rechtsvinding overeenstemt met het model, leidt dat tot een afgewogen oordeel over de vier dimensies, die via de vergelijkingsregels een verbinding aanbrengen tussen het *institutionele* niveau van het rechtssysteem en het *bemiddelende* niveau van het recht in het sociale handelen. De legitimatie van het 'afgewogen' oordeel volgt uit de conclusie dat het tot de meest evenredige oplossing leidt voor het concrete geval waarover wordt beslist. Er is dus geen vooraf gegeven waardeprioriteit en het gaat ook niet over een meerderheidsstemming, maar om een keuzeprocess op basis van deugdelijke motivering.

637 Smith, C.E. (1998), p. 153.

*We kiezen tussen verschillende interpretaties of regels door na te gaan welke regel tot het meest billijke of aanvaardbare resultaat in concreto leidt.*⁶³⁸

Met het ideaaltypisch model kan worden verklaard hoe de inhoud van een juridische beslissing is bepaald. Wat dit betreft heeft het model een *empirische functie*. Tegelijkertijd heeft het model ook een *normatieve functie*, omdat het de rechtspraktijk toont hoe het moet: ‘zó behoort je recht te vinden als je een beslissing neemt’. De conclusie is dat de wisselwerking die in het model is aangelegd tussen de norm, de rechtsbeginselen, de feitelijke context van een geval en de *pointe* van het recht tot de mogelijkheid leidt om *waardegeladen beslissingen* te nemen en te motiveren.

4.3.4. Milieurechtelijke rechtsvinding als waardegeladen proces

Het ideaaltypisch model van rechtsvinding kan licht werpen op de besluitvorming over ruimtelijke projecten en milieurelevante activiteiten. Het valt immers te verwachten dat het ideaaltypische ook waarneembaar is in het milieurecht. Dat houdt onder andere in dat de milieurechtelijke besluitvorming een denkproces is met bestuurlijke discretie om in moeilijke gevallen tot het best mogelijke toepassingsresultaat van een milieunorm te komen. Milieurecht is dan dus geen kwestie van het toepassen van *abstracte normen* op basis van ‘zuiver’ wetenschappelijk vastgestelde informatie over de gevolgen van een handeling voor het milieu. Van het bestuursorgaan dat een norm interpreteert, mag worden verwacht dat de besluitvormende handeling wordt gebaseerd op een combinatie van redelijk beargumenteerde standpunten over harde feiten, gedeelde waarden en concurrerende belangen. Dat het bestuur hiertoe gehouden is, kan worden afgeleid uit de artikelen 3:2 en 3:4 van de Algemene wet bestuursrecht.

Artikel 3:2 Awb. Bij de voorbereiding van een besluit vergaart het bestuursorgaan de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen.
Artikel 3:4 lid 1 Awb. Het bestuursorgaan weegt de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen af, voor zover niet uit een wettelijk voorschrift of uit de aard van de uit te oefenen bevoegdheid een beperking voortvloeit.

Uit deze centrale bepalingen van het systeem van het bestuursrecht kan worden afgeleid dat er sprake is van een zekere mate van bestuurlijke handelingsvrijheid om in concrete situaties tot evenredige bestuurlijke toepassingsresultaten te komen. Althans, als deze bepalingen worden geïnterpreteerd en uitgevoerd op een wijze die strookt met de normatieve grondslag van het milieurecht. Deze grondslag stelt bestuursorganen in staat per geval de *best mogelijke beslissing* te nemen met betrekking tot de mate van bescherming van het milieubelang. De bestuursrechter kan vervolgens in een eventuele beroepsprocedure toetsen in hoeverre de keus van het bestuursorgaan daadwerkelijk de best mogelijke is.

⁶³⁸ Smith, C.E. (1998), p. 155.



De wettelijke of pseudowettelijk vastgestelde milieunormen zijn daarbij een belangrijk en vooraf gegeven uitgangspunt, maar zij zijn niet de enige bron voor de bestuurlijke besluitvorming in het concrete geval. De beslissing is pas de best mogelijke indien het te verantwoorden valt met behulp van het ideaaltypische model voor de best mogelijke constructie van een bestuurlijke beslissing. Het gaat erom dat zodoende de milieunorm op zijn duurzame toepassingsresultaat kan worden gewaardeerd voor een concreet geval.

4.4. Rechtsvinding in lastige kwesties van milieurecht

Wanneer de nadruk gelegd zou worden op de instrumentele functie van het milieurecht, dan is het verleidelijk om het milieurecht gelijk te stellen met de mate waarin de overheid zich inspant om milieudoelen te realiseren. Dit zou kunnen leiden tot een eenvoudige theorie van rechtsvinding: wanneer een milieunorm via de juiste procedure is gedefinieerd als nodig vanwege een bepaalde mate van milieukwaliteit, en als zodanig in de wet of in een beleidsdocument is vastgelegd, dan is daarmee gedefinieerd wat het vereiste milieudoel is. Deze gedachtegang gaat echter voorbij aan het gegeven dat nooit *in abstracto* alomvattend vooraf kan worden voorgeschreven wat *in concreto* de juiste hoeveelheid recht is. Dat is niet alleen afhankelijk van wettelijk of beleidsmatig vastgelegde regels, maar ook van de omstandigheden van een concreet voorliggend geval en van de percepties en waardeopvattingen van de betrokken actoren. De kern van ieder proces van rechtsvinding is daarom dat in alle concrete gevallen waarin een juridische beslissing moet worden genomen, een *best mogelijk toepassingsresultaat* kan worden gevonden. Dit is mogelijk omdat een juridisch oordeel het resultaat *is en behoort te zijn* van de best mogelijke interpretatie van de vier dimensies van rechtsvinding. En deze beste interpretatie is gebaseerd op de vier vergelijkingsregels. Een juridische beslissing is daardoor geen willekeurige keuze vanuit een persoonlijke opvatting van de beslisser, maar een waardegeladen afweging van de feiten, normen en waarden die in de brede context van het geval gevonden zijn. Het is een kwestie van 'contextuele constructie'.

De vraag is natuurlijk hoe dit model van rechtsvinding doorwerkt in de milieurechtelijke praktijk. In vervolg op de introductie van het model in § 4.3 wordt in deze paragraaf de gebruiksmogelijkheid ervan geëxploreerd aan de hand van een aantal lastige kwesties uit de milieurechtspraktijk. Het zijn typische gevallen, waarin actoren geen vanzelfsprekend gebruik kunnen maken van onbetwiste, gereedliggende normen. Achtereenvolgens wordt een analyse gemaakt van de volgende moeilijke gevallen:

- milieukwaliteitsnormen (§ 4.4.1)
- beste beschikbare technieken (§ 4.4.2)
- zorgplichten (§ 4.4.3)
- het voorzorgbeginsel (§ 4.4.4).

De analyse wordt in paragraaf 4.5 afgerond met een conclusie over de wijze waarop de milieurechtelijke normstelling in de praktijk kan worden toegepast om duurzaam handelen te bevorderen.



4.4.1. De contextuele constructie van milieukwaliteitsnormen

De belangrijkste positiefrechtelijke normstelling uit het milieurecht bestaat uit een grote hoeveelheid milieukwaliteitsnormen. In § 2.4.5 werden de meest voorkomende al gepresenteerd, inclusief de mogelijkheden voor afwijkingen en contextuele toepassing. De grootste gemene deler van alle milieukwaliteitsnormen is dat zij betrekking hebben op het streven naar een bepaalde kwaliteit van het milieu en dat zij uitsluitend gericht zijn op de inhoud van overheidsbesluiten. Deze normen zijn dus niet rechtstreeks bindend voor burgers of bedrijven. Maar indirect gelden de normen natuurlijk wel voor die actoren,⁶³⁹ aangezien ze via de bevoegdheidsuitoefening door het bestuur wel degelijk concreet doorwerken in de realisatiekansen voor ruimtelijke projecten en milieurelevante activiteiten. In het bestemmingsplan en in de omgevingsvergunning voor het afwijken van een bestemmingsplan kunnen deze normen bijvoorbeeld op twee manieren concreet worden gemaakt voor burgers en bedrijven.⁶⁴⁰

- *Indirecte* doorwerking in de ruimtelijke keuzen die in het plan of in de omgevingsvergunning worden gemaakt, zoals via zonerings- of via de onderbouwing van de mogelijkheid om bepaalde bestemmingen wel of juist niet te kunnen projecteren vanwege de milieukwaliteit.
- *Directe doorwerking*, door opname van lokale milieukwaliteitsnormen waaraan de toelaatbaarheid van bouwplannen en het gebruik van grond of gebouwen rechtstreeks kan worden getoetst.

De aanleiding voor de milieukwaliteitsnormen is dat bepaalde vormen van milieu-belastende handelingen de kwaliteit van het milieu onder druk zetten. Het gaat dan om de effecten van de emissies van stoffen in lucht, water en bodem of de gevolgen van handelingen zoals geluid-, straling-, geur-, trillingen- en afvalproductie. Meestal zijn de milieukwaliteitsnormen gericht op de bescherming van de menselijke gezondheid, maar het komt ook voor dat sprake is van een bescherming van onderdelen van ecosystemen.⁶⁴¹ Een toenemend aantal milieukwaliteitsnormen heeft een Europees-rechtelijke oorsprong, anderen zijn een kwestie van nationaal of lokaal recht of beleid.

Het gaat om tamelijk veel normen, die in allerlei bewoordingen kwantitatieve waarden geven voor de minimale, maximale, gewenste of alarmerende milieusituatie. Ondanks de grote verscheidenheid in vorm en woordkeuze, is door Spaans beschreven dat de milieukwaliteitsnormen in vier typen kunnen worden ingedeeld:⁶⁴²

1. grenswaarden: kwaliteitsniveau waaraan *ten minste* moet worden voldaan;
2. richtwaarden: kwaliteitsniveau waaraan *zoveel mogelijk* moet worden voldoen;
3. streefwaarden: kwaliteitsniveau waar men *bij voorkeur en op lange termijn aan zal moeten gaan voldoen*;
4. interventiewaarden: een kwaliteitsniveau waarvoor bij overschrijding maatregelen door de overheid is vereist.

⁶³⁹ Teunissen (2007), p. 223.

⁶⁴⁰ Boeve/Koeman (2005), p. 415.

⁶⁴¹ Spaans (2002), p. 9.

⁶⁴² Spaans (2002), pp. 357-358.

De Wet milieubeheer gebruikt overigens de term ‘*milieukwaliteitseis*’ in plaats van de term ‘*milieukwaliteitsnorm*’.⁶⁴³ En voor milieukwaliteitsnormen die een andere wettelijke basis hebben dan hoofdstuk 5 Wet milieubeheer wordt vaak zelfs een geheel afwijkende terminologie gebruikt voor de kwaliteitsnormstelling.⁶⁴⁴ Deze woordkeus met betrekking tot de milieukwaliteit (eis of norm?) blijkt verstrekkende gevolgen te kunnen hebben in de rechtspraktijk. Door Spaans is in dit verband betoogd dat de term ‘milieukwaliteitseis’ verwarrend is. In het normale taalgebruik drukt het woord ‘eis’ een vereiste uit, in de betekenis van iets waaraan voldaan moet zijn. Deze betekenis strookt zijn inziens niet met de aard van de normen voor milieukwaliteit, omdat niet altijd sprake is van een ‘eis’ waaraan gehoor gegeven moet worden.⁶⁴⁵ Sommige milieukwaliteitseisen zijn *grensstellend*, maar anderen zijn *richtinggevend* of *nastrevenswaardig*. Voor deze laatstgenoemden is de term *eis* niet passend, maar de term *norm* wel. Spaans maakt daarom consequent gebruik van de term ‘milieukwaliteitsnorm’. Dit woordgebruik heeft in de literatuur navolging gekregen,⁶⁴⁶ en dit verdient ook om theoretische redenen de voorkeur. Dit heeft te maken met het reeds geïntroduceerde onderscheid dat door Glastra van Loon is aangebracht tussen de *normatieve* en de *imperatieve* functie van rechtsnormen (§ 2.3.5).

Een rechtsnorm is niet automatisch een *gebod* of *verbod* van een bepaalde gedraging, maar kan ook een (rechts-)regel zijn waarop mensen of organisaties hun verwachtingen afstemmen. Met andere woorden, soms heeft een rechtsnorm een imperatieve functie, maar in andere gevallen is alleen sprake van een normatieve functie. Door Hildebrandt is dit inzicht verdiept doordat zij heeft aangetoond dat de betrokkenen vanuit het normatieve aspect de norm *als norm* zien, terwijl zij vanuit het imperatieve aspect de norm *als voorschrift* zien.⁶⁴⁷ Dit inzicht kan worden gebruikt voor een beoordeling van het begrip *milieukwaliteitseis*. Met het stellen van milieukwaliteitseisen wordt gesuggereerd dat sprake is van een norm *als voorschrift*, vanwege de imperatieve connotatie van de term *eis*. Maar zoals gesteld is door Spaans, is bij veel ‘milieukwaliteitseisen’ niet primair sprake van een gebiedend voorschrift, maar van een normatief referentiekader voor een bepaalde wenselijke milieutoestand. Met andere woorden, ‘milieukwaliteitseisen’ zijn in veel gevallen de uitdrukking van een norm *als norm*, in de zin van een uitspraak over een verwachting dat op een gegeven moment een bepaalde milieukwaliteit is of moet worden bereikt of wordt beschermd of zou moeten worden nagestreefd. Pas wanneer sprake is van een milieukwaliteitsnorm die volgens wet, besluit of rechtspraak in een bepaalde situatie gerealiseerd móet worden, is tevens sprake van een milieukwaliteitsnorm *als voorschrift*. Dit is de imperatieve functie van de norm, die aan de orde kan zijn naast de normatieve functie (de milieukwaliteitsnorm-als-norm). De wettelijke term ‘milieukwaliteitseis’ in de Wet milieubeheer zou daarom moeten worden vervangen door het concept ‘milieukwali-

643 Hoofdstuk 5 Wm; Milieukwaliteitseisen.

644 Spaans/Michiels (2000), p. 87 en p. 285.

645 Spaans (2002), p. 36.

646 Backes e.a. (2004), p. 121. Boeve/Koeman (2005), p. 415 ev.

647 Hildebrandt (2002), p. 68. Zie par. 3.2.1.

teitsnorm', waarna het beter mogelijk is om de functie van deze norm te onderscheiden in zijn imperativiteit en normativiteit.

Hier is niet louter sprake van een semantische kwestie, van een kwestie waarin de wetgever nu eenmaal een bepaalde betekenis aan woorden heeft toegekend die bij een zuiver taalgebruik wellicht niet gelukkig is. Er is meer aan de hand. Het lijkt er namelijk op dat de wetgever zich te weinig rekenschap heeft gegeven van het onderscheid tussen de normatieve en imperatieve functie van normen. Daardoor is de term milieukwaliteitseis teveel in het teken van de gebiedende functie komen te staan. Milieurechtelijke milieukwaliteitsnormen krijgen hierdoor op het eerste gezicht een gesloten karakter, met een alles-of-niets toepassing. De kwestie van de toepassing van de grenswaarden voor luchtkwaliteit, die in § 1.3 al werd beschreven, kan hiervoor als voorbeeld dienen. Deze kwaliteitseisen suggereren een 'abstracte' normstelling voor de concentratie van bepaalde stoffen gedurende bepaalde tijdsduur voor de buitenlucht in zijn algemeenheid. Maar in de rechtspraak bleken wetgever, bestuur en rechter verschillend om te gaan met deze kwaliteitsnormen. De rechter gaf bij de vernietiging van diverse besluiten bij herhaling aan dat zowel de wetgever als het bestuur geen gebruik hadden gemaakt van de beleidsruimte in de bestaande regelgeving, waarmee zij hadden kunnen bepalen hoe de grenswaarden gehaald zouden gaan worden.

In saneringsituaties, bestaande situaties waarin sprake is van overschrijding van grenswaarden, is het denkbaar dat doorvoering van één individuele maatregel niet leidt tot het voldoen aan een grenswaarde, terwijl de desbetreffende maatregel wel een belangrijke bijdrage kan leveren aan verbetering van de situatie. In dergelijke gevallen dienen de overheden bij de uitoefening van hun bevoegdheden de afweging te maken of een voorgenomen wijziging met betrekking tot de onderhavige activiteit in voldoende mate bijdraagt aan realisering van de grenswaarde en dient daarvan ook rekenschap te worden gegeven.⁶⁴⁸

Weinig tot geen enkele overheid had tot 2005 gebruik gemaakt van deze beleidsruimte om luchtkwaliteitsplannen op te stellen met maatregelen om aan de grenswaarden te voldoen. Hierdoor was de rechter genoodzaakt om van het bestuur te verlangen dat individuele projecten en activiteiten werden getoetst aan de mogelijke overschrijding van de grenswaarden ergens in Nederland. Toen dit tot een aantal spraakmakende vernietigingen van maatschappelijk gewenste besluiten leidde (vooral wegverbredingen en bestemmingsplannen met wenselijke ruimtelijke ontwikkelingen), schoot de wetgever in de reflex van het wijzigen van de regelgeving. Blijkbaar zag de wetgever aanleiding om de grenswaarde 'minder hard', meer 'volatiel' te maken, zonder overigens het niveau van de norm voor de vereiste luchtkwaliteit aan te passen. Want die doelstelling is (uiteraard) onveranderd gebleven. Het probleem zat in de toepassing daarvan op concrete projecten en activiteiten.

648 ABRvS 9 februari 2005, MenR 2005/6, nr. 61 (Stationseiland Amsterdam).



Op bestuurlijk niveau is nadien alsnog ingezet op de productie van een luchtkwaliteitsplan. Dit heeft in augustus 2009 geleid tot het Nationaal Samenwerkingsprogramma luchtkwaliteit.⁶⁴⁹ In het programma hebben rijk, provincies en gemeenten afspraken gemaakt over de wijze waarop de normen voor de luchtkwaliteit alsnog worden gehaald in alle overschrijdingsgebieden, rekening houdend met de negatieve invloed op die gebieden door een serie grootschalige ruimtelijke projecten en andere activiteiten. Dankzij deze programmatische aanpak is een flexibele koppeling ontstaan tussen die projecten en activiteiten en de opdracht voor de overheid dat overal aan deze milieukwaliteitsnormen wordt voldaan.

Deze casuïstiek toont dat wetgever en bestuurders zich niet goed raad wisten met het fenomeen van de 'discretionaire ruimte' voor het toepassingsresultaat van de luchtkwaliteitsnormen. Pas na een omweg van wetswijzigingen in 2005 en 2007 heeft de wetgever alsnog de mogelijkheid gecodificeerd voor deze discretionaire toepassing van de 'harde Europese grenswaarden' voor luchtkwaliteit. De bestuursrechter benoemde dit al veel eerder als reële mogelijkheid, dus zonder wetswijziging.

Het bijzondere is, als gezegd, dat de feitelijke inhoud van de luchtkwaliteitsnormen al die tijd onaangepast is gebleven. Het debat betrof dus niet hun status van norm-als-norm, dat wil zeggen de norm voor de concentratiewaarde die heb bevoegd gezag moet waarborgen bij de besluitvorming over projecten en activiteiten met gevolgen voor de luchtkwaliteit. Het probleem zat in de status van de norm-als-voorschrift, waaraan het bestuur geen redelijke toepassing leek te kunnen geven.

Deze onmacht valt wel te verklaren. Enerzijds komt het door de eigen wijze waarop de richtlijnen in het Nederlandse recht waren omgezet, in de vorm van de verplichting voor bestuursorganen om bij de uitoefening van hun bevoegdheden de grenswaarden op projectniveau in acht te nemen. Dit gaf een *imperatief karakter* aan de kwaliteitseisen, die niet past bij de *normatieve functie* van deze normen om in zijn algemeenheid een goede luchtkwaliteit te bereiken. Anderzijds was daar de feitelijke situatie dat in Nederland onmogelijk tijdig voldaan zou kunnen worden aan de grenswaarden voor bepaalde stoffen.

In plaats van de gekozen starre vorm van implementatie in de jaren voor 2004, had vanaf het begin gekozen kunnen worden voor een vorm van implementatie die discretionaire ruimte schept voor het bestuur om tot een evenredige toepassing van de grenswaarden te komen. Uit de wetswijziging van 2007 blijkt dat dit niet in strijd is met het Europese recht.

De les uit de casus van de luchtkwaliteitsnormen is dat de toepassing daarvan een kwestie van contextuele rechtsvinding kan zijn. Dit staat, inhoudelijk gezien, los van het bestuurlijk instrument waarmee de norm wordt toegepast. Dit is het gevolg van het principe dat iedere norm vatbaar is voor een specificatie van zijn betekenis voor een concreet geval (*open texture*) en voor een toetsing op de realisatie van de achterliggende waarde achter de norm (de *pointe van het recht*). Dankzij deze kenmerken die

649 www.infomil.nl/onderwerpen/klimaat-lucht/luchtkwaliteit/wettelijk-kader-en/nationaal



iedere rechtsnorm in meer of mindere mate rechtsnorm heeft, dus ook milieukwaliteitsnormen, staat het gebruik van die normen constant in het teken van het nemen van contextuele beslissingen.

Neem als voorbeeld het volgende geval van een besluit van de minister van Verkeer en Waterstaat (thans Infrastructuur en Milieu) tot verbreding van de A2 tussen knooppunt Holendrecht en de aansluiting bij Maarssen. Het strekt tot uitbreiding van de weg naar 2x5 rijstroken, in beide rijrichtingen. In verband met de geluidhinder van de weg wordt voorzien in een geluidsreducerend wegdek met dubbellaags ZOAB (tweelaags zeer open asfalt beton) en in een aantal geluidsschermen. Het besluit dateert van december 2009 en is gebaseerd op de Spoedwet wegverbreding. Er wordt beroep tegen ingesteld door 3 appellanten; het gemeentebestuur van de gemeente Stichtse Vecht, een omwonende en de Vereniging Dorpsbelangen Baambrugge. Op 30 maart 2011 deed de Afdeling uitspraak.⁶⁵⁰

De omwonende en de vereniging stellen onder andere dat de minister is uitgegaan van een onjuiste weergave van de oorspronkelijke situatie voor de wegaanpassing. Daardoor zou een te hoge heersende geluidsbelasting als uitgangssituatie zijn genomen voor de berekening van de gevolgen van de wegverbreding.

Zij stellen in dit kader dat de minister bij de bepaling van de heersende geluidsbelasting abusievelijk is uitgegaan van de situatie dat de A2 al zou zijn verbreed van 2x3 tot 2x4 rijbanen. Volgens hen dient echter te worden uitgegaan van de situatie toen 2x3 rijbanen aanwezig waren en nog geen uitvoering was gegeven aan het besluit van april 1995. De in het akoestisch rapport uitgevoerde berekening van de situatie toen 2x3 rijbanen aanwezig waren is volgens hen onjuist, omdat ten onrechte is uitgegaan van een situatie waarin de maximumsnelheid 100 km/uur was, terwijl de maximumsnelheid destijds in werkelijkheid 120 km/uur bedroeg.⁶⁵¹

De Afdeling behandelt de beroepsgrond systematisch en constateert ten eerste dat de relevante milieukwaliteitsnormen voor de ten hoogste toelaatbare geluidsbelasting alleen van toepassing zijn in een wettelijk gedefinieerde zone van 600 meter langs het tracé. Binnen die zone moet het bevoegd gezag onderzoek doen naar de geluidsbelasting van woningen en naar de doeltreffendheid van maatregelen ter beperking van de geluidsbelasting van die woningen. Volgens de Afdeling is het voor de uitvoering van Wet geluidhinder niet nodig om onderzoek te doen naar de geluidsbelasting bij woningen buiten de zone, zoals ook voor de woonomgeving voor appellanten. Maar dan komt het. Dat de Wet geluidhinder niet van toepassing is op de woningen buiten de zone betekent volgens de Afdeling niet dat de minister de geluidsbelasting daar in het geheel niet hoeft te betrekken bij het wegaanpassingsbesluit. Vervolgens doet de Afdeling uitgebreid onderzoek naar de feiten over de geluidbelasting, op basis van diverse akoestische onderzoeken die bij het besluit waren gevoegd en een deskundigenbericht.

650 ABRvS 30 maart 2011, nr. 201002190/1/M2.

651 r.o. 2.3.



In het akoestisch rapport en in het aanvullende akoestisch onderzoek is een vergelijking gemaakt tussen de vóór de aanvang van de werkzaamheden heersende geluidsbelasting enerzijds en de toekomstige geluidsbelasting anderzijds. Daartoe is de heersende (fictieve) situatie in 2008 waarbij 2x4 rijstroken aanwezig waren vergeleken met de situatie in 2022 waarbij 2x5 rijstroken zullen zijn aangebracht. In werkelijkheid waren de werkzaamheden voor de verbreding van 2x3 naar 2x4 rijstroken in 2008 nog niet afgerond. Om benadeling van belanghebbenden te voorkomen is in het akoestisch rapport en in het aanvullend akoestisch onderzoek eveneens een vergelijking gemaakt van de situatie in 1999 waarbij 2x3 rijstroken waren aangebracht, en de situatie in 2022 waarbij 2x5 rijstroken zullen zijn aangebracht. Uit dit onderzoek blijkt dat de geluidsbelasting in de eindsituatie van 2x5 rijstroken zowel ten opzichte van de situatie van 2x3 rijstroken als ten opzichte van de situatie van 2x4 rijstroken is verlaagd.⁶⁵²

De beroepsgronden falen en de Afdeling concludeert dat de minister zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat de geluidsbelasting vanwege de wegaanpassing binnen aanvaardbare grenzen blijft en dat er geen aanvullende geluidsreducerende maatregelen behoeven te worden voorgeschreven. Volgens de Afdeling is ook de belangenafweging niet zo onevenwichtig dat de minister niet in redelijkheid kon kiezen voor de acceptatie van de geluidbelasting die in buiten de zone van 600 meter zal optreden.⁶⁵³

Deze casus is illustratief voor de rechtsvinding in een geval waarin geen sprake is van wettelijk verplichte milieukwaliteitsnormen. Immers, buiten de zone van 600 geldt de Wet geluidhinder niet. Het bevoegd gezag moest daarom op zoek naar de geschikte normen voor de geluidhinder buiten die zone. De beslissing komt in een dergelijk geval neer op een constructie van de norm door het bevoegd gezag, dat pas in de gegeven context vorm en inhoud kan krijgen.

Hoe het bestuur dit kan doen, volgt uit het ideaaltypisch model voor bestuurlijke rechtsvinding. Met dat model kan een beredeneerde selectie worden gemaakt uit de (in beginsel oneindige) stroom van feiten, begrippen en rechtsregels die in een casus aan de orde kunnen zijn. Het ideaaltype fungeert als *hulpmiddel* voor de constructie van het best mogelijke toepassingsresultaat van een milieukwaliteitsnorm in een concreet geval. Hiervoor biedt het model vier vergelijkingsregels, waarmee de potentiële toepassingsresultaten kunnen worden vergeleken en waarmee de dimensies van het proces van rechtsvinding kunnen worden geconcretiseerd.

1. *Dimensie van het positieve recht* (“hoe moet het?”): is het resultaat van de toepassing van de milieukwaliteitsnorm in de voorgestelde interpretatie instrumenteel en procedureel legaal? In de casus A2 was de Wet geluidhinder niet van toepassing, maar dat betekende niet dat het wegaanpassingsbesluit geen rekening hoefde te houden met de geluidhinder als gevolg van de wegverbreding.

⁶⁵² r.o. 2.3.12.

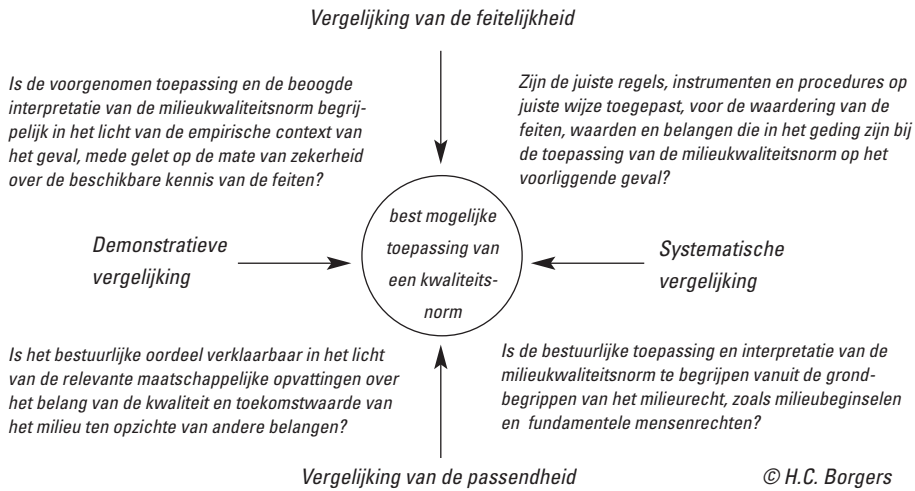
⁶⁵³ r.o. 2.3.14.



2. *Dimensie van de feiten en omstandigheden* (“hoe is het?”): is het resultaat van de toepassing van een milieukwaliteitsnorm in de voorgestelde interpretatie (natuur-)wetenschappelijk aanvaardbaar en uitvoerbaar, gelet op de betrokken belangen? In bovenstaande casus van de A2 is dit onderbouwd met akoestische rapporten en een deskundigenbericht voor de rechter. Het was onzeker welke uitgangssituatie gekozen moest worden voor de beoordeling van de negatieve effecten. Dit werd opgelost door een vergelijking van meerdere scenario’s, zodat de feiten voldoende duidelijk op tafel lagen.
3. *Dimensie van de grondbegrippen* (“hoe hoort het?”): is het resultaat van de toepassing van de milieukwaliteitsnorm in de voorgestelde interpretatie te verklaren volgens de algemene rechtsbeginselen? Bij het besluit over de verbreding van de A2 heeft de minister het belang van die verbreding hoger geacht dan de geluidhinder voor omwonenden buiten de zone van 600 meter. Uit het onderzoek bleek dat de geluidbelasting niet onaanvaardbaar hoog was, zodat het besluit van de minister zorgvuldig was voorbereid en steunde op een aanvaardbare belangenafweging.
4. *Dimensie van het morele en maatschappelijke bewustzijn* (“wanneer is het goed?”): is het resultaat van de toepassing van de milieukwaliteitsnorm in de voorgestelde interpretatie in overeenstemming met maatschappelijke opvattingen over de kwaliteit van het milieu, nu en in de toekomst, hier en daar? Toegepast op de casus blijkt dat de geluidbelasting in de toekomst (2022) lager zal zijn dan in de gekozen referentiejaren 1999 en 2008, terwijl de geluidbelasting ook in absolute getallen niet bijzonder hoog is. In het rechtsverkeer geldt niet de opvatting dat hinder volledig voorkomen of gereduceerd moet worden.

Het geheel leidt tot een keuze van een toepassingsresultaat waarin een verbinding ontstaat tussen de beoogde kwaliteit van het milieu (de feiten), de procedures van het rechtssysteem (het besluit en de rekenregels voor geluidhinder), de gevolgen hiervan voor het concrete geval (de beoordeling van de aanvaardbaarheid van de geluidhinder) en de *pointe* van het recht (geen onduidbare hinder).

Uit deze casus blijkt het nut van het ideaaltypische model van rechtsvinding, aangezien het toont hoe een bevoegd gezag kan uitkomen bij een specifieke en tevens evenredige afweging van het belang van de bescherming van de milieukwaliteit ten opzichte van de realisatie van maatschappelijke activiteiten. Dit kan als volgt worden gevisualiseerd.



Als rechtsregels niet onmiddellijk tot een juridische kwalificatie van de feiten leiden, dan is er sprake van een betwist of moeilijk geval. Dit zijn situaties die onder omstandigheden tot een aanvulling, bijstelling of soms zelfs afwijking van een geldende interpretatie van een milieukwaliteitsnorm kunnen leiden. Hiervoor kan het bestuur vier afwegingen maken, in aansluiting bij de vier vergelijkingsregels van het ideaaltypisch model voor de rechtsvinding:

- de afweging van het belang van het project ten opzichte van het belang dat beschermd wordt door een specifieke milieunorm;
- de afweging van de betrokken belangen ten opzichte van eerdere gevallen en hypothetische situaties;
- de afweging van het belang van deze milieukwaliteitsnorm ten opzichte van andere belangen die via de integrale beleidscyclus bij het besluit betrokken zijn;
- de afweging van het integrale belang van het project ten opzichte van algemene maatschappelijke doelen en waarden.⁶⁵⁴

Toegepast op milieukwaliteitsnormen leidt dit tot een deugdelijk beredeneerde en gemotiveerde keuze over de gevolgen die uit de milieukwaliteitsnormen voortvloeien voor een concreet project. Wanneer de gevolgen in het concrete geval tot onevenredige belemmeringen dreigen te leiden voor het projectbelang of voor de betrokken belangen en de bredere maatschappelijke doelen en opvattingen, dan moet het bestuur tot een afwijkende interpretatie van de milieukwaliteitsnormen kunnen komen. Het model van contextuele rechtsvinding maakt dit inderdaad mogelijk. Dit leidt vervolgens niet tot rechtsonzekerheid, omdat de betekenis van de rechtsnorm na de bestuurlijke beslissing wel degelijk bekend wordt. De uitkomst van de rechtsvinding is immers toetsbaar door de rechter. De rechter controleert daarmee het beargumenteerde resultaat van het bestuurlijk besluit, vanuit empirisch, speciaal, integraal en

⁶⁵⁴ Anders: Van Hall (1995), p. 75 e.v.

evenredig perspectief. Als de toets uitwijst dat het proces van rechtsvinding goed is verlopen, heeft het bestuur met het vastgestelde toepassingsresultaat de juiste en rechtvaardige milieukwaliteitsnorm gevonden, die al opgesloten lag in de context van het geval. Een goed proces van rechtsvinding biedt *normatieve zekerheid* dat de gevonden kwaliteitsnorm geschikt is voor de omstandigheden van het project of de activiteit.

De mogelijkheid van discretionaire ruimte bij de toepassing van milieukwaliteitsnormen is echter niet slechts een nationale kwestie.⁶⁵⁵ Een aanzienlijk deel van deze normen is van Europese origine. Dit betekent dat de Europese wetgever de nationale regelgeving in meer of minder dwingende mate heeft geharmoniseerd. Bij strijdigheid van een nationale norm of een besluit van een bestuursorgaan uit een lidstaat met het Europese recht, moet de nationale norm wijken en is het besluit vernietigbaar.⁶⁵⁶ Deze voorrang vloeit voort uit de autonomie van de Europese rechtsorde.⁶⁵⁷ Tegenover dit beeld staat de Nederlandse aanpak van de implementatie van Europese normen. Deze aanpak kenmerkt zich door een voorkeur voor het vasthouden aan nationale wensen en uitgangspunten met betrekking tot de juridische systematiek, begrippen en instrumenten.⁶⁵⁸ De voordelen van het continueren van een nationaal reeds bestaande rechtspraktijk staat hier tegenover het nadeel van het niet optimaal implementeren en benutten van de beleidsruimte uit het Europese recht en het risico van vernietigingen van besluiten over ruimtelijke projecten vanwege “strijd met Europa”. De VROM-Raad heeft dit recent nog eens beschreven, namelijk dat de effecten (belemmeringen) van Europese normen vooral samenhangen met de typische kanten van het Nederlandse juridische systeem en van onze bestuurlijke cultuur.⁶⁵⁹ Dit betreft met name de koppeling van milieu- en ruimtelijke regelgeving, de snelheid van de administratieve rechtsgang als gevolg waarvan het recht zich ook snel ontwikkelt en de ruime toegang van de burger tot de rechter waardoor meningsverschillen al snel ook juridische geschillen zijn. De oplossing die de VROM-Raad aandraagt, is om de speelruimte die de Europese regelgeving biedt beter te benutten en om veel actiever de ruimte te verkennen die het Europees recht bij de omzetting en toepassing laat. Want het Europees recht verschaft soms meer en soms minder beleidsruimte aan de lidstaten om strengere of ruimere normen vast te stellen. De meest voorkomende situatie is echter die van een richtlijn met een resultaatsverplichting op het niveau van minimumharmonisatie, bijvoorbeeld om een bepaalde luchtkwaliteit te bereiken of een bepaalde mate van externe veiligheid te borgen. De wijze waarop de lidstaat het resultaat boekt, is vervolgens in beginsel vrij tenzij de richtlijn daarover bepaalde instrumentele of procedurele opties voorschrijft waaruit een keuze gemaakt moet worden. Voor zover in

655 Deze alinea is een bewerking van Borgers/Van der Heijden (2011), pp. 84 e.v.

656 Zaak 106/77 (Simmenthal).

657 Zaak 26-62 (Van Gend en Loos) en zaak 6-64 (Costa/ENEL).

658 B.M. Veltkamp, Implementatie van EG-milieurichtlijnen in Nederland (diss.), Kluwer, Deventer, 1998, p. 352.

659 VROM-Raad, Brussels lof, Handreikingen voor ontwikkeling en implementatie van Europees recht en beleid, Den Haag 2008, p. 79. Over dit rapport: brief minister van VROM, 14 juli 2008, TK 2008-2009, 21109, nr. 186.



Europese regelingen sprake is van enige mate van beleidsruimte voor de lidstaat om te bepalen *hoe* het resultaat bereikt wordt, zal die ruimte wel in de nationale implementatiewet moeten worden geregeld.⁶⁶⁰ Anders kan een bestuursorgaan geen gebruik maken van de beleidsruimte die de Europese richtlijn in beginsel wel biedt.

Maar los van de vraag hoe een lidstaat organiseert dat de resultaten uit een richtlijn gehaald worden, kan in het Europese recht ook op andere grond sprake zijn van ruimte voor lokale differentiatie ten opzichte van de Europese normen. Dat is in twee situaties het geval.

1. Als de Europese regeling aangemerkt kan worden als minimumharmonisatie. In dit geval kan het bestuur een strengere norm toepassen dan het Europese minimum. Overigens met dien verstande dat deze lokale speelruimte niet onbegrensd is: de strengere lokale of regionale normstelling in een concreet geval mag niet buiten het kader van het nuttige effect van het Europese recht treden, omdat ook lokale overheden moeten meewerken aan de uniforme toepassing van het Europese recht.⁶⁶¹
2. Als de Europese regeling ruimte geeft voor een belangenafweging bij de toepassing van de Europese norm. Dit is bijvoorbeeld het geval in het natuurbeschermingsrecht, waarin sprake kan zijn van een aantasting van een natuurbelang als dat nodig wordt geacht vanwege dringende redenen van groot maatschappelijk belang. Maar ook in andere richtlijnen is sprake van allerlei vormen van belangenafweging. Deze situatie wordt hierna uitgebreider behandeld, in § 4.4.2 over de implementatie van de IPPC-richtlijn en het criterium van de 'beste beschikbare technieken'.

De conclusie is dat het gebruik van *milieukwaliteitsnormen* een kwestie van bestuurlijke discretie kan zijn. Dat is iets anders dan het feitelijk opvolgen van 'zuiver wetenschappelijk' vastgestelde informatie over de gevolgen van een handeling voor het milieu. Voor het nemen van rechtsgeldige beslissingen is wetenschappelijke zekerheid geen vereiste, zoals terecht door Heldeweg is geconcludeerd.

*In juridische zin gaat het er "slechts" om dat "redelijke zekerheid" wordt verkregen. De vraag hoeveel zekerheid daarvoor nodig is, is nauw verbonden met de hoegrootheid van de betrokken belangen.*⁶⁶²

Het bestuurlijke standpunt over het gewenste toepassingsresultaat van de kwaliteitsnorm vereist een besluitvormingsproces waarin een vergelijking wordt gemaakt van de relevante harde feiten, de toepasselijke regels en procedures, de algemene beginselelen en de maatschappelijke opvattingen over een goed en duurzaam milieu. Met de beslissing is bepaald wat de juiste en rechtvaardige milieukwaliteit is voor alle betrok-

⁶⁶⁰ Mr. J.H. Jans, *Over grenzen van Europees recht (rede)*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1992, p. 25.

⁶⁶¹ Mr. J.W. van de Gronden, *Leefbaar Utrecht in leefbaar Europa? De rol van de decentrale overheden in het EG-milieurecht*, in; *Nederlands Milieurecht: de Europese dimensie*, prof.mr. H.G. Sevenster (red.), Centrum voor Milieurecht, UvA, Samson Alphen aan den Rijn, 2000, p. 67.

⁶⁶² Heldeweg (1993), p. 405.



kenen in de voorliggende zaak, dus zowel voor degene die de kwaliteit in enige mate belast als voor degenen die deze belasting feitelijk ervaren. Over hun hoofd is hiermee ook de milieukwaliteitsnorm bevestigd voor een ieder.

4.4.2. *De contextuele constructie van de beste beschikbare technieken*

Het milieurecht is voor een groot deel gericht op de regulering van bedrijfsactiviteiten die een milieubelasting veroorzaken. Daarvoor zijn in de afgelopen ca. 40 jaar in het milieurecht diverse instrumenten ontwikkeld. De meest prominente zijn:⁶⁶³

- algemene regels voor bedrijfsactiviteiten die nadelige gevolgen voor het milieu kunnen veroorzaken. Deze regels staan met name in het Besluit algemene regels voor inrichtingen milieubeheer, kortweg het *Activiteitenbesluit*.⁶⁶⁴ De bedrijven die onder de werkingssfeer van dit besluit vallen, hebben geen milieuvergunning nodig tenzij in het besluit anders is vermeld. Wel kan het bevoegd gezag maatwerkvoorschriften stellen voor zover een milieuaspect niet uitputtend is geregeld;⁶⁶⁵
- milieuvergunningplicht voor een selectie van de meest grote en complexe bedrijven. Deze vergunningplicht geldt in aanvulling op of in plaats van de regels uit het Activiteitenbesluit die voor vrijwel alle milieurelevante bedrijven geldt. Per 1 oktober 2010 is deze vergunningplicht geregeld in de Wabo en heet de milieuvergunning voortaan ‘*omgevingsvergunning*’.⁶⁶⁶
- *emissiehandel*, dat wil zeggen handel tussen bedrijven in hun rechten om een bepaalde concentratie broeikasgassen of andere schadelijke gassen uit te stoten. Het Nederlands milieurecht kent twee handelssystemen: voor CO₂ en voor NO_x.⁶⁶⁷

Deze wetgeving is uitgebreid beschreven en van commentaar voorzien in de literatuur en het is onnodig de beschrijving hier te herhalen.⁶⁶⁸ Het is hier de vraag hoe de rechtsvinding van de milieunormen voor bedrijfsactiviteiten plaatsvindt. Daarbij is het met name relevant in te gaan op de lastige kwestie van de vaststelling van de materiële normstelling voor grootschalige bedrijfsactiviteiten. Het uitgangspunt daarvoor is dat er altijd wel een zekere spanning zal bestaan tussen de wens tot handelingsvrijheid voor deze bedrijven enerzijds en het belang van een hoog beschermingsniveau van het milieu anderzijds. Dit treedt met name aan het licht bij de vergunningverlening, maar het geldt evenzeer voor de vaststelling van een maatwerkvoorschrift voor een bedrijfsactiviteit die onder de werkingssfeer van het Activiteitenbesluit valt. In de rechtspraktijk concentreren de betrokken actoren zich daarom met name op de bepa-

663 Verder ook regulering zoals subsidiëring, afvalstoffenrecht, watervergunning, rechtstreeks werkende regels voor gevaarlijke stoffen en voor internationale overbrenging van afvalstoffen.

664 Stb. 2007, 415. Voor specifieke activiteiten gelden andere of extra regels, zoals voor agrarische activiteiten en voor bepaalde stoffen of producten.

665 Art. 1.2 lid 3 Activiteitenbesluit.

666 Art. 2.1 lid 1 sub e Wabo. Zie Barendrecht/Borgers/Van Egmond/In't Hout/Rademaker (2010), p. 86.

667 Hfst. 16 Wm.

668 O.a.: Teunissen (2007), hfst. 3 en 5 en § 20.6; Jongma (2006), p. 346 e.v.; Jongma (2002); Backes (2004), § 4.1, 4.2 en 4.7; Teekens (2005).



ling van de juiste en passende inhoudelijke normstelling voor concrete bedrijfsactiviteiten.⁶⁶⁹ Dat leidt tot veel rechtszaken waarin het in essentie draait om de vraag, hoe het bevoegd gezag tot de vaststelling van bepaalde grenswaarden of technische maatregelen is gekomen? Welke mate van vrijheid had het bestuur hierbij en wat was daarbij de verhouding tot milieukwaliteitsnormen?

Het afwegingskader voor de milieugevolgen van bedrijfsactiviteiten staat in artikel 5.3 van het Besluit omgevingsrecht,⁶⁷⁰ in samenhang gelezen met 2.14 en 2.22 lid 2 Wabo.⁶⁷¹ Dit toetsingskader geldt voor vergunningplichtige bedrijven maar gedeeltelijk ook voor bedrijfsactiviteiten waarvoor het bevoegd gezag maatwerkvoorschriften krachtens het Activiteitenbesluit wil vaststellen.⁶⁷² In een schema ziet het toetsingskader er als volgt uit.⁶⁷³

Deelvraag uit toetsingskader	Specificatie van de deelvraag	Artikel
Wordt ten minste BBT in acht genomen?	<ul style="list-style-type: none"> • BBT-informatiedocumenten • ten minste, of verdergaand 	2.14 lid 1 onder c 1° + 5.4 Bor
Relevante voorwaarden in acht genomen?	<ul style="list-style-type: none"> • geldende grenswaarden • aanwijzingen • verplicht advies over het riool 	2.14 lid 1 onder c 2°, 3°, 4°
Relevante omstandigheden bij de beoordeling van de aanvraag betrokken?	<ul style="list-style-type: none"> • bestaande toestand milieu • gevolgen voor het milieu • te verwachten ontwikkelingen • uitgebrachte adviezen • mogelijkheden tot voorkomen of beperken nadelige gevolgen • geheel van maatregelen en milieubeleid door exploitant 	2.14 lid 1 onder a 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 6°
Rekening gehouden met beleid?	<ul style="list-style-type: none"> • geldende milieubeleidsplan • geldende afvalbeheersplan • richtwaarden 	2.14 lid 1 onder b 1°, 2°, 3°

669 De vraagstelling is eerder besproken in Borgers (2007). Deze paragraaf is een bewerking en uitbreiding van die tekst.

670 Over dit toetsingskader uitgebreider Leemans (2008), pp. 72-87 en 130-150.

671 Tot 1 oktober 2010 art. 8.8 tot en met 8.11 Wm plus hoofdstuk 5 Inrichtingen en vergunningenbesluit.

672 Art. 8.42 jo 8.40 lid 3 Wm.

673 Ook gepubliceerd in Barendrecht/Borgers/Van Egmond/In't Hout/Rademaker (2010), p. 125.



Deelvraag uit toetsingskader	Specificatie van de deelvraag	Artikel
Wat zijn toepasselijke emissiegrenswaarden c.q. technische maatregelen?	<ul style="list-style-type: none"> als gevolg van stap 1 – 4 	5.5 en 5.6 Bor
Welke voorschriften moeten daarvoor aan de vergunning worden verbonden?	<ul style="list-style-type: none"> voorschriften die in ieder geval nodig zijn voorschriften die nodig kunnen zijn 	5.3 en 5.7 Bor
Wordt gewenste beschermingsniveau bereikt of moet de vergunning worden geweigerd?	<ul style="list-style-type: none"> hoog niveau van bescherming 	2.14 lid 3

Uit dit schema blijkt dat de regulering van bedrijfsactiviteiten bedoeld is om een hoog niveau van bescherming van het milieu te bereiken. De mogelijkheden daarvoor zijn preventie, ongedaan making of minimalisering van verontreinigingen. Met het oog hierop moeten door het bedrijf de ‘best beschikbare technieken’ (hierna: BBT) worden toegepast. Dit is het centrale begrip in het milieurecht voor bedrijven en het is bedoeld als operationalisering van het voorzorg- en preventiebeginsel,⁶⁷⁴ en van het beginsel van minimalisering van de verontreiniging aan de bron.⁶⁷⁵ Samengevat, is het toetsingskader gericht op het bereiken van een hoog beschermingsniveau door het voorkomen of beperken van verontreiniging op basis van ten minste het toepassen van BBT door het bedrijf. Het begrip ‘beste beschikbare technieken’ vormt zodoende het uitgangspunt voor de besluitvorming over de materiële normstelling in concrete gevallen.⁶⁷⁶

BBT zijn die technieken die het meest doeltreffend zijn voor het bereiken van het hoge niveau van bescherming van het milieu en die economisch en technisch haalbaar kunnen worden toegepast in de bedrijfstak waartoe de inrichting behoort.⁶⁷⁷ De technieken moet betrekking hebben op alle relevante facetten van de bedrijfstak, dat wil zeggen op de wijze van ontwerp, bouw, gebruik, onderhoud en ontmanteling van de installaties. De wijze waarop voor een concreet geval kan worden bepaald wat de BBT zijn, hangt primair af van de aard van de bedrijfsactiviteiten. Voor inrichtingen die onder de werkingssfeer van de IPPC-richtlijn vallen,⁶⁷⁸ geldt een andere regeling dan voor overige inrichtingen. Voor IPPC-inrichtingen moet bij de vaststelling van BBT

⁶⁷⁴ Stb 2005/527, p. 15.

⁶⁷⁵ TK 29711, nr. 3, p. 7.

⁶⁷⁶ Knijff (2010), p. 151.

⁶⁷⁷ Exacte definitie staat in art. 1.1 Wm.

⁶⁷⁸ Richtlijn 2008/1/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 januari 2008 inzake geïntegreerde preventie en bestrijding van verontreiniging. Met ingang van 6 januari 2011 is deze richtlijn opgegaan in de Richtlijn Industriële Emissies (2010/75/EU).



rekening worden gehouden met Europese BREF-documenten.⁶⁷⁹ In deze documenten wordt uitgebreid beschreven wat de best beschikbare technieken zijn die een IPPC-bedrijf kan toepassen. Voor inrichtingen die geen IPPC-installatie in bedrijf hebben, moet eveneens worden vastgesteld wat BBT zijn. Hiervoor zijn echter geen BREF-informatiedocumenten beschikbaar, aangezien die betrekking hebben op IPPC-installaties. In plaats daarvan wordt het bevoegd gezag geacht rekening te houden met nationale informatiedocumenten.⁶⁸⁰

In alle gevallen geldt dat de BBT afgeleid worden uit informatiedocumenten die bij ministeriële regeling worden vastgesteld. In de literatuur is hierover geconcludeerd dat aan deze informatiedocumenten daarom 'een vrij concrete juridische betekenis' toekomen, ongeacht hun status als beleidsdocumenten.⁶⁸¹ Bedoeld wordt hiermee dat de beoordelingsruimte van het bevoegd gezag met name wordt ingekleurd door de BBT informatiedocumenten.⁶⁸²

Het bestuur heeft in beginsel beoordelingsruimte bij de vaststelling van de voorschriften die nodig zijn om het optreden van nadelige milieugevolgen zo veel mogelijk te beperken. Deze beoordelingsruimte wordt ingekaderd doordat ten minste BBT moet worden gebruikt, met als gevolg dat de mate van beoordelingsruimte vooral afhangt van de keuzeruimte in de BBT-informatiedocumenten voor een bepaald voorzieningsniveau.⁶⁸³ In dit verband is van belang dat veel documenten inderdaad keuzeruimte laten doordat zij meerdere technieken of een range van mogelijke emissies beschrijven,⁶⁸⁴ of doordat in het document verouderde⁶⁸⁵ of verdeelde standpunten over de BBT staan,⁶⁸⁶ of doordat het BBT-document bepaalde geschikte technieken niet noemt.⁶⁸⁷ Vreemd of onwerkbaar hoeft dit allemaal niet te zijn. Uit het toetsingskader volgt immers dat de BBT geen doel op zich zijn, maar een middel om tot een oordeel te kunnen komen wanneer sprake is van een hoog niveau van bescherming van het milieu als geheel. Dit volgt uit de holistische benadering in het afwegingskader, die inhoudt

(...) dat met de vele milieuaangelegenheden die voor een installatie relevant kunnen zijn, rekening wordt gehouden, dat de juiste prioriteiten worden gesteld en dat met de kosten en de voordelen van de verschillende opties rekening wordt gehouden. [Deze holistische aanpak is] een middel om een situ-

679 BREF-document staat voor BAT Reference document. BAT staat voor Best Available Techniques (Best Beschikbare Technieken). BREF-documenten worden opgesteld in opdracht van de Europese Commissie (art. 17 lid 2 IPPC-richtlijn).

680 Art. 5a.1 lid 2 Ivb en Regeling aanwijzing BBT documenten. Na 1-10-2010: art. 5.4 Bor en bijlage 1 Mor.

681 Jongma (2006), p. 354; STEM (2005/B), Knijff (2010), p. 154.

682 Borgers (2007), p. 31.

683 Borgers (2007), p. 38, Leemans (2008), pp. 149-150 en p. 165.

684 ABRvS 25 maart 2008 nr. 200702141; ABRvS 28 januari 2009, nr. 200800781/1, LJN: BH1132, ro. 2.7; ABRvS 28 oktober 2008, nr.200707551/1, LJN:BG3360, AB 2008/351, ro. 2.14.

685 ABRvS 28 mei 2008, 200701617/1, LJN: BD2643.

686 In de BREF's wordt dit 'split view' genoemd. Hierover: Knijff (2010), p. 153.

687 ABRvS 17 januari 2007, nr. 200603909/1, LJN: AZ6395, AB 2008/186.



*atie te bereiken waarbij het milieu, alle aspecten daarvan in ogenschouw nemend, per saldo het beste wordt beschermd.*⁶⁸⁸

Met andere woorden, het bestuur kan afwegen wat per saldo de positieve en negatieve effecten zijn van een bedrijfsmatige activiteit voor het milieu als geheel. Daarvoor is het niet genoeg om louter vast te stellen wat de BBT zijn voor een concreet geval. Uit het afwegingskader volgt dat het bestuurlijk oordeel gericht moet zijn op het verbinden van voorschriften die nodig zijn om de nadelige gevolgen die de inrichting voor het milieu kan veroorzaken zoveel mogelijk te voorkomen en ongedaan te maken. Hierbij moet *ten minste* de BBT worden toegepast. Maar afhankelijk van de omstandigheden van het geval, is de toepassing van minstens BBT niet genoeg. Dit impliceert dat de bestuurlijke beoordeling uit twee stappen bestaat:⁶⁸⁹

1. de bepaling wat de BBT zijn voor het concrete geval;
2. de verbinding van consequenties aan de technische kenmerken van de installatie gelet op de geografische ligging daarvan, de plaatselijke milieuomstandigheden, en de redelijkerwijs te verwachten ontwikkelingen met betrekking tot de inrichting en de omgeving daarvan.

De eerste stap kan de enige stap zijn, in gevallen waarin sprake is van een onbetwifelde toepasbaarheid van een BBT-informatiedocument in een concreet geval en zonder dat de overige omstandigheden van het geval aanleiding geven om te twijfelen aan het milieubescherpende toepassingsresultaat van BBT. Wanneer geen tegenstrijdige standpunten bestaan over de interpretatie van de feiten en de beschrijving van de beste beschikbare technieken, dan wordt het toetsingskader dus in wezen zonder reflectie van partijen toegepast. Het resultaat is een onbetwist emissievoorschrift of in plaats daarvan een onbetwiste technische maatregel die tot een gelijkwaardige bescherming van het milieu leidt als de emissie-eis.⁶⁹⁰

Maar het komt geregeld voor dat de BBT-informatiedocumenten complex of meerduidelijk zijn en dat er sprake is van tegengestelde belangen bij de uitkomst van de milieurechtelijke beslissing over de milieunorm voor het bedrijf. Kortom, er zijn geregeld moeilijke of betwiste situaties (*hard cases*), waarin de betrokken actoren een verschillende claim doen op de interpretatie van het BBT-informatiedocument in het licht van de milieurelevante omstandigheden van het geval. In dit soort situaties komt de tweede stap expliciet aan bod, omdat de concretisering van BBT niet vanzelfsprekend blijkt te zijn.

Gelet op de 'vrij concrete juridische betekenis' van de BBT-informatiedocumenten zullen deze ook in de tweede stap wel richtinggevend kunnen zijn voor installatiespecifieke beoordeling, maar er is dan altijd sprake van een gecombineerde beoordeling van BBT-informatie en van informatie over de geografische ligging, de technische kenmerken en de plaatselijke milieuomstandigheden. De wetgever heeft dit ook zo beoogd.

688 TK 03-04, 29711, nr. 3, p. 3-4 en p. 29.

689 Borgers (2007), p. 32.

690 ABRvS 20 augustus 2008, nr. 200707261/1, LJN: BE8826.



Concreet betekent dit dat niet kan worden volstaan met een willekeurige maatregel uit de BREF, doch dat het bevoegd gezag steeds moet streven naar (een combinatie van) die keuzeopties uit de BREF's die samen – integraal beoordeeld – de hoogst haalbare bescherming bieden.⁶⁹¹

Dit beschrijft in notendop de essentie van de wijze waarop de BBT in ieder concreet geval moet worden bepaald. De inhoud van de milieunorm, in de vorm van een grenswaarde of technische maatregel, moet worden gefundeerd in de strekking van het hele afwegingskader voor milieubelastende bedrijfsactiviteiten. Die strekking is het bereiken van een hoog niveau van bescherming van het milieu in zijn geheel. Dit beschermingsniveau wordt per geval door het bevoegd gezag concreet gemaakt door de informatie uit de toepasselijke BBT-documenten te combineren met alle relevante informatie over de context van het geval. Die context bestaat uit de technische ontwikkelingen sinds het verschijnen van het BBT-document, de geografische ligging van de inrichting en de plaatselijke milieuomstandigheden. Alle relevante factoren moeten in hun onderlinge samenhang – integraal dus – bij de besluitvorming worden betrokken. De criteria 'geografische ligging' en 'plaatselijke milieuomstandigheden' zijn daarom medebepalend voor de vraag welke milieuaspecten in een concreet geval relevant zijn en welk beschermingsniveau in de concrete situatie gerealiseerd moet worden.⁶⁹² In combinatie met de specifieke 'technische kenmerken' van de installatie moet op basis van deze criteria worden bepaald welke BBT de basis vormen voor de vergunningvoorschriften, om een hoog niveau van bescherming van het milieu als geheel te kunnen bereiken.

Het volgende geval uit de jurisprudentie is illustratief voor de integrale afweging van de toepasbare best beschikbare technieken.⁶⁹³ Het betreft een besluit van het college van gedeputeerde staten van Zeeland uit juni 2007, dat strekt tot verlening van een revisievergunning voor een inrichting van Total raffinaderij Nederland N.V. In de inrichting wordt ruwe olie verwerkt. Tegen dit besluit wordt beroep ingesteld, onder andere door de Vereniging Zeeuwse Milieu Federatie. Bij de beoordeling van de Afdeling bestuursrechtspraak het toetsingskader voor deze vergunning bondig samen. Het bevoegd gezag moet een *integrale afweging* maken over de BBT die het concrete geval *redelijkerwijs* toe te passen is. Het *referentiekader* voor deze afweging is volgens de Afdeling drieledig:

- de door de inrichting veroorzaakte milieueffecten,
- de specifieke technische kenmerken van de inrichting,
- de BBT-informatiedocumenten.

Binnen de marges van dit referentiekader moet het bevoegd gezag de verschillende milieuhygiënische, bedrijfseconomische en technische afwegingen maken, toegespitst op de hoogst haalbare bescherming en op de desbetreffende inrichting en rekening houdend met de sector waarbinnen het bedrijf werkzaam is.⁶⁹⁴

⁶⁹¹ TK 03-04, 29711, nr. 3, p. 11.

⁶⁹² TK 03-04, 29711, nr. 6, p. 2.

⁶⁹³ ABRvS, 13 augustus 2008, nr. 200704489/1, LJN: BD9951.

⁶⁹⁴ ro. 2.4.2.



In de casus was onder meer de vraag aan de orde hoe het bestuur moet omgaan met een overgangstermijn voor de inrichting, om naar een betere techniek te kunnen overgaan. Het antwoord van de Afdeling op deze vraag duidt op een contextuele constructie van de BBT, bijvoorbeeld omdat het bevoegd gezag de overgangstermijn bij de bepalingen van de toepasselijke BBT betrekken,

*rekening houdend met de voorzienbare kosten en baten van maatregelen, en met het voorzorg- en preventiebeginsel. (...) Deze uitleg laat naar het oordeel van de Afdeling, gezien de aard en omvang van de binnen de inrichting te treffen maatregelen en de gevolgen daarvan voor de continuïteit van de bedrijfsvoering, ruimte om bij het bepalen van de tijd die nodig is om een betere techniek toe te passen de in dit geval reeds ophanden zijnde onderhoudstop te betrekken.*⁶⁹⁵

Met de concretisering van de BBT voor een individuele inrichting definieert het bevoegd gezag het beschermingsniveau voor het milieu dat door die inrichting gerespecteerd moet worden,⁶⁹⁶ zo nodig met een overgangstermijn vanwege de aard en omvang van de te treffen maatregelen in relatie tot de continuïteit van de bedrijfsvoering.⁶⁹⁷ Tijdens de overgangperiode moeten de technieken die dan worden toegepast, beschouwd kunnen worden als de BBT voor die overgangssituatie.⁶⁹⁸

Met andere woorden, de BBT vormt het uitgangspunt voor de vergunningverlening en bepaalt de beslissingsruimte voor een bepaalde 'best toepasbare techniek'. Maar de hoogte van dit beschermingsniveau is niet volledig afhankelijk van het BBT-document, omdat de BBT moeten worden vastgesteld in de context van het geval. Die context kan aanleiding geven voor het laten toepassen van verdergaande technieken dan BBT.⁶⁹⁹ Dat is mogelijk als het vereist kan worden in het belang van een hoog niveau van bescherming van het milieu. Het afwegingskader biedt zo dus ruimte aan het bestuursorgaan om het milieu als geheel te beschermen, desnoods door af te wijken van de beleidsdocumenten zoals de BREF's. De onderbouwing hiervoor kan gevonden worden in de milieukwaliteitsnormen (immissienormen), in locatiespecifieke cumulatieve milieuproblemen, in prioritair milieudoelstellingen van het bevoegd gezag die om een bijzondere inspanning vragen,⁷⁰⁰ in nieuwe technische ontwikkelingen die nog niet in de BBT-informatiedocumenten zijn verwerkt, of in bepaalde nadelen van technieken die in het concrete geval tot een afwijkende keuze moeten leiden.⁷⁰¹

In § 4.3. is een ideaaltypisch model ontwikkeld voor het begrijpen van de totstandkoming van het best mogelijke toepassingsresultaat van een rechtsnorm in een concreet geval. Met behulp van het model kan ook worden vergeleken wat er nodig is om een best mogelijk oordeel te vellen over de best beschikbare technieken in een con-

695 ro. 2.5.2 en 2.5.3.

696 EK 04-05, 29711, C, p. 3.

697 ABRvS 24 december 2008, nr. 200708811/1, LJN: BG8268.

698 ABRvS 10 december 2008, nrs. 200708945/1 en 200708948/1, LJN: BG6427.

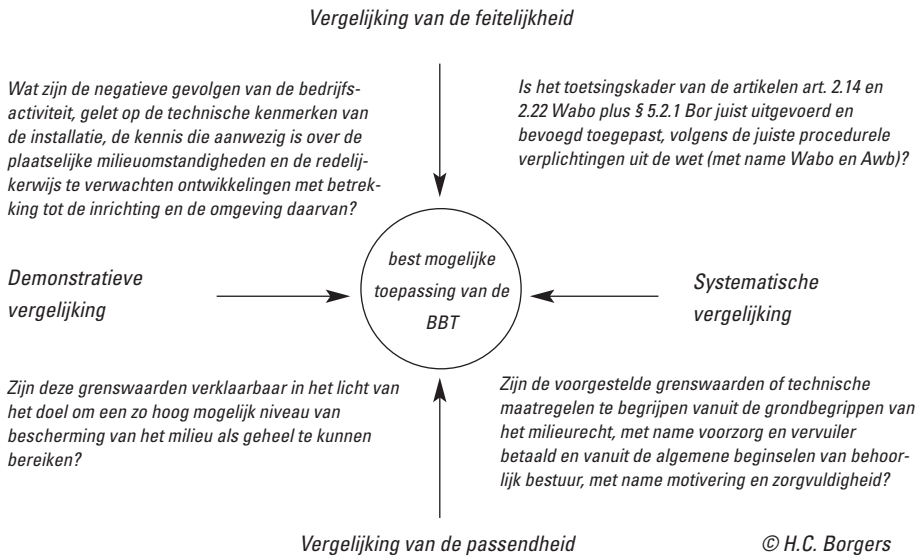
699 Jongma (2002), p. 89, Leemans (2007), p. 52.

700 MvT, p. 11.

701 ABRvS 17 januari 2007, nr. 200603909/1.



creet geval. De analytische vergelijking van een bestuurlijk oordeel over de BBT met de vier dimensies van het model, toont hoe het bevoegd gezag tot een evenredig toepassingsresultaat kan komen in de vorm van grenswaarden of technische maatregelen in de context van het geval. Dit kan als volgt worden gevisualiseerd.



Een belangrijk vraagstuk voor de rechtspraak gaat over de mogelijkheid om een strenger toepassingsresultaat te kiezen dan het resultaat dat direct voortvloeit uit de toepassing van de BBT-informatiedocumenten. Uit het afwegingskader volgt dat dit in beginsel mogelijk is, omdat naast de emissiegerichte BBT-toets ook een immissietoets moet worden uitgevoerd.⁷⁰² De Afdeling heeft hierover beslist dat het bevoegd gezag een zekere beoordelingsvrijheid heeft bij de beoordeling van de vraag of het beschermingsniveau dat met de BBT wordt bereikt, toereikend is.⁷⁰³ Het geval betrof de verlening van een revisievergunning aan SITA ReEnergy Roosendaal B.V. voor een afvalverbrandingsinrichting. Tegen dit besluit is beroep ingesteld door de Coöperatie Mobilisation for the Environment U.A. (MOB). MOB betoogt onder andere dat verdergaande emissie-eisen hadden moeten worden vastgesteld omdat in de omgeving van het bedrijf de maximaal toelaatbare risico waarde (MTR-waarde) voor waterstof-fluoride wordt overschreden. De Afdeling overweegt echter dat deze MTR-waarden niet-wettelijke normen zijn waarvoor het toepasselijke beleid slechts een inspanningsverplichting bevat.⁷⁰⁴ Het zijn dus geen grenswaarden die in acht moeten worden

⁷⁰² Jongma (2002), pp. 176-178.

⁷⁰³ ABRvS 28 oktober 2008, nr. 200707551/1, LJN:BG3360, AB 2008/351, ro. 2.13.

⁷⁰⁴ Dit beleid staat in de NeR (Nederlandse emissierichtlijn lucht, www.InfoMil.nl).



genomen. In het besluit blijkt het bevoegd gezag deze richtwaarden in ogenschouw te hebben genomen met als oordeel dat er geen strengere grenswaarde gesteld zullen worden ter bescherming van het milieu. De motivering is de geringe bijdrage van het bedrijf aan het bestaande achtergrondniveau van (teveel) waterstoffluoride. De Afdeling vindt deze onderbouwing voldoende.

De Afdeling ziet in het enkele betoog van de MOB dat de MTR-waarde voor fluoride wordt overschreden geen aanleiding voor het oordeel dat het college zich niet in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat het in het belang van de bescherming van het milieu niet nodig is verdergaande eisen te stellen.⁷⁰⁵

Deze conclusie roept vragen op. Want welk betoog had MOB wel moeten houden over de betekenis van de MTR-waarde? Die waarde drukt uit wat de minimale kwaliteit van het ontvangende milieu moet zijn en daar wordt in deze casus blijkbaar niet aan voldaan. Toch vindt de Afdeling dat dit geen aanleiding is om in dit concrete geval van de BBT af te wijken, door strengere emissie-eisen of extra technische maatregelen te moeten voorschrijven. De crux hiervan zit in de overweging dat het bedrijf slechts een geringe bijdrage levert aan de overschrijding van de MTR-waarde, terwijl deze norm bovendien geen grenswaarde maar een richtwaarde is. Zo bezien is het toepassingsresultaat van de MTR-waarde in dit geval alleszins redelijk. Want het is weliswaar begrijpelijk en redelijk dat het bedrijf geen norm krijgt opgelegd voor een milieudoel waar het zelf nauwelijks een feitelijke bijdrage aan levert. Maar daarmee blijft het milieu wel berooid achter, want de overschrijding van de MTR-waarde is ook een feit.

Dit dubbele gevoel bij de uitspraak kan worden opgehelderd met behulp van het ideaaltypisch model van het proces van rechtsvinding. Met dat model kunnen immers de verschillende kwaliteiten van een juridische beslissingen worden heroverwogen.

1. *Dimensie van het positieve recht* ("hoe moet het?"). Deze dimensie leidt tot de vraag of het toepassingsresultaat dat is bereikt, geoorloofd is volgens het toepasselijke regel- en procedureregels. Voorbeelden hiervan zijn de toets op bevoegdheid, op inspraak, op termijnen, op bekendmakingregels en of het resultaat gebaseerd is op een toepasselijk afwegingskader. Hier schort het niet aan in de zaak. De de MTR-waarde is een richtwaarde waarvan het bestuur de ruimte heeft om er gemotiveerd van af te wijken en het bedrijf is gehouden om ten minste de best beschikbare technieken toe te passen (hetgeen in dit geval de situatie is).
2. *Dimensie van de feiten en omstandigheden* ("hoe is het?"). Deze dimensie gaat over de vraag of de uitspraak begrijpelijk is in het licht van de empirische context. Dat lijkt hier wel het geval te zijn. Er is geen discussie over de omvang van de effecten van het bedrijf (de feitelijke emissie) en ook niet over de kwaliteit van het ontvangende milieu (boven de MTR-waarde).
3. *Dimensie van de grondbegrippen* ("hoe kan het?"). Deze dimensie gebruikt de Afdeling in de uitspraak in feite als het fundament voor de beoordeling van de betekenis van het positieve recht voor de feiten en de beroepsgronden daarover.

⁷⁰⁵ ro. 2.15.



Na een beschrijving van de beroepsgrond en van de betekenis van de MTR-Waarde als richtwaarde voor het besluit van het bevoegd gezag, onderzoekt de Afdeling wat het bevoegd gezag feitelijk met de norm heeft gedaan. Samengevat, is de conclusie dat de bedrijfsactiviteiten slechts een beperkte bijdrage leveren aan de hoeveelheid waterstoffluoride in de omgeving, zodat het bestuur in redelijkheid geen verdergaande eisen heeft hoeven stellen in het belang van de bescherming van het milieu. Deze benadering strookt met vele andere uitspraken van de Afdeling en is ook in toekomstige gevallen bruikbaar.

4. *Dimensie van het morele en maatschappelijke bewustzijn* (“wanneer is het goed?”). Deze vierde dimensie is natuurlijk de meest lastige. Het gaat over de vraag of het toepassingsresultaat te verenigen valt met het rechtsbewustzijn. Aan deze vierde vergelijkingsregel besteedt de Afdeling niet expliciet aandacht. En daar wringt dan ook de schoen bij deze uitspraak. De achterliggende vraag had hier toch gesteld kunnen worden, namelijk of en hoe de beoogde kwaliteitswaarde van het ontvangende milieu bereikt zal gaan worden. Als de overschrijding van deze kwaliteitswaarde geen reden is voor verdergaande maatregelen in het voorliggende besluit (om goede redenen), dan mag daarbij van het bestuur worden verwacht dat gemotiveerd zou worden dat de MTR-waarde anderszins wel gehaald gaat worden (als het een grenswaarde had geweest) ofwel dat dit zal worden bevorderd (nu het een richtwaarde is).

De vergelijking van de uitspraak met het ideaaltypisch model van rechtsvinding leidt tot een opvallende conclusie. Er is volgens de Afdeling geen aanleiding voor het oordeel dat het bevoegd gezag zich niet in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat het in het belang van de bescherming van het milieu niet nodig is verdergaande eisen te stellen. In feite toetst de Afdeling hiermee het besluit aan de MTR-waarde in de hoedanigheid van een *norm als voorschrift*. Dat wil zeggen dat de Afdeling alleen oog heeft voor de imperatieve functie van de MTR-waarde. Hierdoor toetst de Afdeling alleen of het bestuur voldaan heeft aan de opdracht om de feitelijke toestand van het milieukwaliteit bij het besluit te betrekken. Maar deze toets is onvolledig, zoals ook blijkt uit de vierde dimensie van het ideaaltypisch model van rechtsvinding. Doordat het bevoegd gezag de dimensie van het rechtsbewustzijn heeft overgeslagen, is het toepassingsresultaat van het besluit niet in het perspectief te zetten van de rechtsorde in zijn geheel. Dit mag als een gebrek in het besluit worden gezien die niet is opgemerkt door de Afdeling. Terwijl dat goed mogelijk was geweest, als was uitgegaan van de andere functie van de milieukwaliteitsnormen, namelijk hun functie van *norm als norm*. Dit betekent dat de MTR-waarde een normatief referentiekader is voor een bepaalde gewenste of vereiste milieutoestand (zie § 4.4.1). In deze functie is de MTR-waarde een norm voor de milieukwaliteit die op een bepaald moment bereikt (grenswaarde) of bevordert (richtwaarde) moet zijn. Ongeacht de beslissingsruimte binnen de BBT kan deze normatieve functie van de MTR-waarde aanleiding zijn voor een evenredige belangenafweging. De bijbehorende vraag is dan of het gekozen toepassingsresultaat van deze milieukwaliteitsnorm-als-norm te verenigen is met de waarden die leven in de rechtsorde, waaronder de waarde van duurzaam handelen? Dit is geen gemakkelijke toets, maar dat zij zo. Indien de toets in het geheel niet wordt uitgevoerd



is dat evenzeer (te) gemakkelijk. Want juist op het niveau van het rechtsbewustzijn kan in een bepaalde situatie aanleiding zijn voor een verdergaande emissienorm dan volgens de standaard van BBT van het bedrijf gevraagd hoeft te worden. Naast het belang van het bedrijf bij een emissie-eis op bedrijfstakniveau moet het bevoegd gezag namelijk afwegen waar het milieu bij is gebaad. Wanneer sprake is van een emissie van een stof die evident schadelijk is voor de gezondheid van de mens en voor het ecosysteem, kan dat aanleiding zijn om meer maatregelen te vragen om de emissie te verminderen. Onmogelijk is dit niet, aangezien de BBT een typisch geval van een 'contextuele constructie' is die pas betekenis kan krijgen door en tijdens het besluitvormingsproces waarin deze norm op een geval wordt toegepast.

De conclusie is dat de wijze waarop de beste beschikbare technieken (BBT) voor bedrijfsmatige activiteiten worden bepaald, gebaseerd moet worden op de strekking van het milieurecht voor bedrijven: het bereiken van een hoog niveau van bescherming van het milieu in zijn geheel. Dit beschermingsniveau wordt per geval door het bevoegd gezag concreet gemaakt, door de informatie uit BBT-informatiedocumenten te combineren met alle relevante informatie over de context van het geval. Die context bestaat uit de technische ontwikkelingen sinds het verschijnen van het BBT-document, de geografische ligging van de inrichting en de plaatselijke milieuomstandigheden. Zo worden alle relevante factoren in hun onderlinge samenhang – integraal en contextueel dus – bij de besluitvorming betrokken. Wanneer daarbij de stap van de vierde vergelijkingsregel wordt gezet, kan het bestuur de ruimte nemen om rekening te houden met de kwaliteit van het milieu in de toekomst en ook elders in de wereld. Dat heeft te maken met de waarde van duurzaam handelen. Indien nodig, kan ook deze afweging tot verdergaande maatregelen voor het concrete geval leiden. Wanneer die extra inzet echter niet van het bedrijf wordt gevraagd (zoals terecht in deze casus), vereist dat van het bestuur vervolgens wel een andere motivering over de wijze waarop de gewenste milieukwaliteit (de MTR-als-norm) dan wel gehaald cq. bevorderd zal worden. Dit zou bijvoorbeeld kunnen betekenen dat het bestuur duidelijk maakt dat de situatie op programmatische wijze onder controle wordt gebracht, dus ontkoppeld van individuele projecten of activiteiten. Maar ook kan het zijn dat het bestuur toelicht dat sprake is van een vernieuwingsproces (transitie, zie § 3.2) dat veel verder strekt dan het besluit over het concrete geval maar dat daaraan nu wel een legitimatie geeft om in dit geval zus-of-zo te handelen of te besluiten. Waarmee gezegd is dat de dimensie van het (duurzame) rechtsbewustzijn niet bedoeld is om altijd en overal tot verdergaande emissienormen voor bedrijven te leiden. Die conclusie zou buiten iedere context treden en dat is nu juist niet betoogd.

4.4.3. *De contextuele constructie van milieuzorgplichten*

Er is al ruim twintig jaar een debat gaande over het nut en de status van zorgplichtbepalingen.⁷⁰⁶ Alleen daaruit blijkt al dat het gebruik van dit soort normen een lastige

⁷⁰⁶ Zie weergave van debat bij Bastmeijer (1993), met literatuurverwijzingen.



kwestie is. Met name aan het begin van de jaren '90 van de vorige eeuw is een stevig debat gevoerd over de vraag of zorgplichten in het rechtssysteem passen. Velen meenden van niet, vanwege de vaagheid, het ontbreken van rechtszekerheid en een gebrek aan handhaafbaarheid. Het gebruik van zorgplichten zou daarom zeer terughoudend moeten zijn, zo adviseerden zowel de Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten als ook de Raad van State.⁷⁰⁷

Uit onderzoek is gebleken dat de zorgplicht in bestuurlijke kringen evenmin hoog wordt gewaardeerd en dat de bestuurlijke handhaving van de zorgplichten ernstig faalt.⁷⁰⁸ Bestuurders beschouwen de milieuzorgplichten voornamelijk als 'symboolwetgeving'. Men heeft daarentegen een voorkeur voor specifiekere en kwantitatieve milieuregels. Maar het bestuurlijk standpunt is dubbelzinnig, want als het zo uitkomt blijken bestuursorganen soms toch wel gebruik te maken van de zorgplicht, vooral in gevallen waarin andere rechtsnormen geen soelaas bieden.

De weerstand tegen zorgplichtbepalingen steekt af tegen het feit dat de wetgever welbewust diverse zorgplichtbepalingen in het milieurecht heeft geïntroduceerd en het staat ook in contrast met de strafrechtelijke rechtspraktijk. Daarin wordt met succes regelmatig gebruik gemaakt van de milieurechtelijke zorgplichten.⁷⁰⁹ In vergelijking hiermee faalt het bestuurlijke spoor. In een onderzoek van de Evaluatiecommissie Wet milieubeheer (ECWM) wordt als verklaring hiervoor gewezen op de vage formulering van de normen en op de bestuursrechtelijke handhavingcultuur.⁷¹⁰ Bestuurders zijn niet erg geneigd om de zorgplicht te gebruiken, zo vat Aalders het onderzoek van de ECWM samen.

De aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid dat de Afdeling toepassing van de zorgplichtbepaling niet snel honoreert draagt ertoe bij, dat het bevoegd gezag dit instrument laat voor wat het is, namelijk een symbolische aansporing jegens de houder van een inrichting om zich conform de milieuvoorschriften te gedragen. Bovendien, wanneer de maatregelen waarvoor de zorgplicht geldt dermate gepreciseerd dienen te zijn, dat men evengoed met heldere doelvoorschriften zou kunnen volstaan, wat is dan het nut van toepassing, zo vraagt men zich af.⁷¹¹

Volgens de ECWM brengt dit een fundamenteel dilemma in het milieurecht aan het licht. Enerzijds is sprake van een wetgeverswens tot het gebruik van vage open normen, terwijl anderzijds in de bestuursrechtelijke praktijk de wens bestaat om zo nauwkeurig mogelijk gedragsvoorschriften te omschrijven.⁷¹² De ECWM concludeert vervolgens dat de zorgplichtbepalingen alleen een aanvullende rol kunnen spelen als

707 Houweling (2008), pp. 144-147.

708 ECWM 2001.

709 Visser (2001), Biezeveld (2008), pp. 126-129.

710 ECWM (2001), p. 115.

711 Aalders (2001), p. 309.

712 ECWM (2001), p. 130.



er geen sprake is van helder geformuleerde, concrete normen.⁷¹³ Jong kwam tot een vergelijkbare conclusie.⁷¹⁴

Er is een ander perspectief mogelijk op de functie van zorgplichtbepalingen. In dat perspectief is de zorgplicht wel degelijk een zelfstandige norm, die uitdrukt wat de eigen verantwoordelijkheid van actoren ten opzichte van bepaalde belangen. Zo beschouwd, kan de zorgplichtbepaling als norm zelfs in de plaats treden van gedetailleerde normstellingen. Dit idee is de centrale aanbeveling uit het rapport 'Ruimte voor zorgplichten'.⁷¹⁵ En ook in de nota Bruikbare Rechtsorde is in principiële bewoordingen opgemerkt dat het gebruik van zorgplichtbepalingen een aanzienlijke beperking van het aantal specifieke rechtsregels kan opleveren. Bovendien kan met het gebruik van zorgplichten ruimte ontstaan voor individuele keuzeruimte bij het behalen van beleidsdoelen.⁷¹⁶

De wetgever is evenmin principieel sceptisch over het nut van zorgplichtbepalingen. Dat blijkt uit het toenemend aantal zorgplichten dat wettelijk geregeld wordt. De volgende tabel geeft een overzicht van de meest bekende zorgplichten die sinds de jaren '90 in het milieurecht zijn gelegaliseerd.

Zorgplicht	Omschrijving
Art. 1.1a lid 1 en 2 Wm	Een ieder neemt voldoende zorg voor het milieu in acht. De zorg houdt in ieder geval in dat een ieder die weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat door zijn handelen of nalaten nadelige gevolgen voor het milieu kunnen worden veroorzaakt, verplicht is dergelijk handelen achterwege te laten voor zover zulks in redelijkheid kan worden gevegd, dan wel alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs van hem kunnen worden gevegd teneinde die gevolgen te voorkomen of, voor zover die gevolgen niet kunnen worden voorkomen, deze zoveel mogelijk te beperken of ongedaan te maken.
Art. 2.1 lid 1 en 2 Activiteitenbesluit (o.b.v. 8.40 Wm)	Degene die een inrichting drijft en weet of redelijkerwijs had kunnen weten dat door het in werking zijn dan wel het al dan niet tijdelijk buiten werking stellen van de inrichting nadelige gevolgen voor het milieu ontstaan of kunnen ontstaan, die niet of onvoldoende worden voorkomen of beperkt door naleving van de bij of krachtens dit besluit gestelde regels, voorkomt die gevolgen of beperkt die voor zover voorkomen niet mogelijk is en voor zover dit redelijkerwijs van hem kan worden gevegd. Onder het voorkomen of beperken van het ontstaan van nadelige gevolgen voor het milieu als bedoeld in het eerste lid wordt verstaan

713 ECWM (2001), pp. 132-133.

714 Jong (1997), p. 263.

715 TK 2003-2004, 29279, nr. 14, rapport Ruimte voor zorgplichten, p. 47.

716 TK 2003-2004, 29 279, nr. 9, 14.



Zorgplicht	Omschrijving
	<ul style="list-style-type: none"> a. een doelmatig gebruik van energie; b. het voorkomen dan wel voor zover dat niet mogelijk is het zoveel mogelijk beperken van bodemverontreiniging; c. het voorkomen dan wel voor zover dat niet mogelijk is het zoveel mogelijk beperken van verontreiniging van het grondwater; d. het voorkomen dan wel voor zover dat niet mogelijk is het zoveel mogelijk beperken van de verontreiniging van een oppervlaktewaterlichaam; e. het voorkomen dan wel voor zover dat niet mogelijk is het zoveel mogelijk beperken van luchtverontreiniging; f. het voorkomen dan wel voor zover dat niet mogelijk is het tot een aanvaardbaar niveau beperken van geluidhinder; g. het voorkomen dan wel voor zover dat niet mogelijk is het tot een aanvaardbaar niveau beperken van geurhinder; h. het voorkomen dan wel voor zover dat niet mogelijk is het tot een aanvaardbaar niveau beperken van lichthinder; i. het voorkomen dan wel voor zover dat niet mogelijk is het tot een aanvaardbaar niveau beperken van stofhinder; j. het voorkomen dan wel voor zover dat niet mogelijk is het tot een aanvaardbaar niveau beperken van trillinghinder; k. het voorkomen dan wel voor zover dat niet mogelijk is het beperken van de nadelige gevolgen voor het milieu van het verkeer van personen en goederen van en naar de inrichting; l. het voorkomen van risico's voor de omgeving en ongewone voorvallen, dan wel voor zover dat niet mogelijk is het zoveel mogelijk beperken van de risico's voor de omgeving en de kans dat ongewone voorvallen zich voordoen en de gevolgen hiervan; m. het zorgen voor een goede staat van onderhoud van de inrichting; n. de bescherming van de doelmatige werking van de voorzieningen voor het beheer van afvalwater; o. het doelmatig beheer van afvalwater; p. het doelmatig beheer van afvalstoffen; q. het beschermen van de duisternis en het donkere landschap in door het bevoegd gezag aangewezen gebieden.
Art. 9.2.1.2 Wm	<p>Een ieder die beroepshalve een stof, preparaat of genetisch gemodificeerd organisme vervaardigt, in Nederland invoert, toepast, bewerkt, verwerkt of aan een ander ter beschikking stelt, en die weet of redelijkerwijs had kunnen vermoeden dat door zijn handelingen met die stof of dat preparaat of organisme gevaren kunnen optreden voor de gezondheid van de mens of voor het milieu, is verplicht alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs van hem kunnen worden gevergd, teneinde die gevaren zoveel mogelijk te voorkomen of te beperken.</p>



Zorgplicht	Omschrijving
Art. 10.1 lid 1 Wm	Een ieder die handelingen met betrekking tot afvalstoffen verricht of nalaat en die weet of redelijkerwijs had kunnen weten dat daardoor nadelige gevolgen voor het milieu ontstaan of kunnen ontstaan, is verplicht alle maatregelen te nemen of na te laten die redelijkerwijs van hem kunnen worden gevegd, teneinde die gevolgen zoveel mogelijk te voorkomen of te beperken.
Art. 10.17 Wm	Bij algemene maatregel van bestuur kunnen in het belang van het bevorderen van nuttige toepassing of anderszins in het belang van de bescherming van het milieu regels worden gesteld (...) inhoudende de verplichting voor degene die stoffen, preparaten of producten op de markt brengt zorg te dragen voor het treffen van voorzieningen die erop gericht zijn om die producten na inname op een bij die maatregel aangegeven wijze nuttig toe te passen of te verwijderen, danwel zorg te dragen voor het, na inname, afgeven van die producten aan een persoon, behorende tot een bij die maatregel aangewezen categorie.
Art. 17.1 Wm	Indien zich in een inrichting een ongewoon voorval voordoet of heeft voorgedaan, waardoor nadelige gevolgen voor het milieu zijn ontstaan of dreigen te ontstaan, treft degene die de inrichting drijft, onmiddellijk de maatregelen die redelijkerwijs van hem kunnen worden verlangd, om de gevolgen van die gebeurtenis te voorkomen of, voor zover die gevolgen niet kunnen worden voorkomen, zoveel mogelijk te beperken en ongedaan te maken.
Art. 13 Wbb	Ieder die op of in de bodem handelingen verricht als bedoeld in de artikelen 6 tot en met 11 Wbb en die weet of redelijkerwijs had kunnen vermoeden dat door die handelingen de bodem kan worden verontreinigd of aangetast, is verplicht alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs van hem kunnen worden gevegd, teneinde die verontreiniging of aantasting te voorkomen, dan wel indien die verontreiniging of aantasting zich voordoet, de verontreiniging of de aantasting en de directe gevolgen daarvan te beperken en zoveel mogelijk ongedaan te maken. Indien de verontreiniging of aantasting het gevolg is van een ongewoon voorval, worden de maatregelen onverwijld genomen.
Art. 6.8 Waterwet	Ieder die handelingen verricht of nalaat en die weet of redelijkerwijs had kunnen vermoeden dat door die handelingen of het nalaten daarvan de bodem of oever van een oppervlaktewaterlichaam kan worden verontreinigd of aangetast, is verplicht alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs van hem kunnen worden gevegd om die verontreiniging of aantasting te voorkomen, dan wel indien die verontreiniging of aantasting zich voordoet, de verontreiniging of de aantasting en de directe gevolgen daarvan te beperken en zoveel mogelijk ongedaan te maken. Indien de verontreiniging of aantasting het gevolg is van een ongewoon voorval, worden de maatregelen onverwijld genomen.



Zorgplicht	Omschrijving
Art. 2 Flora- en faunawet	Een ieder neemt voldoende zorg in acht voor de in het wild levende dieren en planten, alsmede voor hun directe leefomgeving. De zorg houdt in ieder geval in dat een ieder die weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat door zijn handelen of nalaten nadelige gevolgen voor flora of fauna kunnen worden veroorzaakt, verplicht is dergelijk handelen achterwege te laten voorzover zulks in redelijkheid kan worden gevergd, dan wel alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs van hem kunnen worden gevergd teneinde die gevolgen te voorkomen of, voorzover die gevolgen niet kunnen worden voorkomen, deze zoveel mogelijk te beperken of ongedaan te maken.

© H.C. Borgers

Ondanks de codificatie van al deze zorgplichten, blijft de toepassing van zorgplichten echter een lastige kwestie waarover geen eensluidende standpunten worden ingenomen in rechtspraak en literatuur. De vraag is daarom fundamenteel: zijn zorgplichten nu wel of niet van toegevoegde waarde voor het milieurecht? Zijn zij richtinggevend en handhaafbaar of is hoogstens sprake van symboolwetgeving, zoals in de literatuur en bestuurlijke praktijk regelmatig valt te horen?⁷¹⁷

Om met het laatste te beginnen: wat is eigenlijk 'symboolwetgeving'? En wanneer is daarvan sprake: als de wetgever dat zo bedoelt of als de rechtsgemeenschap handelt alsof de norm symbolisch is?

Het is op voorhand duidelijk, essentieel zelfs, dat milieurechtelijke zorgplichten in vage termen zijn geformuleerd en dat hun werkingssfeer tamelijk open *is gelaten*. Vaagheid en openheid maken gedragsalternatieven mogelijk, juist omdat niet op voorhand duidelijk is wat de toepassing en interpretatie van de zorgplicht zal zijn. Maar dit maakt deze normen nog niet symbolisch. En ongeacht het vage of open karakter, beschrijven de meeste auteurs dat zorgplichtbepalingen meerdere functies kunnen hebben en dat ze vaak niet louter symbolisch bedoeld zijn. In navolging van de Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten worden daarbij de volgende functies genoemd.⁷¹⁸

- *Paraplufunctie*. De zorgplicht gaat dan vooraf aan meer concrete normen in een wet en drukt zo de eigen verantwoordelijkheid van de burger uit ten opzichte van het wettelijk beschermde belang. Van de wettelijke vastlegging van de eigen verantwoordelijkheid zou een waarschuwend, opvoedende werking uitgaan.
- *Vangnetfunctie*. Als geen concrete overheidsvoorschriften beschikbaar blijken te zijn (wettelijke of vergunningvoorschriften) dan kan de zorgplicht met een vangnetfunctie nog soelaas bieden.

⁷¹⁷ ECWM (2001), pp. 116-118.

⁷¹⁸ Kamerstukken II, 2003-2004, 29 279, nr. 14, inz. rapport Ruimte voor zorgplichten, daarin pp. 20-21.



- *Signaleringsfunctie*. Gebruik van een zorgplichtbepaling zou aanleiding kunnen zijn voor een wetgever (formeel of lagere) om te overwegen om algemene regels op te stellen voor de gevallen die nu blijkbaar nog via de zorgplichtbepalingen gereguleerd moeten worden.
- *Derogerende functie*. Bij zeer gedetailleerde normstelling kan een algemeen geformuleerde zorgplichtbepaling duidelijk maken wat het te beschermen belang is dat met die normstelling wordt gediend: in gevallen waarin dat belang gediend is door een gedetailleerde norm te overtreden, kan de zorgplicht als strafuitsluitingsgrond functioneren.
- *Preventieve functie*. Van de zorgplichtbepaling kan een preventieve werking uitgaan omdat het duidelijk maakt aan diegene die onzorgvuldig handelt, dat hij juridisch verantwoordelijk gehouden kan worden voor de aantasting van het belang dat door de zorgvuldigheidnorm wordt beschermd.

Uit deze functies blijkt echter niet wat de *normatieve functie* van de zorgplichten is. De opsomming is niets anders dan een serie politieke of beleidsmatige redenen om met dit soort open normen te werken in plaats van met 'gewone' normen. Om de normatieve functie te achterhalen, is het dus nodig om nader in te gaan op het begrip 'zorgplicht' als juridisch concept. Dat roept de vraag op, waarin een 'zorgplicht' eigenlijk zou verschillen van andere juridische concepten, zoals 'gewone' rechtsregels?

In het rapport Ruimte voor zorgplichten is een praktische werkdefinitie van het begrip 'zorgplichtbepaling' gebruikt. De zorgplicht is een gedragsnorm met vier kenmerken:

- de norm richt zich niet uitsluitend tot de overheid, en
- verplicht tot het betrachten van zorg voor een bepaald geformuleerd belang, en
- is zodanig algemeen dat de normadressaat een keuze heeft uit meerdere rechtmatige gedragsalternatieven, en
- is bedoeld om langs publiekrechtelijke weg gehandhaafd te kunnen worden.⁷¹⁹

Deze uitleg van het begrip 'zorgplicht' zet dus een bepaald belang centraal, waarvoor zorg moet worden betracht. In deze conceptie is er geen sprake van dat de milieuzorgplichten slechts symbolisch bedoeld zouden zijn: het staat buiten kijf dat er een zorg moet worden betracht als de omstandigheden daartoe aanleiding geven. Hier is niets symbolisch aan te ontdekken.

Eerder in dit onderzoek is het verschil besproken tussen de imperatieve en de normatieve functie van normen (§ 2.3.5). De normatieve functie duidt erop dat mensen hun onderlinge verwachtingen op een (rechts)norm afstemmen.⁷²⁰ De imperatieve functie houdt in dat de norm tevens de status van een gebod of verbod van een bepaalde gedraging heeft. Deze bevelende of gebiedende uitspraak bepaalt de relatie *tussen spreker en aangesprokene*. In het geval van het milieurecht is dit de standaardopvatting van de milieunormen, met als gevolg dat het milieurecht vooral over de relatie tussen

719 TK 2003-2004, 29279, nr. 14, met bijlage Ruimte voor zorgplichten, p. 57.

720 Glastra van Loon (1956), p. 213.



overheidsinstanties en bedrijven lijkt te gaan. Zo bezien zit de orderingsbenadering in dit recht ingebakken en milieurechtelijke normen lijken gebiedende uitspraken van de overheid te moeten zijn met een sterke neiging tot eenrichtingsverkeer. In hun essentie staan zij daardoor (ten onrechte) los van de bereidheid bij de ontvanger van de boodschap om aan de uitvoering van het bevel of gebod mee te werken (al dan niet spontaan). Het gevolg is dat degene die de imperatieve uitspraak doet (een wetgever, een bestuurder) onvermijdelijk voor het vraagstuk van handhaafbaarheid komt te staan.

Wanneer echter sprake is van een norm met een normatieve functie dan richt deze zich zowel tot degenen waarvoor deze norm een gedragsregel stelt als tot degenen die verwachtingen omtrent dat gedrag kunnen koesteren. Bij rechtsregels met een normatieve functie is te allen tijde sprake van dit wederkerige karakter. Het betreft geen gebod of verbod van een bepaalde gedraging, maar een gedragsregel waarop mensen hun verwachtingen afstemmen, over wat zij van elkaar mogen verwachten in hun omgang met elkaar vanwege – in het geval van het milieu – de kwaliteit van de leefomgeving nu en later. De toepassing van de norm is primair een gevolg van de gelding van de norm, niet van een gebod of verbod.

De norm bepaalt tussenmenselijke verhoudingen op een vergeleken met het bevel indirecte wijze: de norm zegt niet, wat een geadresseerde moet doen of laten, maar wat hij van anderen en anderen van hem mogen verwachten.⁷²¹

Dit analytische onderscheid is van wezenlijk belang voor de toepassing van zorgplichtbepalingen. Wanneer bij analyse van de zorgplichten de nadruk wordt gelegd op de *imperatieve* functie dan wordt benadrukt dat het een voorschrift is in de vorm van een gebod of verbod waarvan de naleving afgedwongen moet kunnen worden. Als echter wordt uitgegaan van de *normatieve functie* dan zet de zorgplicht de actoren die bij een handeling betrokken zijn in een *horizontale verhouding*. Hierbij doet het onderscheid tussen overheid en burger er niet toe voor de gelding van de norm, omdat de zorgplicht dan als norm werkt waarop zij hun verwachtingen afstemmen. Op dit punt kan de conclusie van Hildebrandt worden aangehaald, dat er normen zijn die geen aanspraak kunnen maken op erkenning door wetgever of rechter, waardoor zij buiten het rechtssysteem vallen. Dergelijke normen zijn geen ‘rechts’normen en hebben hoogstens een symbolische functie.⁷²² Deze analyse kan worden gebruikt om de status van de milieurechtelijke zorgplichten beter te begrijpen. De erkenning van de zorgplicht-als-rechtsnorm is immers cruciaal om het onderdeel te laten zijn van het rechtssysteem. Deze erkenning hangt niet af van het (eventueel ontbrekende) bevelskarakter van de zorgplicht in het kader van de handhaving, maar is afhankelijk van de functie van de norm zelf. In schema gezet, zijn er vier mogelijkheden voor de status van de milieuzorgplicht.

1. De zorgplicht heeft uitsluitend een imperatieve functie. De zorg wordt dan via een gebod of verbod opgedragen, maar wordt door de aangesprokenen niet beschouwd als een regel waar zij uit zichzelf hun gedrag op afstemmen.

⁷²¹ Glastra van Loon (1956), p. 213.

⁷²² Hildebrandt (2002), p. 69.



2. De zorgplicht heeft uitsluitend een normatieve functie. De zorg wordt niet via een gebod of verbod opgedragen of gehandhaafd, maar wordt door de degenen tot wie de bepaling zich richt wel beschouwd als een regel waar zij uit zichzelf hun gedrag op afstemmen.
3. De zorgplicht heeft zowel een imperatieve als een normatieve functie. De zorg wordt via een gebod of verbod opgedragen maar wordt ook door de aangesprokenen beschouwd als een regel waar zij uit zichzelf hun gedrag op afstemmen.
4. De zorgplicht heeft geen normatieve of imperatieve functie. De zorgplicht is geen plicht en heeft louter een symbolische functie en valt buiten het rechtssysteem.

Het onderscheid tussen de normatieve en de symbolische functie is dat bij zorgplichten met een normatieve functie sprake is van *legitieme* verwachtingen omtrent de zorg die bij een bepaalde handeling of situatie moet worden betracht. Stel dat een wet een zorgplicht bevat zonder dat daarbij is geregeld dat een uitvoerende overheid daaraan rechtsgevolgen kan verbinden. Dan heeft deze zorgplicht dus geen imperatieve functie waardoor het geen norm-als-voorschrift kan zijn. Maar dat betekent niet dat de desbetreffende zorgplicht *om die reden* louter een symbolische functie heeft. Dat hangt er immers van af of de zorgplicht toegepast kan worden als een norm voor het handelen, dus als een norm-als-norm. Door de legalisatie heeft de wetgever deze zorgplicht als zodanig erkend, zodat die toepassing legitiem is en dus de normatieve functie heeft van juridisch te erkennen verwachtingen tussen partijen. Pas wanneer geen normatieve functie kan worden toebedeeld, is sprake van een symbolische norm.

Met behulp van dit inzicht kan de juridische status van de algemene milieuzorgplicht uit artikel 1.1a Wm beter worden begrepen. Door de codificatie van deze algemene zorgplicht heeft de wetgever de normatieve functie ervan erkend. Bovendien is er een imperatieve functie aan verbonden, omdat de norm bestuursrechtelijk kan worden gehandhaafd. De zorgplicht valt volgens het ontwerp van de wetgever dus binnen bovenstaande 3^e variant en heeft een normatieve plus imperatieve status.

In de bestuurlijke praktijk komt de imperatieve functie echter niet of nauwelijks tot gelding. Enerzijds komt dat omdat veel bestuurders er (ten onrechte) slechts een symbolische status aan toebedelen, terwijl daarvan helemaal geen sprake is: de zorgplicht is zowel norm-als-norm en ook norm-als-voorschrift (niet louter symbolisch dus). Het onbruik van de zorgplicht komt anderzijds door de strikte voorwaarden die de bestuursrechter heeft verbonden aan het imperatieve gebruik van de zorgplicht. De ABRvS volgt namelijk de lijn dat de zorgplicht uit artikel 1.1a Wm slechts geldt voor gevallen waarin ernstige nadelige gevolgen optreden of acuut dreigen op te treden én waarin de Wet milieubeheer er niet op andere wijze in voorziet om die gevolgen te reguleren.⁷²³

[...] dat de voor die inrichting verleende milieuvergunning bepalend moet worden geacht voor de reikwijdte van de zorgplicht die een drijver bij de exploitatie van een inrichting in acht heeft te nemen. Gelet daarop en op de

⁷²³ ABRvS 3 september 2003, nr. 200300168/1, AB 2003/388, ABRvS 8 december 2004, nr. 200401808/1; ABRvS 21 februari 2007, nr. 200605807/1; ABRvS 25 november 2009, nr. 200901919/1.



strekking van die zorgplichtbepaling, gaat de Afdeling er vanuit dat van overtreding van die zorgplicht in beginsel slechts sprake kan zijn in gevallen waarin ernstige nadelige gevolgen optreden of acuut dreigen op te treden, terwijl de Wm er niet op andere wijze in voorziet om die gevolgen te voorkomen of zo veel mogelijk te beperken.

In plaats van een norm-als-norm benaderen bestuurders en bestuursrechters de algemene milieuzorgplicht door deze interpretatie als een ‘vangnetbepaling’. De betekenis van deze term is echter obscuur. Wat wordt in het net gevangen en wanneer gebeurt dat dan en door wie? De rechtspraktijk wordt op pad gestuurd met zoiets onbestaanbaars als een ‘vangnet’. Dit verbloemt dat sprake is van een theoretisch onbegrip van de werkelijke functies van de zorgplichtbepaling als zijnde een rechtsnorm met een normatieve en soms ook imperatieve functie.

Voor de beslissing wat een zorgplichtbepaling in een concreet geval betekent voor het handelen, zullen objectieve aanknopingspunten moeten worden gezocht. Zou dat niet zo zijn, dan zou sprake kunnen zijn van willekeurige rechtsvinding en dan zou de kritische houding tegenover zorgplichten, zoals beschreven aan het begin van deze paragraaf, terecht kunnen zijn. Immers, dan zou het bestuur een algemene volmacht worden gegeven om naar eigen goeddunken een interpretatie aan de zorgplicht te geven om zodoende een bepaalde mate van zorg voor het milieu af te dwingen. Maar hiervan kan geen sprake zijn. Hetgeen door Wiarda is beschreven voor de rechtsvinding door een rechter in geval van vage normen, geldt in feite ook voor alle overheidsinstanties die op zoek moeten naar het best mogelijke toepassingsresultaat van de norm.

Juist, waar zijn autonomie het grootste schijnt, zal hij zich daarom de grootste moeite moeten geven zijn beslissing te richten naar de objectieve normen, beginselen en rechtsovertuigingen, geldend in de rechtsgemeenschap (...) waaraan hij zijn autoriteit ontleent.⁷²⁴

Om de beslissing aan een objectieve maatstaf te kunnen laten voldoen, zal een redelijk oordeel over het toepassingsresultaat van de zorgplichtbepaling moeten worden gemaakt. In § 4.3 is daarvoor een ideaaltypisch model ontwikkeld. Het model typeert hoe in een concrete situatie de rechtsvinding van het best mogelijke toepassingsresultaat van een rechtsnorm kan worden uitgevoerd. Het kan daarnaast ook worden gebruikt voor een vergelijking van de normatieve en/of imperatieve functie van een zorgplicht. Met het model kan namelijk worden bepaald wat een zorgplicht zou moeten inhouden en of het gebruikt kan worden in het kader van een bestuurlijke of strafrechtelijke handhavingsbevoegdheid. Deze rechtsvinding gaat dus niet over de feitelijke controle van de naleving van de norm, maar over de beoordeling van het toepassingsresultaat dat het gebruik van de norm heeft of had moeten hebben tijdens het handelen. Als dat normatieve resultaat is bepaald en als blijkt dat het als zodanig niet is nageleefd, kan handhaving legitiem zijn.

⁷²⁴ Wiarda (1963), p. 162.



Toegepast op de algemene milieuzorgplicht van artikel 1.1a Wm leidt het ideaaltypische tot vier vergelijkingsregels.

1. *Dimensie van het positieve recht* (“hoe moet het?”). Deze dimensie leidt tot de vraag of het toepassingsresultaat dat beoogd wordt, geoorloofd volgens het toepasselijke regel- en procedurestelsel. Op deze dimensie knelt het toepassingsresultaat van de zorgplichten, als geen betekenis wordt verleend aan de normatieve functie ervan.
2. *Dimensie van de feiten en omstandigheden* (“hoe is het?”). De eerste dimensie gaat over de vraag of de uitleg van de zorgplicht begrijpelijk is, in het licht van zowel de empirische context als ook de normatieve context. Is het toepassingsresultaat dat aan de zorgplicht wordt verbonden, begrijpelijk in het licht van de feitelijke omstandigheden van het geval, mede gelet op de mate waarin bekend is of kan zijn dat het milieubelang feitelijk geschaad is of dreigt te worden?
3. *Dimensie van de grondbegrippen* (“hoe hoort het?”). Toont het resultaat dat met de toepassing van de zorgplicht wordt beoogd, dat op een vergelijkbare wijze zorg voor het milieu wordt verlangd als in eerdere besluiten het geval was of bij wijze van hypothese zou kunnen zijn, als daarin deze zorgplicht-als-norm zou zijn vastgesteld voor de handelingssituatie?
4. *Dimensie van het morele en maatschappelijke bewustzijn* (“wanneer is het goed?”). Valt het toepassingsresultaat van de zorgplicht te verenigen met het rechtsbewustzijn?

In de ideaaltypische situatie is het gezochte toepassingsresultaat dus in vier dimensies te vergelijken. Dit gaat verder dan de gangbare uitleg van de functie van een bepaalde zorgplicht, die in de praktijk vaak slechts uit de wettelijke tekst en de parlementaire geschiedenis van de desbetreffende zorgplichtbepaling wordt afgeleid. Neem het volgende voorbeeld, over een dwangsombeschikking voor racecircuit Zandvoort vanwege het plaatsen van jerrycans op onbeschermde bodem.⁷²⁵ Volgens het bevoegd gezag was dit een overtreding van zowel een voorschrift uit de milieuvergunning voor het circuit als van de zorgplicht van artikel 13 van de Wet bodembescherming. De vergunninghouder betoogt daartegen dat zij de vergunningvoorschriften goed naleeft en dat zij er van mag uitgaan dat zij daardoor eveneens voldoet aan de zorgplicht voor de bodem zoals omschreven in artikel 13 Wbb. Dit betoog vindt echter geen gehoor. De Afdeling stelt dat de zorgplicht een zelfstandige en aanvullende betekenis toekomt naast de voorschriften uit een vergunning krachtens de Wet milieubeheer (thans zou dat zijn de Wabo). Het argument hiervoor is dat de zelfstandigheid zou blijken uit de bewoordingen van artikel 13 en uit de concretisering die deze zorgplicht in van de Wet bodembescherming heeft gekregen door de verwijzing naar de bodembedreigende situaties waarvoor de plicht geldt. Die situaties worden genoemd in de artikelen 6 tot 12 van dezelfde wet.

⁷²⁵ ABRvS 9 april 2008, nr. 200704046/1, AB 2008, 218.



In vergelijking met het ideaaltypisch model valt direct op dat deze interpretatie van de toepasselijkheid van de zorgplicht ex artikel 13 Wbb en de betekenis daarvan voor het geval van de onzorgvuldig geplaatste jerrycans, uitsluitend gebaseerd is op de dimensie van het positieve recht. De toepassing van artikel 13 Wbb naast en in aanvulling op de milieuvergunning wordt gelegitimeerd met de algemene gevalsbeschrijvingen uit de wet. Daarmee wil de Afdeling kennelijk motiveren dat artikel 13 Wbb concreter is dan de zorgplicht uit artikel 1.1a Wm, welke zorgplicht volgens de Afdelingsjurisprudentie immers niet zelfstandig naast een milieuvergunning van toepassing is.⁷²⁶ De reden voor het verschil is kennelijk dat voor deze zorgplicht geen wettelijke gevalsbeschrijvingen zijn vastgelegd. Maar dit is een merkwaardige constructie van de norm. Want artikel 1.1a Wm is juist bedoeld als algemene zorgplicht, voor eenieder die handelingen verricht waarvan hij weet dat die nadelige effecten kunnen hebben. Een gevalsbeschrijving daarvan in de wet is ondenkbaar en zou alsnog zodanig algemeen worden dat het geen toegevoegde waarde heeft ten opzichte van de normatieve bedoeling van de zorgplicht zoals die reeds is geformuleerd. Dit is bijvoorbeeld ook het geval bij de zorgplicht uit het Activiteitenbesluit en de daarbij geplaatste gevalsbeschrijvingen (artikel 2.1 lid 1 en 2 Activiteitenbesluit).

Genoemde interpretatie leidt tot merkwaardige verschillen in het toepassingsresultaat van de zorgplichten. Dat blijkt uit de vergelijking van twee gevallen waarin sprake was van een brand waarbij met de rook ook asbesthoudende materialen in de omgeving zijn terechtgekomen.⁷²⁷ In de ene situatie is sprake van een bedrijfsbrand in een vergunningplichtige inrichting, in de andere geldt juist geen vergunningplicht. Volgens de Afdeling is dit een belangrijk verschil, omdat bij een vergunningplichtige inrichting de mogelijkheid bestaat

*tegen nadelige gevolgen die de inrichting voor het milieu kan veroorzaken, op te treden door de verleende vergunning (...) te wijzigen of in te trekken.*⁷²⁸

De vergunning gaat volgens de vaste lijn van de Afdeling voor op de algemene zorgplicht van artikel 1.1a Wm. In het geval waarin geen vergunningplicht geldt, geldt de zorgplicht echter wel als een zelfstandige norm. Wat nu expliciet wordt, is dat de Afdeling zich bij de uitleg van de zorgplicht van artikel 1.1a Wm niet baseert op de inhoud of mogelijke effecten van de zorgplicht, maar slechts op de verhouding van die plicht tot andere verplichtingen uit de Wm. Dit kan beter, want het is duidelijk dat de vergunningplicht niet altijd dezelfde toepassingsresultaten oplevert als de zorgplicht en ook dat er een gekunsteld verschil wordt aangebracht tussen de onzelfstandigheid van de zorgplicht ex artikel 1.1a Wm in vergelijking met andere zorgplichten zoals artikel 13 Wbb en 2.1 Activiteitenbesluit.

Wanneer een vergelijking zou worden gemaakt met de derde en vierde dimensie van het ideaaltypisch model van rechtsvinding dan zou dat kunnen leiden tot een andere legitimatie van het toepassingsresultaat van algemeen geformuleerde zorgplichten

⁷²⁶ Zo ook in ABRvS 7 april 2010, nr. 200904109, LJN: BM0179, r.o. 2.6.3.

⁷²⁷ ABRvS 10 augustus 2007, nr. 200704617/1, MenR 2008/5; ABRvS 1 augustus 2007, nr. 200608460/1.

Zie een vergelijkbaar geval in ABRvS 25 november 2009, 200901919/1, MenR 2010/25.

⁷²⁸ r.o. 2.6.2, uitspraak 1 augustus 2007



zoals artikel 13 Wbb, 1.1a Wm en 2.1 Activiteitenbesluit. De vergelijking met deze dimensies legt een verbinding tussen de beoogde zorg voor het milieu die in de zorgplicht wordt uitgedrukt, de procedurele en inhoudelijke ratio van het rechtssysteem, de gevolgen hiervan voor het concrete geval en de *pointe* van het recht. Die *pointe* is dat een evenredige beoordeling moet kunnen worden gemaakt van de concrete verwachtingen die actoren mogen en/of moeten hebben in de context van hun handelingsituatie, vanwege hun plicht tot zorg voor het milieu.



Deze normatieve benadering van de zorgplichten zal waarschijnlijk niet bij iedereen gehoor vinden en gaat drastisch in tegen een aantal uitgesproken tegenstanders van zorgplichten zoals de algemene zorgplicht uit artikel 1.1a Wm. Met name Tak en Teunissen hebben daar stevige kritiek op geuit. De wetgever zou met die algemene zorgplicht een vorm van ontoelaatbaar pragmatisme ten toon hebben gespreid. De wetgever zou zijn uitgegaan van de gedachte dat het nut van deze bepaling voor de milieubescherming de reden is om het juridisch mogelijk te maken.⁷²⁹ Hiermee zou het bestuur een algemene volmacht worden gegeven om

*naar eigen goeddunken met bestuursrechtelijke of privaatrechtelijke ‘instrumenten’, op te treden tegen ‘maatschappelijk onbetamelijk gedrag’ en daarmee een ‘voldoende zorg voor het milieu’ af te dwingen.*⁷³⁰

Het zal vanuit het perspectief van auteurs zoals Tak en Teunissen een geluk bij een ongeluk zijn dat de rechtspraktijk vooral een vangnetfunctie aan de zorgplicht blijkt

⁷²⁹ Tak/Teunissen (1994), p. 615 met nt. 27.

⁷³⁰ Tak/Teunissen (1994), p. 615.



toe te dicht, in afwijking van het oogmerk van de wetgever. Tegenstanders van open en vage normen zoals zorgplichten halen daarom opgelucht adem, wanneer de bestuursrechtelijke praktijk zeer terughoudend gebruik maakt aan dergelijke normen. Zeker ook nu de bestuursrechter, voor zover een bestuursorgaan zich al beroept op de zorgplicht, daar niet veel ruimte voor biedt, om de reden dat de gewraakte handeling die het bestuur onder een zorgplicht tracht te brengen al wordt of kan worden genormeerd door andere voorschriften of vergunningplichten (vangnet).⁷³¹

Voordat deze toepasselijkheid en interpretatie van de zorgplichten echter als een gegeven wordt geaccepteerd, dient de potentie van de milieuzorgplicht nader te worden beoordeeld. Volgens het standpunt van een aantal auteurs, met name Tak en Teunissen, zou de milieuzorgplicht het machtsevenwicht van de rechtstaat kunnen doorbreken.⁷³² Dit geldt zelfs bij zorgplichten met louter een 'vangnetfunctie'.

*In combinatie met de specifieke milieuvoorschriften is het effect van dit 'vangnet-voorschrift' dus: elk handelen of nalaten, waardoor het milieu kan worden benadeeld, is verboden; geboden is elk handelen waardoor nadeel voor het milieu kan worden voorkomen, beperkt of ongedaan gemaakt. En dit impliceert in feite een algemene bestuursdwang- en dwangsombevoegdheid bij 'milieu-benadelend' handelen of nalaten.*⁷³³

Als gezegd, heeft de Afdeling beslist dat het niet mogelijk is om specifieke voorschriften met de zorgplichten te combineren en wat dit betreft hebben deze auteurs een punt gescoord bij de rechters in Den Haag. Maar deze jurisprudentie doet niets af aan de mogelijkheid dat een zorgplicht – onder omstandigheden – wel normatief toepasbaar en desnoods imperatief uitvoerbaar is. Terwijl dit juist het principiële bezwaar is dat door Tak en Teunissen tegen de zorgplicht is aangevoerd, namelijk dat de codificatie van de milieuzorgplicht in artikel 1.1a Wm de mogelijkheid introduceert van een 'algemene bevoegdheid' voor het bestuur om dwang uit te oefenen jegens iedereen die onvoldoende zorg in acht neemt voor het milieubelang.⁷³⁴ Dit is volgens de auteurs in strijd met de rechtsstaatgedachte, met name de beginselen van rechtszekerheid, legaliteit en democratische legitimatie.⁷³⁵ Samengevat wijzen zij op:

- strijd met rechtszekerheid, omdat de zorgplichtbepaling een algemene rechtsplicht creëert voor burgers op basis van een vaag criterium waarvan de invulling en handhaving primair in handen van het bestuur is gegeven;
- strijd met legaliteit, omdat de behartiging van openbare belangen slechts mag geschieden op basis van door het objectieve recht (dit omvat meer dan de wet) verleende bevoegdheden;
- strijd met het vereiste van democratische legitimatie, omdat de wet met de algemene zorgplicht onvoldoende vastlegt onder welke voorwaarden de overheid op grond van deze bepaling beperkingen mag opleggen aan de vrijheid van burgers.

731 Noot Michiels onder ABRvS 21 februari 2007, AB 2007/108. Nadien besproken in ABRvS 1 augustus 2007, LJN: BB0800. Zie ook; ABRvS 3 september 2003, AB 2003/388.

732 ECWM (2001), p. 112 en 129, onder verwijzing naar Teunissen/Tak (1994).

733 Tak/Teunissen (1994), p. 607.

734 Tak/Teunissen (1994), p. 608.

735 Tak/Teunissen (1994), p. 615.



De auteurs concluderen dat in de rechtsstaat de vrijheid van burgers is voorondersteld en dat 'eenzijdigheid' van het overheidsoptreden een waarborg is voor de burgers omdat het optreden hierdoor wordt gestuurd door het objectieve recht.

*Eenzijdigheid betekent dat de overheid slechts kan optreden, op basis van door het objectieve recht verleende (en begrensde) bevoegdheden, ter behartiging van de gemeenschapsbelangen die haar zijn toevertrouwd, welke belangen op de – objectief gezien – meest juiste manier moeten worden behartigd.*⁷³⁶

Het verzet tegen de zorgplicht hangt aldus direct samen met onbegrip voor de normatieve grondslag van het milieurecht en met een radicale afwijzing van het bestuursrechtelijke uitgangspunt van de wederkerige rechtsbetrekking. De foutieve crux van dat uitgangspunt zou zijn, dat de burger verplichtingen zou hebben *tegenover de overheid* op basis van een wederkerigheid in de rechtsbetrekking.⁷³⁷

Deze afwijzing van het idee van de wederkerige rechtsbetrekking gaat er echter aan voorbij dat het bestuurlijk handelen niet begrepen dient te worden als 'eenzijdige ver-tegenwoordiging' van het algemeen belang. Dit algemene belang is onderdeel van het gemeenschappelijk referentiekader voor iedere interactie in de sociale praktijk en maakt dus onderdeel uit van de normatieve verwachtingen van actoren. Hun vrijheid van handelen is wederkerig afhankelijk van het algemeen belang. Juist deze wederkerigheid komt in de zorgplicht pregnant tot uitdrukking. Bij de toepassing van dit type normen in concrete gevallen gaat het erom dat degene van wie de zorg wordt verlangd, primair zelf tot een vergelijkende waardering komt van zijn gedrag ten opzichte van de feiten, conventies en waarden zoals die in de samenleving waargenomen kunnen worden met betrekking tot de kwaliteit en toekomstwaarde van het milieu. Als gezegd, dit is de normatieve functie van de zorgplicht. Wanneer een bestuursorgaan de zorgplicht vervolgens inroept bij de be- of veroordeling van een bepaalde handeling van een actor, dan is sprake van eenzelfde soort waardeoordeel. Dat dit eventueel leidt tot een gebod of verbod doet er niets aan af dat daar een normatief oordeel aan voorafgaat. Anders dan Tak en Teunissen stellen, kan een zorgplicht niet worden opgevat als een 'algemene bevoegdheid' voor de overheid om naar 'eigen inzicht' geboden of verboden vast te stellen voor bepaalde handelingen die gevolgen hebben voor het milieubelang. De interpretatie van de zorgplicht is namelijk geen feitelijke handeling, maar een bestuurlijke daad van contextuele rechtsvinding. Met die daad wordt de zorgplicht als norm geconstrueerd en krijgt zij concrete betekenis voor de casus. Dit volgt uit het gegeven dat de zorgplicht een norm is met een normatieve functie, die eventueel wordt aangevuld met een imperatieve functie. De norm drukt primair uit dat actoren verwachtingen omtrent elkaars zorg voor het milieu kunnen en mogen koesteren, eventueel af te dwingen of op te leggen door een bestuursorgaan (als uiting van de bijkomende imperatieve functie). Bij zorgplichten met een normatieve functie is daarom te allen tijde sprake van een wederkerig karakter. En dankzij de open formulering van de zorgplicht bestaat hierbij ruimte voor gedragsalternatieven. Deze combinatie van openheid en wederkerigheid leidt tot de paradox dat de zorg-

⁷³⁶ Tak/Teunissen (1994), p. 615.

⁷³⁷ Tak/Teunissen (1994), p. 615.



plicht geen vrijbrief verschaft voor willekeurig gedrag en evenmin voor willekeurige geboden/verboden.

Deze paradox is de Limburgse valkuil, omdat over het hoofd is gezien dat de toepassing van een zorgplicht in een concrete rechtsbetrekking primair een gevolg is van de gelding van de zorgplicht-als-norm. Zo ook kan de Afdeling worden begrepen in een uitspraak over het besluit van een aantal Amsterdamse stadsdelen om nadere eisen te stellen aan de energiebesparing bij een flink aantal supermarkten.⁷³⁸ De nadere eis betrof met name de afdekking van koel- en vriesmeubelen en het beheer van de lichtreclames.

De Afdeling overweegt dat in de voorschriften (...) tot uitdrukking is gebracht dat op de drijver van een inrichting een zorgplicht rust om zo zuinig mogelijk om te gaan met energie als redelijkerwijs mogelijk is. De verantwoordelijkheid en het initiatief voor en het maken van keuzes bij het treffen van energiebesparende maatregelen en voorzieningen ligt in de eerste plaats bij de inrichting. Naar het oordeel van de Afdeling is het bevoegd gezag gehouden bij de drijver van de inrichting de gegevens over voorgenomen energiebesparende maatregelen als bedoeld in voorschrift 1.2.1 op te vragen alvorens voor de inrichting nadere eisen op grond van voorschrift 4.2.1 kunnen worden gesteld.⁷³⁹

Deze constructie van de zorgplicht legt de verantwoordelijkheid en het initiatief voor de desbetreffende zorg bij de initiatiefnemer van de milieurelevante activiteit, in dit geval het gebruik van open koel- en vrieskasten en lichtreclames. Als afgeleide daarvan kan het bestuur die zorg nader preciseren en handhaven, indien de wet daarvoor een bevoegdheid in het leven heeft geroepen.⁷⁴⁰ Dit laatste verschaft een imperatieve functie aan de zorgplicht, het eerste is de normatieve functie.

De conclusie is dat milieurechtelijke zorgplichten zich onderscheiden als normen met een normatieve functie, eventueel aangevuld met een imperatieve functie. De zorgplicht-als-norm drukt primair uit dat actoren verwachtingen omtrent elkaars zorg voor het milieu kunnen en mogen koesteren. Deze zorg is vervolgens eventueel af te dwingen of op te leggen door een bestuursorgaan, als uiting van de bijkomende imperatieve functie. Bij zorgplichten met een normatieve functie is daarom te allen tijde sprake van een wederkerig karakter. Bij de wederkerigheid gaat het erom dat degene van wie de zorg wordt verlangd primair zelf tot een vergelijkende waardering komt van diens gedrag ten opzichte van de feiten, conventies en waarden zoals die in de samenleving waargenomen kunnen worden met betrekking tot de kwaliteit en toekomstwaarde van het milieu. Wanneer een bestuursorgaan de zorgplicht inroept bij de be- of veroordeling van een bepaalde handeling van een actor, dan is sprake van eenzelfde soort waardeoordeel. Dat dit vervolgens leidt tot een gebod of verbod, doet er niets aan af dat daar een normatief oordeel aan voorafgaat. Dankzij de open formulering van de zorgplicht bestaat hierbij ruimte voor gedragsalternatieven, maar niet voor afwijking ten opzichte van de zorg-als-norm.

⁷³⁸ ABRvS 12 september 2007, AB 2008/160.

⁷³⁹ r.o. 2.4.3.

⁷⁴⁰ Michiels in noot onder ABRvS 5 juli 1994, AB 1994/636.



4.4.4. *De contextuele constructie van het voorzorgbeginsel*

Het milieurecht kent een aantal beginselen: duurzame ontwikkeling, behoud van biodiversiteit, de vervuiler betaalt, voorzorg, preventie, externe integratie, Alara,⁷⁴¹ standstill, transparantie en het samenwerkingsbeginsel. Veel van deze beginselen zijn in het internationale rechtsverkeer ontstaan en uitgewerkt.⁷⁴² De verklaring daarvoor is dat bij internationale onderhandelingen over verdragsteksten eerder overeenstemming wordt bereikt over algemene en abstracte formuleringen, zoals van de beginselen, dan over concrete reductiedoelstellingen.⁷⁴³ In navolging van de internationale opmars van de beginselen zijn deze beginselen in veel nationale rechtsstelsels doorgedrongen. Dit geldt zeker voor de stelsels binnen de Europese Unie, als gevolg van de veelvuldige toepassing van drie milieubeginselen die in artikel 191 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie zijn gecodificeerd.

Lid 1. Het beleid van de Unie op milieugebied draagt bij tot het nastreven van de volgende doelstellingen:

- *behoud, bescherming en verbetering van de kwaliteit van het milieu;*
- *bescherming van de gezondheid van de mens;*
- *behoedzaam en rationeel gebruik van natuurlijke hulpbronnen;*
- *bevordering op internationaal vlak van maatregelen om het hoofd te bieden aan regionale of mondiale milieuproblemen, en in het bijzonder de bestrijding van klimaatverandering.*

Lid 2. De Unie streeft in haar milieubeleid naar een hoog niveau van bescherming, rekening houdend met de uiteenlopende situaties in de verschillende regio's van de Unie. Haar beleid berust op het voorzorgsbeginsel en het beginsel van preventief handelen, het beginsel dat milieuaantastingen bij voorrang aan de bron dienen te worden bestreden, en het beginsel dat de vervuiler betaalt.

Vanuit een praktisch standpunt kan worden betoogd dat de milieubeginselen een rol van betekenis spelen in het milieurecht, simpelweg omdat zij onderdeel uitmaken van de internationale verdragen en nationale wetgeving. Op theoretisch niveau leidt dit echter tot de vraag, wat die rol van betekenis dan inhoudt: wat is een milieubeginsel eigenlijk en wat doet zo'n beginsel in de rechtspraktijk? Deze vragen zijn met name relevant omdat uit de literatuur blijkt dat er verschillend gedacht kan worden over de status van de milieubeginselen.⁷⁴⁴ Dit komt pregnant naar voren bij het wetenschappelijk debat over een van de meest omstreden milieubeginselen; het voorzorgsbeginsel. De gelding, interpretatie en toepassingsmogelijkheden van dit beginsel kwalificeren zich zonder meer als een moeilijke kwestie. De analyse hiervan mag dienen als voorbeeld voor het gebruik van al die andere, minder betwiste milieubeginselen.

⁷⁴¹ As low as reasonable achievable

⁷⁴² Verschuuren (1995), p. 421.

⁷⁴³ Backes e.a. (2004), p. 34.

⁷⁴⁴ Verschuuren (1995).



Tijdens een studiedag van de Vereniging van Milieurecht in oktober 2009 bleek hoezeer het voorzorgbeginsel ter discussie kan worden gesteld. Enerzijds was daar de sceptische bijdrage van Schueler, die concludeerde dat de voorzorgbenadering weliswaar kan bijdragen aan veiligheid en duurzame ontwikkeling maar dat dit vooral buiten de juridische discussie moet worden gehouden. Wat hem betreft is sprake van een 'beleidsbeginsel', een 'leidraad voor wetgeving en beleid', maar is het niet geschikt om als zelfstandige norm te worden gehanteerd door een rechter.⁷⁴⁵

*Want de vraag hoe groot een risico is en de vraag welke risico's verantwoord zijn laten zich niet aan de hand van rechtsnormen beantwoorden.*⁷⁴⁶

Wat Schueler bedoelt is dat de beslissing over de aanvaardbaarheid van risico's een politieke beslissing is die op basis van politieke inspraak moet worden genomen. De rechter kan slechts terughoudend toetsen of het besluit procedureel juist tot stand is gekomen en niet onredelijk is: de klassieke willekeurtoetsing dus (zie § 4.2.3).

Anders dan Schueler, zien Pieterman en Arnoldussen in het geheel niets in het voorzorgbeginsel.⁷⁴⁷ Deze radicale opvatting blijkt uit diverse publicaties.⁷⁴⁸ De pretentie van voorzorg zou er een zijn van beheersbaarheid van onzekerheid, wat echter principieel niet beheersbaar te maken is. Het is volgens deze auteurs een misverstand dat onzekerheid vermijdbaar is.

*Het voorzorgbeginsel levert geen enkele nuttige bijdrage aan het oplossen van de problemen die gerelateerd zijn aan beslissen in situaties van relatief grote onzekerheid, maar het heeft wel nadelige effecten, met name voor de voorspelbaarheid en motivatie van overheidsbeslissingen.*⁷⁴⁹

Deze conclusie is niet mis: het toepassen van voorzorg bedreigt de rechtszekerheid en hoort niet thuis in de rechtsorde.

Lang niet iedereen is het eens met dit soort sceptische of radicale opvattingen. Zo constateren Barkhuysen en Onrust dat het voorzorgbeginsel inmiddels tot het internationaal gewoonterecht behoort, waardoor het bindend is voor staten.⁷⁵⁰ Zij baseren hun conclusies op een uitgebreide verzameling van auteurs, op diverse verdragen, verklaringen, resoluties en actieprogramma's, op het recht van de EU (verdrag en diverse verordeningen en richtlijnen, jurisprudentie van het HvJ), op een uitspraak van het EHRM,⁷⁵¹ en op diverse bepalingen en rechterlijke uitspraken uit het Nederlands recht. Met hun overzichtsartikel betogen Barkhuysen en Onrust in wezen dat de kwestie of het voorzorgbeginsel een rechtsbeginsel is, een achterhaalde vraag is. Want uit de rechtspraktijk blijkt dat het dat is. Al eerder werd deze conclusie overigens getrokken door Lambers.

745 Schueler (2009), pp. 29-30.

746 Schueler (2009), p. 21.

747 Pieterman/Arnoldussen (2008), p. 247. Ook; Pieterman (2007).

748 Pieterman (2007), Pieterman/Arnoldussen (2008), pp. 230 e.v., Pieterman/Arnoldussen/Kortleven (2009), pp. 31-57.

749 Pieterman/Hanekamp/Bergkamp (2006), p. 8.

750 Barkhuysen/Onrust (2010), p. 52.

751 EHRM 27 januari 2009, Appl. No. 67021/01, Tătar t. Roemenië.



Het zal sommigen misschien opgevallen zijn dat ik niets geschreven heb over de vraag of het voorzorgsbeginsel nu een sociaal beginsel, een gewoonte, een beleidsbeginsel of een rechtsbeginsel is. Ik heb daar vanaf gezien omdat die vraag niet meer relevant is.⁷⁵²

Er kan dus verschillend worden gedacht over mogelijkheid om het voorzorgsbeginsel in het recht te gebruiken. Het beginsel wordt door enkelingen betwijfeld of betwist maar door de meeste auteurs en in diverse wettelijke stelsels erkend.⁷⁵³ Voor die laatste groep is het doel van het beginsel zo ongeveer wel duidelijk: adequate bescherming van het milieu ondanks beperkte voorspelbaarheid van gevolgen en in het licht van de kwetsbaarheid van het milieu.⁷⁵⁴ Maar voorbij deze globale betekenis begint een volgend probleem. Dit komt doordat de gevolgen van de toepassing van voorzorg niet eenvoudig is vast te stellen en bovendien onderwerp is van belangenstrijd.

Het doel is daarbij om de gezondheid van de mens en de kwaliteit van het milieu zo goed mogelijk te beschermen. In de praktijk is het echter niet eenvoudig om voorzorg toe te passen. De toepassing ervan leidt dan ook regelmatig tot felle controverses. Met het wel of niet toestaan van producten of technieken zijn immers altijd tegengestelde belangen gemoeid.⁷⁵⁵

Voorzorg is bij uitstek geen makkelijk toepasbare rechtsregel, geen *hard and fast rule*. Voor de toepassing ervan is een denkproces onvermijdelijk, waarmee in ieder concreet geval bepaald zal moeten worden hoe er volgens de procedures, regels en principes van het recht gehandeld moet worden indien er sprake is van onzekerheid over de vraag hoe groot een risico is of over de vraag welke risico's verantwoord zijn. Dat is dus niet eenvoudig. De toepassing van het voorzorgsbeginsel behoeft daarom rechtstheoretische analyse.

De gelding van beginselen zoals het voorzorgsbeginsel omvat een opdracht voor de beslissingsbevoegde autoriteit om er de juiste uitleg, het juiste gewicht en het passende belang aan te geven. Met andere woorden, het voorzorgsbeginsel is een contextuele constructie.

De vraag die dit oproept, is hoe het beginsel op juiste wijze kan worden gebruikt: waarvoor, wanneer, voor wie en op welke manier is het een leidraad voor het handelen?⁷⁵⁶ Welke maatstaf levert het voorzorgsbeginsel voor de bepaling hoe gehandeld moet worden om met recht een bepaalde rechtstoestand te laten intreden? Dit zijn vragen naar het toepassingsresultaat van voorzorg. Een bijkomend probleem is echter dat er verschillende interpretaties in omloop zijn van het voorzorgsbeginsel. In de literatuur zijn reeds drie varianten afgeleid uit de grote diversiteit van interpretaties:⁷⁵⁷

⁷⁵² Vlg. Lambers (2001), p. 67.

⁷⁵³ Lambers (2001), p. 67, Trouwborst (2007), p. 199, Barkhuysen/Onrust (2010) nt. 3, STEM (2005/A).

⁷⁵⁴ Trouwborst (2007), p. 199, Barkhuysen/Onrust (2010), p. 49.

⁷⁵⁵ Gezondheidsraad (2008), Aanbiedingsbrief bij rapport, p. 1.

⁷⁵⁶ Vgl. Barkhuysen/Onrust (2010), p. 75.

⁷⁵⁷ Wiener (2007), pp. 602-607.



- variant 1: onzekerheid over de feiten verschaft geen rechtvaardiging voor het nalaten van maatregelen (dus: preventie ondanks onzekerheid daarover);⁷⁵⁸
- variant 2: bij redelijke gegronde vrees voor ernstige en/of onomkeerbare schade rechtvaardigt/vereist dit het treffen van maatregelen, ook al is sprake van onzekerheid over de oorzaak, omvang of waarschijnlijkheid van die schade,⁷⁵⁹ hetgeen door Trouwborst 'de harde kern' van voorzorg is genoemd⁷⁶⁰ (dus: maatregelen bij een significant maar onzeker vermoeden van aanzienlijke schadelijke gevolgen);⁷⁶¹
- variant 3: indien sprake is van risico's wordt de bewijslast omgekeerd, zodat degene die het risico veroorzaakt eerst moet aantonen dat hiervan geen sprake is danwel dat het risico aanvaardbaar is (dus; voorzorg gaat op in het zorgvuldigheidsbeginsel voor de voorbereiding van besluiten).⁷⁶²

De gelding van een van deze varianten hangt feitelijk af van de opvatting over voorzorg en onzekerheid in een bepaalde rechtsgemeenschap, zoals kan blijken uit beleidsdocumenten of juridische regelingen. Gemeenschappelijk aan alle varianten van voorzorg is dat het toepasbaar is in het spanningsveld van de relatie tussen de potentiële schade, het ontbreken van wetenschappelijke zekerheid en de vraag naar actie.⁷⁶³ De vraag is wat het voorzorgsbeginsel met dit spanningsveld doet: hoe kan het voorzorgsbeginsel tot een juiste beslissing leiden terwijl het beginsel aan de orde komt bij twijfel over de juiste beslissing?

Het kenmerk van een juridische beslissing is dat dit een reactie is van een bevoegde beslisser op de voorstellen van partijen over de toepasselijkheid en interpretatie van bepaalde rechtsnormen in het licht van bepaalde feiten.⁷⁶⁴ Wanneer partijen geen tegenstrijdige standpunten hebben over de interpretatie van de feiten of rechtsregel, dan volgt de normatieve zin daarvan voor hun handelingen direct uit het regelstelsel, dus zonder reflectie van partijen op mogelijke interpretaties.⁷⁶⁵ Maar in complexe gevallen (*hard cases*) zullen actoren bewust reflecteren op de betekenis van feiten of op de toepassing of interpretatie van rechtsregels. In dit soort gevallen leidt het axiomatisch systeemdenken (wetstoepassing) nergens toe. Immers, recht kan zichzelf niet toepassen maar vereist een toepassingshandeling, die in een betwist geval nu juist niet vanzelfsprekend is. Om tot een juiste beslissing te kunnen komen, zullen de verschillende standpunten vergeleken moeten worden. Dit betekent dat de betrokken partijen een 'reflexieve rol' krijgen. Dat wil zeggen, dat zij nu constitutieve actoren zijn die hun handelen en standpunten bewust vorm geven en die keuzen maken op basis van een

758 Trouwborst (2007), p. 203; voorzorg absorbeert preventie.

759 Bijv. COM (2000), p. 13. Daarover o.a. Aerts/Brans (2009), p. 147.

760 Trouwborst (2007), p. 200.

761 Ook: Lambers (2001), pp. 63-64.

762 Vgl. Schueler (2009), pp. 20-21.

763 Borgers (1999), § 3.

764 Ter Heide doelt op de (straf)rechter die een verdachte berecht, ik verbreed dit hier tot alle bevoegde beslissers die een juridisch oordeel vellen.

765 Ter Heide (1967), pp. 21-22.



interpretatie van het normenstelsel. De *topische methode* treedt hier dus in de plaats van de *axiomatisch-deductieve*.⁷⁶⁶ Dit geldt bij uitstek voor situaties waarin sprake is van onzekerheden, waarover partijen met elkaar van mening verschillen. Dat meningsverschil kan, gelet op de varianten van voorzorg, in verschillende bewoordingen aan het licht treden: is het terecht om preventieve maatregelen na te laten, is de vrees voor schade gegrond, is het gerechtvaardigd dat maatregelen moeten worden getroffen, wat is het bewijs of wat is de reden voor het ontbreken van bewijs voor de oorzaak, voor het gevolg of voor de omvang of waarschijnlijkheid van de schade?

Het cruciale punt van het voorzorgbeginsel is dat gelijktijdig sprake is van twee taalspelen, die beide op eigen wijze gericht zijn op een vorm van redelijk beslissen, namelijk een wetenschappelijk en een juridisch taalspel:

- het wetenschappelijke taalspel is gericht op een waarderend beslissen over de betekenis van de feiten, inclusief een redelijk begrip van de mate van onzekerheid over de kans op die feiten, over de kans op bepaalde gevolgen en over de mogelijkheden om die kansen met een zekere mate van succes te beïnvloeden. Zo ook kan het advies dat de WRR heeft afgegeven over voorzorg worden begrepen, namelijk dat het wetenschappelijk discours zich moet concentreren op de proactieve omgang met onzekerheden in termen van het afweegbaar maken van kwetsbaarheden van mensen, van de natuurlijke omgeving en van de samenleving;⁷⁶⁷
- het juridische taalspel leidt tot een beslissing over het best mogelijke toepassingsresultaat van de rechtsnormen die relevant zijn voor het concrete geval. Dit komt neer op een proces van redelijke interpretatie van de rechtsregels, de rechtsbeginselen en algemene rechtsgedachten (*eudoxa*), in het licht van feiten en de beslissingen daarover die voortvloeien uit het wetenschappelijke discours.

Het is onvermijdelijk dat bij situaties waarin onzekerheid bestaat over de ernst of omkeerbaarheid van milieuschade, sprake moet zijn van een beslissingsproces op basis van deze dubbele reflexiviteit (juridisch en wetenschappelijk) en dus dubbele redelijke argumentatie. Met andere woorden, het denkproces van rechtsvinding kan dan niet zonder een proces van wetenschapsvinding. Dit is goed ingezien door de WRR. De conclusie van de WRR is dat het onvoldoende is om besluitvorming te baseren op een 'klassieke' risicobenadering (getalsmatige schijnzekerheid), omdat het onvermijdelijk is om *actief* naar onzekerheden te zoeken en daarbij ook in te gaan op onzekerheden over verder af gelegen causaliteiten, namelijk die tussen de risicovolle handeling en de kwetsbaarheid van natuurlijke systemen en de samenleving.⁷⁶⁸ Dit veronderstelt dat er gebruik moet worden gemaakt van een nieuwe risicobenadering, waarin besluitvorming niet draait om het risico, maar om de omgang met onzekerheid.

In de nieuwe risicobenadering is daarom niet de omgang met bekende risico's, maar de onzekerheden centraal komen te staan. Zulke onzekerheden dienen

⁷⁶⁶ Ter Heide (1967), p. 25.

⁷⁶⁷ WRR (2008/b), p. 146.

⁷⁶⁸ Hierover: Spier (2008), p. 2522, onder verwijzing naar WRR (2008/b).



zo goed mogelijk is bespreekbare risico's te worden vertaald. Die vertaling zal echter niet altijd volledig kunnen zijn. Als het op afwegen en het nemen van besluiten aankomt, zal dan ook vaak onzekerheid blijven bestaan.⁷⁶⁹

Deze paradigmawisseling in de omgang met risico's is geen 'oude wijn in nieuwe zakken'.⁷⁷⁰

Als ik het goed zie dan zit het nieuwe vooral hierin dat degene die – kort gezegd – omgaat met potentiële risico's veel meer vragen moet stellen dan thans gebruikelijk. Hij moet actief zoeken naar onzekerheden.⁷⁷¹

Het milieubeleid en de milieurechtpraktijk staat bol van het gebruik van wetenschappelijke informatie. Er is zelfs sprake van een voorkeur voor een wetenschappelijke, modelmatige onderbouwing van milieudoelen en -normen. Daarbij wordt echter uitdrukkelijk uitgegaan van het idee dat natuurwetenschappelijke kennis gebaseerd is op 'zuivere wetenschap' (zie § 1.4). Als reden hiervoor wordt genoemd dat deze wijze van onderbouwing van het beleid consensusvorming en pacificatie vergemakkelijkt.⁷⁷² Dit is nogal een opvallende onderbouwing. Hoezo consensusvorming en pacificatie? Dit is een moreel beroep op 'zuivere wetenschap', zonder dat het rekenschap geeft van de hedendaagse wetenschapsfilosofische inzichten over de wijze waarop kennis wordt vergaard. Is die wijze 'zuiver'?

In de wetenschapsfilosofie is uitgebreid gedebatteerd over de vraag of de natuurwetenschappelijke methodiek vanzelfsprekend tot zuivere wetenschap leidt.⁷⁷³ In het debat wordt meestal een positie gekozen ten opzichte van het dualistisch wereldbeeld dat René Descartes uit de 17^e eeuw heeft uitgedacht. In dat wereldbeeld is sprake van een positivistisch mens- en maatschappijbeeld, met een geloof in de wetmatigheid van de natuurlijke wereld en in de kenbaarheid daarvan via natuurwetenschappelijke methoden.⁷⁷⁴ Kort en bijna karikaturaal geformuleerd, valt deze grondslag te omschrijven als het geloof dat feiten onafhankelijk van het waarnemende en ervarende subject bestaan en dat wetenschap tot een waarheidsgetrouwe representatie van de 'feiten' leidt. Dankzij de absolute scheiding tussen natuur en kennis kunnen feiten objectief, via 'zuivere wetenschap', worden waargenomen en verzameld.⁷⁷⁵ Met het uitgangspunt: 'ik denk, dus ik ben' (*cogito ergo sum*) is het fundament voor wetenschappelijke kennis bij de denkende mens gelegd, aangezien het denken gebaseerd wordt op de onbetwifelbare, evidente zekerheid 'dat ik ben, als ik denk'.⁷⁷⁶ De feiten bestaan onafhankelijk van het alledaagse menselijk handelen. In aansluiting bij dit uitgangspunt is lange tijd in de wetenschap een sterke nadruk gelegd op de rationele en de experimen-

769 WRR (2008/b), p. 17.

770 Spier (2008), p. 2523.

771 Spier (2008), p. 2523.

772 WRR (2003), p. 28.

773 Samengevat in De Vries (1995), p. 180 e.v.

774 Zijderveld (1975), p. p. 21-22. Hughes/Sharrock (1997), p. 15.

775 De Vries (1995), p. 181.

776 Glastra van Loon (2001), p. 41 en p. 51.



tele methodologie, vanuit een vooruitgangsgeloof door wetenschappelijke prestaties.⁷⁷⁷ Gaandeweg heeft de wetenschappelijke kennis de niet-empirische kennis van de gang van zaken vervangen als de bron van zekerheid over de natuurlijke omgeving van mensen. Het superieure karakter van wetenschappelijke kennis wordt gebaseerd op objectiveerbare (zuivere) bronnen, zoals de wiskunde en meetkunde.⁷⁷⁸ Bijkomend sociaal verschijnsel van de sprong van alledaagse naar wetenschappelijke kennis, is dat de wereld sinds de 17^e eeuw een onbegrensde ruimte lijkt te zijn voor industriële exploitatie.⁷⁷⁹

Met name in de afgelopen eeuw is de Cartesiaanse kennisleer bijgesteld en verworpen, met name sinds de kennistheorie van Karl Popper. De kern daarvan is dat wetenschap niet draait om het nastreven van 'zekerheid' over feiten en wetmatigheden, maar om het constant verbeteren van feilbare theorieën.⁷⁸⁰ Dit is een belangrijke breuk geweest met het klassieke mechanistische, noem het naïef positivistische, beeld van de wetenschap. In reactie op deze Popperiaanse kennistheorie hebben de wetenschapsfilosofen Kuhn en daarna Lakatos voor de beslissende wending gezorgd. Kort gezegd: Kuhn met zijn stelling dat het gebruik van theorieën berust op een *keuze* om bepaalde prestaties en methoden van voorgangers te accepteren als maatgevend,⁷⁸¹ Lakatos met zijn stelling dat in de wetenschap ruimte bestaat voor de reconstructie van de historisch gemaakte keuzen, waardoor nieuwe kennis kan ontstaan.⁷⁸² Zo wordt ook duidelijk dat wetenschap een kwestie van ontwikkeling van kennis is, in plaats van ontdekking van feiten op basis van 'zuivere wetenschap'. In plaats daarvan is kennisontwikkeling een cultureel afhankelijk proces van consensusvorming in een netwerk van wetenschappers.⁷⁸³ Dit wil zeggen dat wetenschappelijke kennis op discursieve wijze ontstaat, in variabele netwerken van meer of minder gelijkgezinde wetenschappers.⁷⁸⁴

*Het moderne wetenschapsbedrijf drijft op de overtuiging dat het onttrokken is aan de politieke bemiddeling die de intersubjectieve betrekkingen kenmerken. (...) Integendeel blijkt dat feiten worden gemaakt of geconstrueerd. Les faits sont faits.*⁷⁸⁵

Door de filosoof Toulmin is in dit verband in het bijzonder ingegaan op de mogelijkheden en beperkingen van de groei van menselijke kennis.

The problem of human understanding is a twofold one. Man knows, and he is also conscious that he knows. We acquire, possess, and make use of our knowledge; but at the same time, we are aware of our own activities as knowers. In consequence, human understanding has developed historically in two comple-

777 Vuyk (1990), p. 170. Dijksterhuis (1975).

778 De Vries (1995), p. 22.

779 Glastra van Loon (2001), p. 41.

780 Over Popper: De Vries (1995), p. 53.

781 Kuhn (1962), m.n. hfst. 9,

782 Lakatos (1978), p. 133. De Vries (1995), p. 115.

783 De Vries (1995), p. 148 en

784 De Vries (1995), p. 147, Gutwirth (2000), pp. 64 e.v.

785 Gutwirth (2000), p. 65 en p. 68.



*mentary ways: it has grown, but at the same time it has deepened, so becoming at once more extensive and more reflexive.*⁷⁸⁶

Het is Toulmin te doen om een adequaat beeld van de wijze waarop de methoden die tot menselijke kennis leiden, zich kunnen beroepen op intellectueel gezag. Om wetenschappelijk gezag te hebben, zijn volgens hem criteria nodig waarlangs de methode van kennisverwerving kan worden gewaardeerd.⁷⁸⁷ Toulmin start daarbij met de ironische constatering dat de moderne opvattingen over kennis gebaseerd zijn op drie premissen van de 17^e wetenschapsopvatting, die volgens hem hopeloos verouderd en onbruikbaar zijn:⁷⁸⁸

- de natuurlijke orde is vast en voorspelbaar, en mensen kunnen deze orde kennen op basis van universele en onveranderlijke natuurwetten;
- er is een fundamenteel verschil tussen de empirische feiten en het menselijke bewustzijn waarin die feiten kunnen worden afgespiegeld (*mind versus world*).
- de meetkundige kennis en methoden zijn de standaard voor alle vormen van kennisverwerving.

Deze premissen passen niet meer bij de huidige tijd en moeten hoognodig worden opgegeven voor een nieuwe opvatting van het proces van kennisverwerving door nadenkende praktijkmensen die bereid zijn zich te laten leiden door hun idealen, zo stelt Toulmin.⁷⁸⁹ De wijze waarop kennis in de huidige tijd wel tot stand komt en kan groeien, kan daarom volgens hem in twee nieuwe premissen worden gevat:

- *reflexiviteit*: de hedendaagse kennis over de natuur en de mens is reflexief, omdat de factoren 'toevalligheid' en 'veranderlijkheid' niet worden ontkend of weg verklaard, maar juist expliciet onderdeel zijn van het proces van kennisverwerving. Zonder de erkenning van toeval en verandering is tegenwoordig zelfs sprake van minder gezag voor de verworden kennis dan het geval is met die erkenning;⁷⁹⁰
- *redelijke beslissingen*: mensen komen tot kennis op basis van redelijke beslissingen, dat wil zeggen dat zij streven naar een evenwichtige keuze tussen *harde feiten, gedeelde waarden en concurrerende belangen*. Met andere woorden, er wordt verder gedacht dan mogelijk zou zijn met een beroep op 'zuiver rationele wetenschap', omdat die benadering blijft steken op het niveau van rationele oordelen en niet toe komt aan de realiteit van redelijke beslissingen.⁷⁹¹

Het idee van de suprematie van 'zuivere wetenschap' leeft echter nog voort buiten de wetenschapsbeoefening. Dit is treffend samengevat door de filosoof Paul Feyerabend.

*The theoretical authority of science is much smaller than it is supposed to be. Its social authority, on the other hand, has by now become so overpowering that political interference is necessary to restore a balanced development.*⁷⁹²

786 Toulmin (1972), p. 1.

787 Toulmin (1972), p. 11.

788 Toulmin (1972), p. 13.

789 Toulmin (2001), p. 252.

790 Toulmin (2001), p. 247.

791 Toulmin (2001), p. 241 en 251.

792 Feyerabend (1975), p. 166 (appendix 1).



Voor leken en beleidsmakers blijkt het idee van de vermeende zuiverheid van evidente wetenschappelijke kennis zeer aantrekkelijk te zijn. Het biedt hen de mogelijkheid om geen aanstoot te nemen aan twijfel over de 'zekerheid van de feiten' of de 'wetmatigheid van de wereld'. Het credo is dat zuivere feiten gebruikt moeten worden om als vanzelf tot de beste oplossing van een (beleids-)probleem te komen, tegen de minste kosten.

*Besluitvorming is zo gezien een lineair proces: beginnend met de vaststelling van de feiten en de raadpleging van deskundigen omtrent de wetenschappelijk vastgestelde mogelijkheden deze te veranderen, gevolgd door een discussie over de wenselijkheid van bepaalde doelen gegeven de daaraan verbonden kosten, het nemen van een besluit in de vorm van een keuze uit de gegeven mogelijkheden, uitmondend in een praktische uitvoering van dat besluit.*⁷⁹³

- De fictie is dat aan het begin een zekerheid van de feiten en wetmatigheden wordt aangenomen, die vervolgens de uitkomst van de besluitvorming bepalen.⁷⁹⁴ Dit past ook bij de orderingsbenadering, waarbinnen geen ruimte bestaat voor twijfel over de zuiverheid van de informatie die tot de regelgeving en controle leidt. Zuiverheid voorkomt onzekerheid over de uitgangspunten en effecten van het beleid. Immers, er is 'zekerheid' omdat de oplossing voor een maatschappelijk probleem al ingebakken zit in de 'vondst' van de feiten en wetmatigheden. Het gevolg is echter dat deze benadering onvermijdelijk voor een kloof komt te staan tussen de wetenschappelijke onmogelijkheid om zekerheid over feiten te bieden en de maatschappelijke verwachting over zekerheid over de 'feiten'. Het voorzorgsbeginsel is als een brug die deze kloof moet overbruggen.

Anders dan in de beleidsarena wordt voorondersteld, is in de kenniswetenschappen geen sprake van een primaat voor de 'zuivere wetenschap' als ultieme bron van kennis. Het cruciale punt is dat feiten niet tot overeenstemming over een antwoord dwingen. Daarvoor is eerst nog een waarderend oordeel nodig, op basis van een geaccepteerde maatstaf voor die beoordeling.⁷⁹⁵ Dit impliceert dat de wetenschappen begrepen moeten worden vanuit de interpreterende en dus talige praktijken van de wetenschappers. Door Korthals is wat dit betreft treffend betoogd dat deze praktijken plaatsvinden tegen een contextuele achtergrond van belangen, beslissingen, discussies en aanspraken.⁷⁹⁶

*(...) er is niet een rotsblok van onbetwiste feiten of een rationele methode, die kan dienen als demarcatie van wetenschap met het alledaagse leven. Wetenschap bouwt niet op een zekere basis voort, maar is principieel fallibel; wetenschap is ten diepste dynamisch, ze behoeft correctie en kritiek, zowel van binnen de wetenschap als van buiten de wetenschap.*⁷⁹⁷

⁷⁹³ Glastra van Loon (2001), p. 157-158.

⁷⁹⁴ Glastra van Loon (2001), p. 158.

⁷⁹⁵ Toulmin (2001), p. 235.

⁷⁹⁶ Korthals (1994), p. 10.

⁷⁹⁷ Korthals (1994), p. 11



Kennis is daarom cultureel betrekkelijk en een talig-sociale praktijk.⁷⁹⁸ Deze praktijk is afhankelijk van de constructie van een gedeelde maatstaf, die altijd een afspiegeling zal zijn van eerdere gebeurtenissen en van sociale netwerken. Hierover kan worden opgemerkt dat dit aansluit bij het inzicht van Wittgenstein en andere filosofen, dat het benoemen van dingen tot 'feiten' een menselijke activiteit is waarvoor de mens alleen de taal als instrument ter beschikking heeft (zie § 2.3). Het benoemen van iets 'als een feit' is altijd een taalhandeling. En voor taalhandelingen geldt dat zij in verschillende situaties kunnen worden uitgevoerd en dat daarvoor verschillende spelregels kunnen gelden, afhankelijk van de aard en plaats van het taalspel.⁷⁹⁹

Met andere woorden, niet de empirische werkelijkheid maar het wetenschappelijk taalspel levert het fundament voor de ervaring, voor de vaststelling van 'feiten', voor de overeenstemming over goede en foute wetenschappelijke conclusies. De filosoof Toulmin zegt het zo.

*Even in natural science the standards for reappraising our existing stock of ideas are not self-evident; rather, our practical choice of intellectual standards shows what results we feel entitled to demand on theoretical grounds in our intellectual dealings with the world, and what deficiencies we are prepared to recognize in our current ideas – in short, what conception we actually work with of our own epistemic situation. A realistic grasp of that situation, is the best protection against moral or intellectual vertigo. Equally, it is the deeper basis on which all well-founded criticism must rest.*⁸⁰⁰

De rechtvaardiging van kennis is dus niet in de empirische werkelijkheid te vinden en doemt niet op uit een verzameling 'dingen'. Wetenschappelijke kennis ontstaat binnen specifieke taalspelen waarin 'feiten' tot 'dingen' worden benoemd, berekend of gemeen.⁸⁰¹ Dit betekent dat ook deze kennis uiteindelijk niets meer of minder is dan een door de geschiedenis ingekleurde interpretatie van de werkelijkheid, op basis van de maatstaf die op dat moment geschikt wordt geacht voor de interpretatie.⁸⁰² Door de wetenschapsfilosoof Quine is dit de '*historicist turn*' genoemd. Krachtiger dan met de volgende uitdrukking van hem kan het haast niet worden gezegd:

*the totality of our so-called knowledge of beliefs is a man-made fabric.*⁸⁰³

De conclusie is dat het kennisproces in de wetenschappen bestaat bij de gratie van het interpreteren door wetenschappers, tegen een achtergrond van belangen, beslissingen, discussies, personificaties en waarheidsaanspraken.⁸⁰⁴ Er bestaat daarom geen waardevrije, methodologisch zuivere wetenschap. Ieder onderzoek vindt plaats binnen een historische, sociale en normatieve context en daarbij kan gekozen worden uit verschil-

798 Toulmin (2001), p. 225.

799 Wittgenstein (1953), nr. 389.

800 Toulmin (1972), p. 3.

801 Zie par. 3.2.

802 Kuhn (1962). Kuhn noemt dit de '*historicist turn*'.

803 Quine (1961), p. 42.

804 Korthals (1994), p. 10.



lende wetenschappelijke methoden.⁸⁰⁵ Hierbij moet nog worden opgemerkt dat er verschillende soorten wetenschappelijke onzekerheid bestaan. Kort gezegd, kan er sprake zijn van onzekerheid door een tekort aan kennis, door verschillen van inzicht of door te complexe of onbepaalde kennis van de relaties tussen oorzaken en gevolgen.⁸⁰⁶

Het is de vraag in hoeverre dit gevolgen heeft voor de milieurechtspraktijk. In het recht gaat het immers niet om natuurwetenschappelijke kennis, maar om de *juridische* waarheid in termen van rechtsgevolgen van handelingen. Die waarheid is echter onvermijdelijk afhankelijk van wetenschappelijke kennis over de aard en omvang van de milieuproblemen, en dus van opvattingen over de totstandkoming en geldigheid van die wetenschappelijke kennis. In de treffende woorden van Gutwirth is het milieurecht wat dit betreft een 'bevoorrechte ontmoetingsplaats' tussen het recht en de wetenschappen.⁸⁰⁷

Tussen het bewijzen in het recht en het zoeken naar wetenschappelijk bewijs in de natuurwetenschappen bestaat een kenmerkend verschil. Het laatste kent geen principiële grens tussen het onbewezene en het bewezene. Maar in het taalspel van het recht moet die grens juist wel ergens worden getrokken, omdat het recht op een gegeven moment moet worden vastgesteld zoals het dan is. Aangezien hiervoor empirisch gesproken geen rechtvaardiging bestaat (daarover is immers onzekerheid), voltrekt de grensmarkering in het recht zich op 'bemiddelende' wijze, via het juridisch oordeel dat de feiten in het voorliggende geval zus-en-zo zijn. Daarmee beëindigt de juridische beslissing de principiële twijfel over de wetenschappelijke kennis. Deze kunstgreep van het recht is onvermijdelijk en wordt gelegitimeerd via positief-rechtelijke bewijsregels.⁸⁰⁸ Precies op dit punt heeft het voorzorgbeginsel zijn nut: het zet aan tot wetenschappelijke evaluatie en tot bepalen van potentieel schadelijke gevolgen.⁸⁰⁹ Anders gezegd, het beginsel geeft in algemene termen een maatstaf voor de juiste uitvoering van de 'kunstgreep' van de juridische beslissing over onzekere feiten. Het toepassingsresultaat daarvan is dat besloten wordt over al dan niet handelingen en over de aard van eventuele maatregelen.⁸¹⁰ Waarbij de kanttekening gemaakt kan worden dat de twijfel over het resultaat geen rechtvaardiging is voor een willekeurige keuze. Daarom moet het toepassingsresultaat gebaseerd worden op een zo grondig mogelijke beoordeling van de wetenschappelijke informatie die wel beschikbaar is over het potentiële risico, gelet op de bijzondere omstandigheden van het geval.⁸¹¹

805 Korthals (1994), p. 12.

806 Schiller (2005), p. 7. Gezondheidsraad (2008), p. 107.

807 Gutwirth (2000), p. 80.

808 Bruggink (1992), p. 51, o.v.n. R. Van Haersolte, 1968, p. 152-153.

809 Mededeling Commissie EU (2000), § 5.1.

810 Mededeling Commissie EU (2000), § 5.2.

811 Zo ook Gerecht van Eerste Aanleg EG, 11 september 2002, zaak T-13/99 (Pfizer), JM 2003/26, r.o. 162.



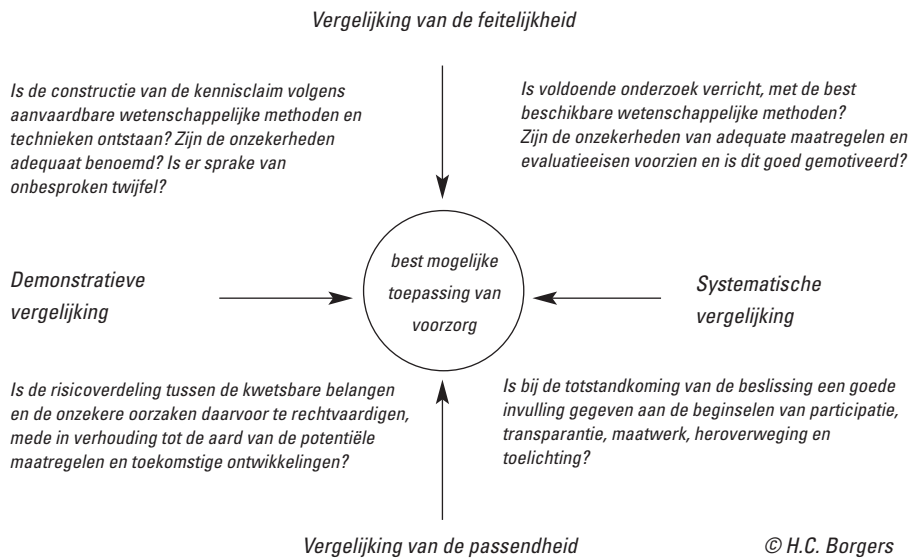
De dimensies waarmee het toepassingsresultaat van het voorzorgbeginsel kan worden bepaald, kunnen nu nader worden uitgewerkt. Voor dat resultaat zal een proces van rechtsvinding moeten worden uitgevoerd.

1. *Dimensie van het positieve recht ("hoe moet het?")*. Deze dimensie leidt tot de vraag of het toepassingsresultaat dat is bereikt, geoorloofd is volgens het toepasselijke regel- en procedurestelsel. Voorbeelden hiervan zijn de toets op bevoegdheid, op inspraak, op termijnen, op bekendmakingregels en of het resultaat gebaseerd is op een toepasselijk afwegingskader. In deze dimensie kan worden vastgesteld welke variant van het voorzorgsbeginsel toepasselijk is, gelet op het nationale of internationale juridische kader dat specifiek aan de orde is. En niet onbelangrijk is dat een beslissing moet worden genomen over de verdeling van de bewijslast tussen de betrokken partijen. Want voorzorg vereist beslissingen over kennisonzekerheden (kennistekort, kennisverschil, complexe kennis), die in het wetenschappelijk discours zijn opgekomen. Degene die daarvan de bewijslast draagt zal het best mogelijke toepassingsresultaat van voorzorg moeten onderbouwen.
2. *Feiten en omstandigheden ("hoe is het?")*. De tweede dimensie gaat over de vergelijking of het toepassingsresultaat begrijpelijk is in het licht van de empirische context. Dit raakt onmiddellijk de essentie van het voorzorgsbeginsel, omdat de toepassing juist plaats vindt in een context van onzekerheid. Bij voorzorg gaat het erom dat wetenschappelijk verantwoorde uitspraken worden gedaan over de onzekerheid van de relevante feiten en omstandigheden.
3. *Dimensie van de groundbegrippen ("hoe hoort het?")*. Het voorzorgsbeginsel maakt natuurlijk deel uit van deze dimensie. Tegelijkertijd staat het daarbij in verband met andere groundbegrippen, zoals de beginselen van behoorlijk bestuur (o.a. voorbereiding, motivering) en fundamentele mensenrechten zoals het recht op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer.
4. *Dimensie van het morele en maatschappelijke bewustzijn ("wanneer is het goed?")*. Deze vierde dimensie gaat over de vraag of het toepassingsresultaat van voorzorg te verenigen valt met het rechtsbewustzijn, zoals over de volksgezondheid en de duurzame kwaliteit van het milieu. Dit is een belangrijke dimensie omdat in de rechtspraktijk steeds uitdrukkelijker gebruik wordt gemaakt van voorzorg in situaties van onzekerheid. De omgang met onzekerheden in concrete situaties is steeds duidelijker een geaccepteerd onderdeel van het rechtsbewustzijn. Op basis van de normatieve grondslag van het milieurecht kan voorzorg leiden tot de vereiste dat partijen extra maatregelen nemen of een project of activiteit op andere wijze inrichten. Na de toepassing van voorzorg is de situatie van onvolledige wetenschappelijke kennis daarvoor geen excuus.⁸¹² Op wiens schouders de beheersing van onzekere risico's rust, is een kwestie van maatschappelijke risicotoe-deling, waarvan de motieven en gevolgen met recht kunnen worden beargumenteerd en getoetst.

812 Vgl. Gerecht van Eerste Aanleg EG, 11 september 2002, r.o. 170.



Samengevat, geeft het voorzorgbeginsel richting aan de belangenafweging in een situatie van kwetsbaarheid of dreigende schade,⁸¹³ die ondanks een onzekerheid over de omvang of effecten toch om een beslissing over de te treffen maatregelen vraagt.⁸¹⁴ Afgezet tegen het ideaaltypisch model voor rechtsvinding (§ 4.3), levert dit het volgende beeld op van het juridisch denkproces dat nodig is voor de toepassing van voorzorg. Dat wil zeggen voor de beslissing hoe er volgens de procedures, regels en principes van het recht gehandeld moet worden indien er sprake is van onzekerheid over de vraag hoe groot een risico is of over de vraag welke risico's verantwoord zijn danwel om maatregelen vragen.



In zijn rapport over voorzorg en onzekerheid concludeert de WRR dat een adequate variant van het voorzorgbeginsel in de Grondwet moet worden opgenomen.⁸¹⁵ Een vergelijkbaar codificatieadvies is gedaan door de STEM, maar dan zelfs voor alle milieubeginselen doch niet in de Grondwet maar in de milieuwetgeving.

Om coherentie in het milieurecht te bewerkstelligen zou kunnen worden overgegaan tot codificatie van de milieubeginselen in de Nederlandse milieuwetgeving. Overigens betekent dit niet dat er niet nog vele vragen leven over inhoud en juridische afdwingbaarheid van deze beginselen: deze discussie moet nog volop gevoerd worden en zal onderhevig zijn aan rechtsontwikkeling.⁸¹⁶

813 De WRR (2008b) zet in op 'kwetsbaarheid', gangbaarder is de toepassing vanwege 'dreigende schade'.

814 Gezondheidsraad (2008), p. 105.

815 WRR (2008/b), pp. 184 e.v.

816 STEM (2009), p. 94.



Feitelijk is het overigens niet nodig om beginselen te codificeren: voor hun gelding zijn zij niet afhankelijk van een erkenningshandeling van een wetgever. Wat dat betreft geldt voor alle rechtsbeginselen geen *rule of recognition* zoals die wel bestaat voor positieve rechtsregels. Immers, beginselen gelden omdat en voor zover zij het noodzakelijk referentiekader aandragen voor de normatieve interpretatie van rechtsregels.⁸¹⁷

*De practicus bekijkt, aldus blijkt, de wet in het licht van allerlei beginselen.*⁸¹⁸

Maar, een codificatie kan wel helpen. Zeker omdat de Afdeling Bestuursrechtspraak daar nogal veel waarde aan hecht.

*Het voorzorgbeginsel is voorts geen in de Wet milieubeheer gecodificeerd beginsel en evenmin een beginsel dat verweerders in het kader van hun beoordelingsvrijheid hebben opgenomen in hun beoordelingsregels.*⁸¹⁹

Deze uitspraak gaat eraan voorbij dat de gelding van het voorzorgbeginsel niet afhankelijk is van codificatie. En wat betreft de beoordelingsvrijheid moet worden bedacht dat deze vrijheid geen feitelijk vraagstuk is, in de trend van: “is voorzorg in het beleid van het bevoegd gezag opgenomen?” De toepassing van voorzorg is een normatieve kwestie: “is er aanleiding om voorzorg toe te passen bij de beoordeling van het desbetreffende ruimtelijke project of de milieurelevante activiteit, om daarmee de onzekerheden in het bestuurlijk besluit te rechtvaardigen?”

In latere uitspraken kiest de Afdeling Bestuursrechtspraak een alternatieve strategie met betrekking tot de toepassing van voorzorg.⁸²⁰ Volgens de afdeling is de toepassing van voorzorg afhankelijk van de vraag of het beginsel in het toepasselijke specifieke juridische kader is opgenomen:

- indien voorzorg een onderdeel is van het toetsingskader uit een (vaak Europese) wettelijke regeling of het daarbij horend beleid, moet het conform dat toetsingskader worden toegepast in bestuurlijke besluiten;⁸²¹
- indien geen wettelijke variant van voorzorg voorhanden is, wordt er niet direct getoetst aan het beginsel van voorzorg (want dan geldt dat beginsel kennelijk niet) maar wordt indirect toch voorzorg toegepast op basis van de eisen van zorgvuldige voorbereiding en motivering. Dit is in wezen de 3^e variant van voorzorg, zoals eerder in deze paragraaf genoemd.

In een recente zaak bij de Afdeling was sprake van een toetsingskader waarin voorzorg een expliciet onderdeel van is.⁸²² Het geschil betreft een besluit van 28 augustus 2009 van de ministers van Economische Zaken en van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Orde-

817 Soeteman (1991), p. 35 en p. 38.

818 Ter Heide (1967), p. 6.

819 ABRvS 12 mei 2000, MenR 2000/9, nr. 93 (m.nt. Verschuuren onder nr. 94).

820 ABRvS 19 september 2007, besproken in Aerts/Brans (2009), p. 146, en ABRvS 14 januari 2009, BR 2009/584, besproken in Barkhuysen/Onrust (2010), p. 72.U978P9Z9VYSPWFST5QBW6DCEZJG2WH2TXCUENBN7ZMAZ2T6

821 ABRvS 12 mei 2000, MenR 2000/9, nr. 94, m.nt. Verschuuren; ABRvS 28 juli 2004, AB 2005, 8; ABRvS 22 december 2004, JB 2005/60 (Kokkelvisserij).

822 ABRvS 29 december 2010, nr. 200908100/1/R1, LJN: BO9217, MenR 2011/92.



ning en Milieubeheer,⁸²³ waarbij het “Inpassingsplan Zuidring Wateringen – Zoetermeer (380 kV leiding)” is vastgesteld. Dit plan voorziet in de aanleg van een nieuwe 380 kiloVolt hoogspanningsverbinding van ongeveer 20 kilometer tussen Wateringen en Zoetermeer (de zogenoemde Zuidring). Circa 10 kilometer van de Zuidring zal ondergronds worden aangelegd en het overige deel verschijnt bovengronds. Er wordt beroep ingesteld door een grote groep appellanten, waaronder veel omwonenden en grondeigenaren en een aantal milieuverenigingen. De zaak spitst zich onder andere toe op de gezondheidseffecten die in de milieueffectrapportage zijn beschreven. Tussen de partijen is niet in geschil dat in de omgeving van de hoogspanningsverbinding een magnetisch veld zal ontstaan. Voor de effecten daarvan wordt onderscheid gemaakt tussen korte termijn en lange termijn effecten. De korte termijn effecten worden veroorzaakt door de opgewekte elektrische stroom in het lichaam, maar voor de lange termijn effecten is geen aannemelijk biologisch mechanisme vastgesteld. De Afdeling constateert dat voor de blootstelling aan dit soort magnetische velden geen wettelijke normen zijn vastgesteld en dat in het beleid wordt uitgegaan van twee referentieniveaus.⁸²⁴

- Voor de korte termijn effecten geldt het referentieniveau van 100 microtesla (μT). Dit niveau wordt door de Europese Unie aanbevolen. Uit informatie bij het bestreden besluit blijkt dat deze advieswaarde nergens in Nederland wordt overschreden.
- Voor de lange termijn effecten geldt een adviesnorm van 0,4 μT als jaargemiddeld magneetveld waaraan kinderen tot 15 jaar niet zouden moeten worden blootgesteld. Deze adviesnorm is gebaseerd op nationaal beleid, met expliciete verwijzing naar het Europese voorzorgbeginsel. Het beleidsadvies is dat bevoegde instanties zoveel als redelijkerwijs mogelijk vermijden dat er nieuwe situaties ontstaan waarbij kinderen langdurig⁸²⁵ in een gebied rond bovengrondse hoogspanningslijnen verblijven (in woningen, scholen, crèches en kinderopvangplaatsen).

Diverse appellanten claimen dat de norm van 0,4 μT arbitrair is omdat uit onderzoek zou blijken dat het risico op kinderleukemie mogelijk al is verhoogd bij magneetveldsterkten tussen 0,2 en 0,5 μT . En sommige appellanten betogen dat uit het voorzorgsbeginsel voortvloeit dat de gezondheid van de mens op geen enkele wijze risico mag lopen. De ministers verweren zich onder andere met een analyse van het RIVM van de beste beschikbare gegevens over het verband tussen de sterkte van het magnetisch veld en het risico op kinderleukemie. Daaruit blijkt dat de rapporten die een risico beschrijven bij veldsterkten hoger dan ergens tussen 0,2 en 0,5 μT minder representatief zijn dan de rapporten die op het referentieniveau van 0,4 μT uitkomen.

De Afdeling concludeert hierover dat de appellanten niet aannemelijk hebben gemaakt dat het terzijde laten van de laagste norm van 0,2 μT niet gebaseerd zou zijn

823 Thans de minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie en de minister van Infrastructuur en Milieu.

824 r.o. 2.16.1 en 2.16.2. Zie over het beleid voor hoogspanningsleidingen uitgebreid: Aerts/Brans (2009), pp. 144 e.v.

825 Langdurig is omschreven als 14 tot 18 uur per dag gedurende minimaal één jaar.



op het best beschikbare wetenschappelijke onderzoek.⁸²⁶ En na een uitgebreide analyse van de wijze waarop de ministers de informatie uit dat onderzoeksmateriaal hebben gebruikt en hoe zij daarbij rekenschap hebben gegeven van de bestaande onzekerheden over de mogelijke gezondheidsrisico's, beslist de Afdeling dat de ministers *in redelijkheid de beleidskeuze* hebben kunnen maken voor een magneetveldzone van 0,4 μ T. De ministers hebben volgens de Afdeling voldoende invulling gegeven aan het voorzorgbeginsel.

In vergelijking met het ideaaltypisch model van rechtsvinding kan deze relevante uitspraak als volgt worden samengevat en geanalyseerd. Het uitgangspunt is dat het recht in deze casus niet onmiddellijk houvast biedt, omdat er geen wettelijke normen zijn vastgesteld voor de magneetveldsterkte. Het bevoegd gezag moet daarom op zoek naar de toepasselijke norm. Een typisch geval van rechtsvinding.

1. *Dimensie van het positieve recht ("hoe moet het?")*. Het bevoegd gezag maakt gebruik van een rapport met de titel BAHLOO, waarin de adviesnorm van 0,4 μ T is voorgesteld voor de veldsterkte bij bovengrondse hoogspanningsleidingen. De Afdeling hecht er waarde aan dat dit rapport specifiek bedoeld is om op basis van de beschikbare wetenschappelijke informatie tot beleid te komen dat uitvoerbaar is en dat kan rekenen op een breed draagvlak bij publieke en maatschappelijke instellingen. De adviesnorm in het beleidsdocument is daarom met zoveel mogelijk relevante partijen afgestemd. De conclusie is daarom dat de adviesnorm een redelijke bestuurlijke keuze is, ook omdat is meegewogen dat een lagere veldsterkte ingrijpende (ruimtelijke) gevolgen kan hebben.
2. *Dimensie van de feiten en omstandigheden ("hoe is het?")*. In de uitspraak valt op dat de Afdeling veel waarde hecht aan de analyse van het RIVM van de beschikbare wetenschappelijke onderzoeken over de lange termijn gezondheidseffecten. Deze analyse is gebruikt als onderbouwing voor het bestreden besluit. Het onderzoek waar sommige appellanten zich op hadden gebaseerd om de norm van 0,4 μ T te betwisten, is onderdeel van die analyse en wordt daarin afgezet tegen andere onderzoeken. Met als conclusie dat die andere onderzoeken representatiever zijn. De Afdeling legt vervolgens de bewijslast van de juistheid van deze conclusie bij de appellanten. Dat is goed te volgen, aangezien de appellanten de uitkomst van het RIVM rapport aanvechten met een bron uit dat rapport.
3. *Dimensie van de grondbegrippen ("hoe hoort het?")*. De norm voor de maximale veldsterkte van de bovengrondse hoogspanningsleiding is een betwiste norm, waarbij het bestuur over beslissingsruimte beschikt. Het voorzorgbeginsel kadert deze beslissingsruimte nader in, omdat sprake is van wetenschappelijke onzekerheid. De uitspraak van de Afdeling maakt duidelijk dat dit niet betekent dat er geen enkel risico mag bestaan. Het voorzorg wordt in dit geval uitgelegd aan de hand van de Mededeling van de Commissie van de Europese Gemeenschappen over het voorzorgsbeginsel,⁸²⁷ waaruit blijkt dat voorzorg niet tot een nulrisico

826 r.o. 2.17.2.

827 Mededeling Commissie EU (2000).



leidt maar betrekking heeft op de wijze waarop wordt omgegaan met onzekerheid.⁸²⁸ Als gezegd, precies op dit punt heeft het voorzorgbeginsel zijn nut omdat het een maatstaf levert voor de juridische interpretatie van onzekere feiten in relatie tot de redelijkheid van de maatregelen die daarvoor getroffen moeten worden.

4. *Dimensie van het morele en maatschappelijke bewustzijn* (“wanneer is het goed”). De Afdeling bespreekt diverse opvattingen uit diverse landen van de Europese Unie over de hoogte van de norm voor de korte en lange termijn effecten van magneetvelden. Daaruit blijkt dat het Nederlandse beleidsadvies verder gaat dan de normstelling in andere landen, voor zover die al een normstelling hebben voor de lange termijn effecten. Bovendien wordt uitdrukkelijk aangehaald dat de beleidskeuze van 0,4 μT in brede kring is besproken en geaccepteerd en dat daarbij ook rekening is gehouden met de ongewenste financiële en maatschappelijke gevolgen van een lagere norm voor (ruimtelijke) projecten in een dichtbevolkt gebied.

Deze Afdelingsuitspraak geeft goed weer dat het voorzorgbeginsel als norm richting geeft aan de belangenafweging in situaties van kwetsbaarheid of dreigende schade, die weliswaar onzeker zijn maar die daarom toch om een beslissing over de te treffen maatregelen vragen. Ook in geval van het best mogelijke toepassingsresultaat blijft sprake van wetenschappelijke onzekerheid. En actoren kunnen met elkaar van mening verschillen over de mate waarin ‘voorzorg’ betracht moet worden. In feite claimen zij dan een verschillend normatief gevolg van de toepassing van voorzorg (voorzorg-als-norm), vanwege de twijfel over de feiten en de ernst van de gevolgen (risico).

In normatieve zin gaat het bij voorzorg om de vraag, wat met de twijfel is gedaan. En dat handelen, dus de omgang met twijfel, is uitvoerbaar binnen het taalspel van het recht. Het kan daarin in verschillende bewoordingen aan het licht treden: is het terecht om bepaalde preventieve maatregelen na te laten, is de vrees voor schade gegrond, is het gerechtvaardigd dat maatregelen moeten worden getroffen, wat is het bewijs of wat is de reden voor het ontbreken van bewijs voor de oorzaak, omvang of waarschijnlijkheid van de schade? Het cruciale punt van voorzorg-als-norm is in al deze situaties dat daarbij sprake is van een dubbele beslissing, namelijk een wetenschappelijke en een juridische beslissing.

- De wetenschappelijke beslissing is gericht op een evaluatie van de betekenis van de feiten, inclusief een redelijk begrip van de mate van onzekerheid over de kans op die feiten, over de kans op bepaalde gevolgen en over de mogelijkheden om die kansen met een zekere mate van succes te beïnvloeden.
- De juridische beslissing gaat over het best mogelijke toepassingsresultaat van de rechtsnormen die relevant is (zoals 0,4 μT of 0,2 μT ?) voor het concrete geval, in het licht van beslissing over de onzekere feiten die voortvloeit uit het wetenschappelijke discours.

⁸²⁸ r.o. 2.17.4.



De bestuurlijke beslissingsruimte en de rechterlijke toets van het besluit kan in het geval dat voorzorg niet zonder wetenschapsvinding. Dit maakt het onvermijdelijk dat het bestuur en de andere betrokken actoren actief naar onzekerheden zoeken en hierover tot een conclusie komen die het best mogelijke resultaat voor hun situatie is. Met dat resultaat wordt een norm voor het handelen vastgesteld met de wetenschap van onzekerheid. Anders dan Pieterman c.s. stellen, geeft het voorzorgbeginsel zo wel richting aan beslissingen.⁸²⁹

De rechtspraak heeft gaandeweg ontdekt wat de normatieve betekenis van het voorzorgbeginsel is. De tijd is daarom rijp dit beginsel te codificeren.⁸³⁰ Niet om daarmee de gelding van het beginsel te vestigen maar wel om daarmee een praktijk van rechtsvinding te bestendigen op basis van een belangenafweging die oog heeft voor de gevolgen van wetenschappelijke complexiteit, onzekerheid en onwetendheid. Dit is al eerder met kracht betoogd door Verschuuren.

Als beginselen zijn gerelateerd aan de doelstellingen van de betreffende wet, dan wordt de belangenafweging in een concreet geval voor bestuursorganen en de rechter gemakkelijker.⁸³¹

De wetgever kan zijn duit in het zakje doen door de uitvoeringspraktijk duidelijk te maken wat de normatieve functie van milieurechtelijke beginselen zoals het voorzorgbeginsel is in het stelsel van het milieurecht. Want de milieubeginselen zijn allang beschikbaar om toegepast te worden in de rechtspraak. Het is aan de wetgever om het belang daarvan te bestendigen en om congruentie aan te brengen tussen het wettelijke systeem en de praktijkbehoefte van evenredige besluitvorming. Die praktijk is gestoeld op beginselen, ook milieubeginselen en zeker ook het voorzorgbeginsel.

Mochten vandaag de tien geboden van het (inter)nationaal milieurecht worden opgesteld, dan zou het voorzorgsbeginsel zeer hoog op de lijst belanden, zo niet bovenaan.⁸³²

4.5. Afronding

Milieurechtelijke normen kunnen milieubescherming en duurzaam handelen bevorderen. Deze invloed van het milieurecht op de oplossing van milieuproblemen is afhankelijk van de toepassingsresultaten die in de rechtspraak worden gevonden. Dit is het antwoord op de derde onderzoeksvraag, over hoe het bevoegd gezag tot milieurechtelijke besluiten komt en hoe de bestuursrechter deze besluitvorming toetst, als de toepassing en betekenis van milieunormen gebaseerd zou zijn op normatieve interactie.

⁸²⁹ Pieterman/Hanekamp/Bergkamp (2006), p. 6.

⁸³⁰ STEM (2005/a), p. 43.

⁸³¹ Verschuuren (1995), p. 110.

⁸³² Trouwborst (2007), p. 198, naar een stelling van D. Bodansky (zie nt. 1 bij Trouwborst).



Het best mogelijke toepassingsresultaat van milieunormen voor concrete situaties is afhankelijk van een proces van rechtsvinding, dat gebaseerd is op een contextuele mix van feiten, positief recht, beginselen en morele en maatschappelijke opvattingen uit de rechtsorde als geheel. En omdat in die orde waarde wordt toegekend aan duurzaam handelen, mag van actoren worden verwacht dat zij daaraan een concrete betekenis geven in hun projecten en milieurelevante activiteiten (zie § 3.4). Hierin is het milieurecht geen neutrale of louter procedurele kwestie. Want iedere contextuele constructie van een milieunorm is meer of minder expliciet een waardeoordeel over de gewenste duurzame milieukwaliteit in het licht van de omstandigheden van het geval. De paradox van effectieve bescherming van het milieubelang is dat deze bescherming het meest gebaat is bij open en voortschrijdende normstelling.⁸³³

De normatieve grondslag van het milieurecht geeft het bestuur de ruimte tot de afstemming van milieubelangen. Dit heeft gevolgen voor de wijze waarop het bestuur bij een ruimtelijk project of milieurelevante activiteit betrokken kan raken, zowel als sprake is van een besluit op aanvraag als bij ambtshalve besluiten. Het afwegingskader voor het concrete besluit en de mogelijkheid voor het bestuur om voorschriften of beperkingen aan de toestemming te verbinden, is op het eerste gezicht gebonden aan de specialiteit van het positiefrechtelijke milieurecht. Dit is het eerste niveau van de normatieve grondslag van het recht. Maar daarmee kan het bestuur niet volstaan. Want voorbij de specialiteit van de sectorale normstelling mag een besluit in een concrete casus niet onevenredig zijn met het oog op de betrokken belangen en maatschappelijke waarden. Het kan in dit verband als een concretisering van het beginsel van positieve evenredigheid worden gezien, dat het resultaat van de bestuurlijke belangenafweging toekomstvast en duurzaam dient te zijn. Dat vraagt om een waardeoordeel over de duurzaamheid van het handelen dat door het besluit mogelijk wordt gemaakt. Dit waardeoordeel betekent dat het bestuur kleur bekent. En wel zo, dat de eigen verantwoordelijkheid van actoren niet langer buiten de bestuursrechtelijke regulering van het milieurecht valt.

In het perspectief van de normatieve interactiebenadering zijn overheidsorganen geen exclusieve vertegenwoordigers van het publiek domein, in die zin dat dit domein pas bestaat als het in wet of beleid is opgeschreven. Het publiek domein en de publieke opinie ('collectief rechtsbewustzijn')⁸³⁴ zijn in gebruik bij iedereen en zij zijn van niemand in het bijzonder. Daarom is het rechtsbewustzijn een dimensie van en tegelijk kritische toetssteen voor juridische beslissingen.

De ontstaansbron van het recht is het rechtsbewustzijn van de mens. Vanuit zijn rechtsbewustzijn heeft de mens begrippen en systemen ontworpen die het recht vormen. Met behulp van die begrippen en systemen maakt de mens rechtsregels en rechtsbeslissingen, waardoor het recht een greep kan krijgen op ons maatschappelijk leven.⁸³⁵

833 Heldeweg (1993), p. 41.

834 Scholten (1931), p. 126.

835 Bruggink (1992), p. 10.

De consequentie van de invloed van het rechtsbewustzijn is dat het recht niet kan worden vereenzelvigd met overheidsrecht, -beleid of -besluiten, omdat recht in eerste en laatste instantie autonoom met de werkelijkheid verbonden is.⁸³⁶ Actoren kunnen hun werkelijkheid zodoende zelf begrijpen en vormgeven met behulp van juridische regels, begrippen en leerstukken. Dit betreft geen rechtsregels die exclusief van de overheid zijn, maar rechtsnormen met een *relatief autonoom* karakter. Ondanks dat dit recht niet *per se* van overheidswege is ontwikkeld, is *per saldo* wel degelijk sprake van regels met het karakter van 'recht', zo valt met Taekema te concluderen.

*Ook hier is het zaak om het praktijkbegrip van recht serieus vol te houden. Als we recht beschouwen als een praktijk (...) waarin de regels vorm krijgen door de wederzijdse verwachtingen van de deelnemers, dan is ook zulke regelgeving recht.*⁸³⁷

Het toepassen van recht, dat wil zeggen het gebruik van juridische handelingsontwerpen in sociale praktijken op basis van normatieve verwachtingen, vraagt daarom om meer dan de lezing van de wet. Dit is mooi verwoord door Smith.

*Recht is niet een feit, maar een oordeel: het is het resultaat van de redelijke afweging van belangen, waarden en doeleinden van het recht en dus de uitdrukking van het oordeel welk belang behoort te prevaleren. En dat is onlosmakelijk verbonden met wereldbeeld en ideologie – met rechtspolitieke keuzes.*⁸³⁸

Aangenomen dat dit juist is, dan heeft dit consequenties voor het recht en de rechtsorde. Het recht biedt dan niet alleen geïnstitutionaliseerde procedures, bevoegdheden en positieve regels voor de besluitvorming van bestuursorganen en voor de uitspraken van rechters. Recht heeft dan tevens een waardegeladen keerzijde, die noodzakelijk is om het recht te kunnen laten functioneren.

*Met de vraag naar de bepaalbaarheid van de in het geding zijnde belangen en hun onderlinge verhouding is immers ook steeds de vraag naar het behoren, een waarderingsvraag, verbonden. (...) De historische werkelijkheid is nooit anders op te vatten dan als een werkelijkheid in de handen van concrete mensen, die haar voortdurend vormen en beleven en in dit beleven het oude transformeren tot het nieuwe. (...) Elke actualisering van het recht is dan altijd meer dan loutere toepassing van een vastliggende afbeelding van de werkelijkheid, maar een toets van de wijze waarop die werkelijkheid verstaan kan en vanuit dat kunnen behoort te worden.*⁸³⁹

Voor de betekenis van het rechtsbewustzijn (publieke opinie) voor milieurechtelijke besluitvorming betekent dit het volgende (zie ook § 2.3.4). Wanneer in een handelings situatie geen onmiddellijk toepasbare en eenduidig uitlegbare rechtsregel voorhanden is (de rechtsbronnen zoals de wetstekst zijn uitgeput, het beleid is ambigue, de interpretatie van een rechtsnorm wordt betwist), dan wordt de opengevallen ruimte

836 Foqué (1987), p. 71.

837 Taekema (2010), p. 21.

838 Smith, C.E. (2009), p. 222.

839 Foqué (1987), pp. 70-71.

niet ingevuld door willekeurige meningen van de betrokken partijen, ook niet van de individuele rechter die uiteindelijk een oordeel moet uitspreken. Die ruimte wordt ingevuld door de toepassing van rechtsbeginselen en door een waardering van de publieke opinie. Deze opinie bestaat uit principiële argumenten over het morele en maatschappelijke bewustzijn van de rechtsgemeenschap.

Met dit *rechtsbewustzijn* is de deur geopend voor achterliggende politieke en beleidsmatige doelen. In deze studie is dit benoemd als de *pointe* van het recht. Hiermee is een normatieve verbinding aangebracht tussen de beslissingsruimte van het besluitvormende bestuursorgaan, de concrete regels en feiten die relevant kunnen zijn voor een ruimtelijke project of de milieurelevante activiteit en de morele en maatschappelijke opvattingen die in de rechtsgemeenschap leven met betrekking tot milieubescherming en duurzaam handelen. Deze wisselwerking tussen beleid, context en rechtsbewustzijn betekent dat ieder besluit over een milieunorm een *waardegeladen beslissingshandeling* is.

Al naar gelang de omstandigheden kan de schaal waarop het rechtsbewustzijn van een gemeenschap in beschouwing wordt genomen, overigens variëren. Soms zal het gaan om het schaalniveau van een decentrale gemeenschap, soms om de nationale of Europese of internationale rechtsorde. De crux van de normatieve interactiebenadering blijft in al die gevallen dat het toepassingsresultaat van een milieunorm altijd mede afhankelijk is van het gezichtspunt op de situatie vanuit de positie van een *geformaliseerd publiek*. Dat publiek is niet letterlijk bij de interactie betrokken; de aanwezigheid wordt voorondersteld. Het geformaliseerde publiek symboliseert de waarden en beginselen van de rechtsgemeenschap die in het toepassingsresultaat van de milieunorm behoren mee te wegen. Via het publiek kan in ieder ontwerp van de milieunorm een verantwoordelijkheid worden meegewogen tegenover de gemeenschap om 'het goede' te doen. Dit goede omvat ook de waarde van duurzaam handelen, wat inhoudt dat het geformaliseerd publiek niet alleen bestaat uit de waarden en beginselen van de rechtsgemeenschap van hier en nu, maar ook van een publiek van elders en later (*unknown others*). Dit maakt een duurzame belangenafweging mogelijk. Volgens de normatieve interactiebenadering zijn actoren (concrete en gegeneraliseerde actoren) per definitie *actieve gebruikers* van het referentiekader van het milieurecht. Vanuit hun eigen rol en verantwoordelijkheid kunnen zij het best mogelijke ontwerp van de milieunorm beïnvloeden. Afhankelijk van hun juridisch erkende status is die invloed meer of minder feitelijk en geproceduraliseerd. Via het collectieve belanghebbendebegrip geldt dit ook voor het geformaliseerd publiek, waaronder ook de belangen van *unknown others* (zie § 2.4.5, § 3.2.1 en § 3.3.1). Maar los van dit vraagstuk van de procesbevoegdheid, biedt de normatieve grondslag van het milieurecht de mogelijkheid om op een duurzaam toepassingsresultaat uit te komen. De essentie is dat handelingsontwerpen mede gebaseerd moeten worden op interactie met een duurzaam publiek. Dit verschaft de grondslag om duurzaam handelen concreet mee te wegen als waarde in het toepassingsresultaat van een milieunorm voor een concreet ruimtelijk project of milieurelevante activiteit.



5. Slotbeschouwing en conclusies

*De perfectie van yeder sack moet niet ghenomen warden by abstractive speculaties, maer insiende wat de materie can lijden.*⁸⁴⁰

Sinds de jaren 1960 is een uitgebreid stelsel van milieuregelgeving ontstaan. In de beginjaren was dit milieurecht vooral bedoeld voor het opruimen van industriële verontreinigingen en het bestrijden van milieurampen. Sindsdien is de doelstelling van het milieurecht stapsgewijs verbreed, tot de bescherming van de gezondheid van huidige en toekomstige generaties en tot het beheer van de kwaliteit van het milieu in zijn algemeenheid. Het milieurecht blijkt in de praktijk echter regelmatig een lastig en moeilijk uitvoerbaar recht te zijn en de aanvaarding ervan door burgers en bedrijven staat onder druk. Er is zelfs sprake van een gevoel van crisis in het milieurecht. Hiervoor kunnen meerdere oorzaken worden aangewezen:

- de verwetenschappelijkte normstelling, voorkeur voor abstracte milieunormen;
- de schijn van rechtszekerheid door deze abstracte milieunormstelling;
- de regeldruk door een versnippering van het recht over zeer veel bronnen;
- de toezichtlast van het huidige systeem van milieurecht.

Het huidige milieurecht blijkt niet flexibel genoeg te zijn om deze knelpunten op te lossen en om voldoende legitimiteit te verwerven. Dit komt doordat het Nederlandse milieurecht gebaseerd is op het uitgangspunt dat de overheid de zorg heeft voor de bescherming en verbetering van het leefmilieu, wat nader is uitgewerkt als een opgave om het milieuge drag van burgers en bedrijven te beperken en te controleren. Met andere woorden, het rechtsgebied is gebaseerd op een 'ordeningsbenadering'. De veronderstelling hiervan is dat het leefmilieu beschermd en verbeterd kan worden via milieunormen die worden opgesteld, uitgevoerd en gehandhaafd door bevoegde overheidsinstanties. Geen milieubescherming zonder sterk optredende overheid, is dan de gedachte. Maar hoe juist is deze veronderstelling: is de overheid daadwerkelijk in staat door middel van ordeningswet- en regelgeving het milieubelang te definiëren, te reguleren en te handhaven? Stel dat deze ordeningsbenadering onvoldoende aansluit bij de sociale werking van het milieurecht en dat het milieurecht wel eens beter zou kunnen functioneren als er zou worden uitgegaan van een alternatieve benadering. Wat zou dat alternatief kunnen zijn en tot welke grondstructuur van het milieurecht leidt dat?

⁸⁴⁰ Hugo de Groot, 1622, geciteerd in Dovring/Fischer/Meijers (1965), p. XV.



5.1. Antwoord op vraag 1. Een normatieve grondslag voor het milieurecht

In deze studie is onderzocht wat een alternatieve grondstructuur voor het milieurecht zou kunnen zijn. Als alternatief is een normatieve interactiebenadering voorgesteld. Deze benadering leidt tot een andere wijze van regulering van het milieubelang en van duurzaam handelen. De veronderstelling is dat mensen zich kunnen oriënteren op normen zonder dat die oriëntatie eerst moet worden voorgeschreven door een centrale overheid en zonder dat de naleving afhankelijk is van de intensiteit van controle en dwang. Normen zijn namelijk geen 'bevelen' van een overheid, maar het product van afstemming en afweging van belangen en verwachtingen in de maatschappij.

Samengevat, verschaft de benadering de volgende normatieve grondslag voor het handelen:

- normen ontwikkelen zich in samenloop met handelingen, in aansluiting bij de manier waarop mensen ze in een bepaalde publieke context blijken te gebruiken om de zin van hun handelen te begrijpen en te demonstreren en om zodoende verwachtingen en belangen op elkaar af te stemmen;
- handelingen zijn bedoeld om een doel, een consequentie, te realiseren;
- actoren tonen met hun handelen op welke wijze volgens hen sprake is van een redelijke handeling om het doel te bereiken, maar dit gebeurt meestal onbewust of onbetwist;
- soms kan sprake zijn van een interpretatieprobleem, waardoor de normatieve grondslag van het handelen betwist blijkt te worden; dan is een maatstaf nodig voor de beoordeling van het betwiste handelingsontwerp, die gevonden kan worden in het recht.
- de beoordeling kan worden uitgevoerd door een instantie van de overheid, op basis van het daarvoor systematisch ontworpen interpreterend juridische taalspel, zoals de besluitvormingsprocedures van het bestuur en de procedures van de rechtspraak
- de juridische beoordeling kan worden gebaseerd op een model van contextuele rechtsvinding.

De normatieve interactiebenadering is in dit onderzoek onderbouwd en uitgewerkt met behulp van diverse inzichten uit de taal- en handelingsfilosofie. Er is een combinatie gemaakt van diverse inzichten van onder andere Wittgenstein, Hannah Arendt, Toulmin, Hart, Dworkin, Glastra van Loon, Zijderveld, Foqué, Giddens en Loth. Wat deze auteurs volgens mij verbindt, is een wending richting taal en praktijk.

Aan de basis van deze wending ligt de gedachte dat woorden niet begrepen kunnen worden buiten het situationele. Dat wil zeggen dat taal verbonden is met de context van de handelingen die bij het desbetreffende taalgebruik horen. Zonder de context van handelingen is er geen taalbegrip. De betekenis van woorden is gekoppeld aan de situatie waarin zij worden gebruikt en omgekeerd is de situatie bepalend voor de mogelijkheden van het taalgebruik (*Wittgenstein*). Hierbij is het van fundamenteel belang dat het vermogen van mensen om woorden en begrippen te begrijpen, bij uitstek een sociale en contextuele activiteit is. Kennis van de wereld ontstaat niet los van



een context. Iedere betekenisverlening en iedere kennisverwerving speelt zich daarom af binnen een historische, sociale en normatieve context.⁸⁴¹

Dit duidt op een paradox. Enerzijds is meestal sprake van de onbetwijfelde toepassing van bestaande kennis, anderzijds kan kennis altijd worden betwijfeld. Deze paradox valt te verklaren op basis van het inzicht dat woorden en begrippen hun eigen toepasselijkheid niet kunnen vaststellen of aanpassen. Ze zijn daarvoor afhankelijk van het menselijk vermogen tot gebruik van de taal. En dit gebruik kan onder omstandigheden leiden tot aanpassing ervan. Dit wordt wel het *constitutieve vermogen* van het menselijk handelen genoemd (Glastra van Loon). Hierbij is van belang dat mensen zich bewust kunnen zijn van dit constitutieve vermogen en dus van de eigen mogelijkheid om handelingen te herhalen of te veranderen. Dit maakt dat handelingen *reflexief* kunnen zijn en dat mensen sociale actoren zijn, met de *reflexieve capaciteit* om zich bewust te zijn van de oorzaken en gevolgen van hun handelingen (Giddens).

Ieder handelen kan alleen worden begrepen vanuit de sociale context waarin het handelen plaatsvindt. In die context kan worden afgeleid of een handeling aansluit bij gangbare begrippen, de feiten, de regels en de maatschappelijke opvattingen en ook of sprake is van een aanpassing daarvan aan gewijzigde omstandigheden (Toulmin). Dit is een cruciaal aspect van de wending richting taal en praktijk. Het zet handelingen in het perspectief van de sociale omgeving.

De verhouding tussen interactie en de sociale context ontstaat doordat handelingen wederkerig zijn. Dit betekent dat mensen tijdens het eigen handelen tevens de houding van de ander aannemen. Daarbij gaat het niet alleen om de blik richting de ander, doch richt men zich tevens in de houding van de ander tot zichzelf. Dit is beeldend uitgedrukt als *'taking the role of the other'* (Zijderveld). Met dien verstande dat 'de ander' betrekking heeft op het gezichtspunt van anderen in hun maatschappelijke rol, dat wil zeggen als *'generalized others'* (Zijderveld). Het gaat dus niet om de concrete ander in een situatie. Doordat in het eigen handelen een wederkerige houding wordt aangenomen tot gegeneraliseerde anderen, is in iedere *interactie* onvermijdelijk sprake van een kruisbestuiving tussen de eigen verantwoordelijkheid voor het eigen handelen en een algemeen moreel en maatschappelijk bewustzijn. De conclusie hiervan is dat handelingen een betekenis hebben die altijd mede samenhangt met een *'formality of the public'* (Hannah Arendt).

De crux hiervan is dat interactie altijd plaatsvindt tegen de achtergrond van sociale conventies, maatschappelijke opvattingen, ervaringen en een formele set van algemene begrippen en beginselen, waaraan mensen in redelijkheid meestal niet twijfelen. Het wederkerigheidsmechanisme geeft aan iedere handeling een normatieve betekenis, waarvan de interpretatie niet waarde vrij gedacht kan worden. Deze verhouding tussen het handelen in een concrete interactie ten opzichte van de context, inclusief de symbolische publieke ruimte van het formele publiek, is in deze studie met één begrip

⁸⁴¹ Vgl. Loth/Gaakeer (2002), driehoeksmodel.



aangeduid: *normatieve interactie*. Dit begrip maakt duidelijk dat actoren per definitie actieve gebruikers zijn van het referentiekader van het publieke domein.

Dat in ieder handelen sprake is van een min of meer actief gebruik van het referentiekader van het publieke domein, kan volgens de hier ontwikkelde normatieve interactiebenadering tot uitdrukking komen in de rechtspraktijk. In die praktijk wordt dan een verbinding tot stand gebracht tussen de sociale werkelijkheid en de taal van het recht, door middel van een conceptueel systeem van betekenissen, begrippen en procedures. Deze verbinding maakt dat het recht een analytische eenheid is van taal, denken en doen (Loth). Het conceptuele systeem is een complex samenspel tussen de dwingende maar tegelijk ook mogelijkheden scheppende kracht van het rechtssysteem en de regelvolgende en regelbetwifelende dimensies van het handelen van actoren in iedere interactie. Dit is in dit onderzoek nader omschreven als een *'dualiteit van de structuur'* (Giddens). Het begrip 'dualiteit' kan worden gebruikt om duidelijk te maken dat het recht een dubbele lading heeft. Recht verschaft enerzijds vaststaande regels, procedures en hulpmiddelen voor het handelen van actoren: dit betreft het positief formeel en materieel recht. Maar anderzijds is recht voor zijn gelding en toepassing afhankelijk van het gebruik ervan in de sociale werkelijkheid, al dan niet bewust of intentioneel. En hierbij hebben actoren in principe de kans om het 'vaststaande' rechtssysteem aan te passen, de bewegingsruimte te vergroten of verkleinen, interpretaties te veranderen. Deze principiële mogelijkheid is verklaarbaar doordat sociale structuren zoals rechtssystemen altijd contextueel gebonden zijn aan de tijd en plaats van het sociale handelen.

Het Archimedes punt van normatieve interactie is dat interactie nooit louter individueel is en niet louter verbonden is aan het doel van de concrete betrokkenen bij een concrete handelingssituatie. In interactie speelt het gezichtspunt van de positie van anderen altijd een latente, soms zelfs prominente rol mee. De anderen zijn niet de betrokken deelnemers aan de interactie, maar moeten worden opgevat als een 'geformaliseerd publiek'. Hieruit volgt dat het concrete handelen van de één, in wederkerigheid een *normatieve waarde* heeft voor anderen. En deze normatieve waarde van het handelen kan in principe in iedere interactie worden ingelezen: "*als je in een bepaalde context handelt, dan behoort je in die context zò te handelen*". De interpretaties die hierbij worden gemaakt in het kader van de betrokken normen en feiten, kunnen niet waarde vrij zijn omdat er een onlosmakelijk verband is met morele en maatschappelijke opvattingen.

Dit heeft implicaties voor het recht en daarmee ook het milieurecht. Recht is mede de uitdrukking van een normatief bewustzijn van morele en maatschappelijke aard (Scholten). De toepassing van recht in een concrete situatie kan daarom mede worden gebaseerd op dit bewustzijn. In de taal van het recht kan dit worden begrepen via de rechtsbeginselen, omdat die in relatie staan tot morele opvattingen en ethische waarden in de publieke opinie (Scholten; Dworkin). Dit betekent onvermijdelijk dat ook rechtsregels niet waarde vrij gedacht kunnen worden. Het toepassen van rechtsnormen is geen klinische daad, maar vereist een daad van contextuele constructie. Dit feit, dat normen op de concrete omstandigheden van een geval kunnen worden afgestemd, is



een fundamentele eigenschap die normen in het algemeen hebben. Dit wordt de ‘*open texture*’ van iedere rechtsnorm genoemd (Hart). Het betekent dat zelfs de meest specifieke en duidelijk geformuleerde (milieu)norm ‘poreus’ kan zijn, dat wil zeggen vatbaar voor conceptuele ontwikkeling als de omstandigheden van een geval daartoe aanleiding geven. Dit is niet hetzelfde als het opzoeken van de *betekenis* van een rechtsregel voor de *feiten* van een geval, bijvoorbeeld op basis van de wetstekst of wetsgeschiedenis. Het gaat erom dat een redelijk gezichtspunt wordt gevonden voor *het gebruik* van de norm, door middel van het *begrijpen* van de rechtsregel (Loth). Hierin schuilt het waarderende element van het recht in de context van het geval, op basis waarvan belangen, waarden en maatschappelijke opvattingen in de rechtsvinding betrokken raken. In het recht is daarom altijd sprake van een vermenging van *is* and *ought* (Fuller).

Anders gezegd, rechtsnormen hebben altijd een *potentiële gebruiksmogelijkheid*, waarvan het begrip tijdens het gebruik van de normen tot stand kan komen (Fogu ). Dit gebeurt door de voortdurende afstemming tussen recht en context, wat aanleiding kan geven tot creativiteit en tot vernieuwing van het recht. Voor milieunormen betekent dit dat zij dus in principe geen abstract gegeven zijn, maar een contextuele constructie met een horizon van toepassingsresultaten. Dit is het opvallende resultaat van de wending richting taal en praktijk.

Dat milieunormen contextuele constructies zijn, maakt het in praktijk mogelijk voor actoren om iets aan en met een milieunorm te kunnen doen, zodanig dat deze toegepast kan worden op een manier die recht doet aan de betekenis ervan in het licht van de omstandigheden van hun geval. Dit toont zich in al die gevallen waarin een aanleiding blijkt te bestaan om een milieunorm te specificeren, te verbeteren of zelfs te vervangen door een andere norm. Dit is in het milieurecht echter niet zomaar mogelijk voor de betrokkenen bij een ruimtelijk project of milieurelevante activiteit. Als gevolg van de systematiserende werking van het milieurecht zijn daarvoor vaak besluitvormende en toetsende handelingen nodig van bevoegde overheidsinstanties, zoals bestuursorganen die een vergunningbesluit moeten vaststellen en rechters die deze besluitvorming beoordelen. Het vraagstuk van bescherming van het milieubelang kan daarom ook worden begrepen als een kwestie van het reguleren van adequate besluitvormingsprocessen, als keerzijde van de eigen verantwoordelijkheid die alle actoren hebben voor de kwaliteit van het milieu. Hierdoor staat het bestuursrechtelijke milieurecht permanent in het teken van het nemen van redelijke overheidsbeslissingen.

5.2. Antwoord op vraag 2. De regulering van duurzaam handelen

Steeds vaker hebben mensen de verwachting dat in projecten en activiteiten linksom of rechtsom rekening wordt gehouden met de kwaliteit van het leefmilieu. En steeds vaker gaat dit gepaard met een besef dat de kwaliteit van het leefmilieu de belangen raakt van mensen elders op de wereld en ook van toekomstige generaties. In  n begrip is in dit onderzoek het handelen dat hiermee rekening houdt, benoemd als ‘*duurzaam handelen*’.



Het begrip 'duurzaam handelen' veronderstelt de (h)erkenning van de positie van actoren die elders in de wereld of later in de tijd geraakt kunnen worden door een milieurelevante handeling. Het effect hiervan is dat in het handelen een wederkerige verantwoordelijkheid wordt aangenomen met betrekking tot anderen die niet alleen hier en nu te identificeren zijn, maar ook met een publiek van elders en later in de tijd. Dit maakt mensen, bedrijven en instanties ervoor verantwoordelijk dat zij rekening houden met het belang die *unknown others* hebben bij de instandhouding van de kwaliteit en toekomstwaarde van het milieu.

Duurzame belangen van anderen behoren onderdeel te zijn van het ontwerp van eigen handelingen. Het kan daarom als een waarde van duurzaam handelen worden beschouwd, dat de duurzame verwachtingen en belangen van anderen meewegen in het ontwerp van een handeling, zoals een ruimtelijk project of een milieurelevante activiteit. Dit is een eigen verantwoordelijkheid van de actor die dat project of die activiteit wil uitvoeren.

In het perspectief van de normatieve interactiebenadering is het verklaarbaar dat de concrete actoren die bij een concreet geval betrokken zijn, een integrale afweging van het milieubelang kunnen en behoren te maken ten opzichte van belangen van andere gegeneraliseerde anderen, in het licht van de omstandigheden van hun geval. Gelet op de waarde van duurzaam handelen betekent dit onvermijdelijk ook dat zij rekening dienen te houden met de belangen van *unknown others*. De sleutel tot een duurzame rechtsorde is daarom te vinden in de eigen verantwoordelijkheid van iedere actor voor duurzame omgangsvormen en duurzaam handelen ten opzichte van de belangen van *unknown others*.

Bij deze duurzame rechtsorde past tevens een bestuurlijke praktijk die in staat is tot het beïnvloeden, aanpassing of bijsturen van de verantwoordelijkheid die mensen en organisaties moeten, willen en kunnen waarmaken om tot duurzaam handelen te komen. In het perspectief van de normatieve interactiebenadering impliceert dit, dat het bestuurlijk besluitvormingsproces in principe open moet staan voor nieuwe en onzekere interpretaties van feiten, belangen en rechtsnormen met oog voor de belangen van toekomstige generaties en mensen en organisaties buiten de eigen rechtsorde. Hieruit volgt dat het bestuur discretionaire ruimte moet nemen en krijgen om zich een oordeel te vormen over wat in een concreet geval een evenredige beslissing is. Van bestuursorganen mag daarbij in principe worden verwacht dat zij in alle denkbare gevallen rechtvaardige besluiten vaststellen.

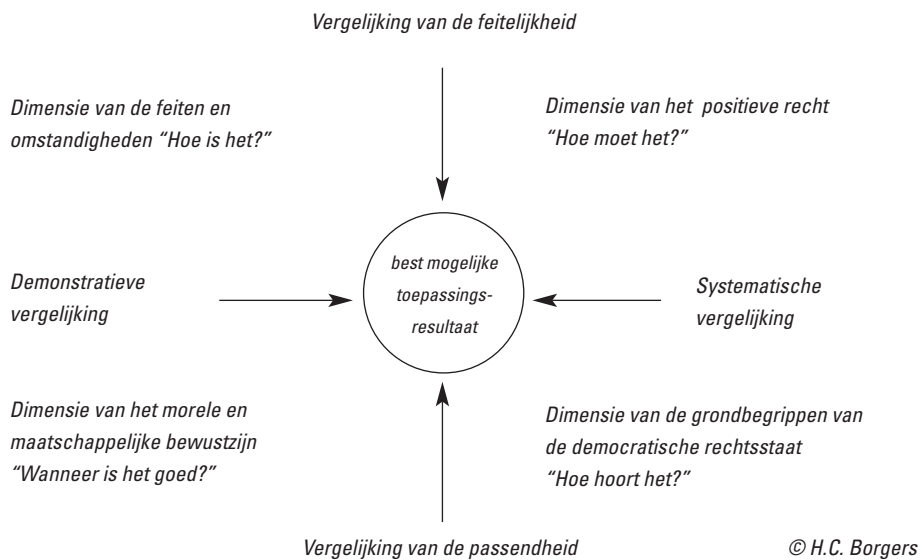
De maatstaf voor rechtvaardig bestuurlijk handelen bestaat uit de positieve *evenredigheid* van de bestuurlijke belangenafweging. Dit wil zeggen dat ieder het zijne behoort te krijgen. Maar wat 'het zijne' is, is niet met absolute zekerheid vooraf te benoemen. Het is een keuze die de uitkomst is van een *belangenafweging* met een *waardeoordeel* van het betrokken overheidsbestuur over de af te stemmen waarden en betrokken belangen. Op basis van de regels voor democratische besluitvorming en de algemene rechtsbeginselen is dit bestuurlijke oordeel in onze rechtsorde altijd onlosmakelijk gebonden aan de idee van de rechtsstaat. De uitoefening van bestuurlijke bevoegdheden is daardoor onvermijdelijk een *normatieve opgave*, die via interactie met de



betrokken actoren gestalte moet krijgen. Het bestuur heeft in dit systeem de verantwoordelijkheid om keuzen te maken op basis van waarderingsvragen, om toe te staan danwel te weigeren dat die actoren zus-of-zo handelen. Dit betekent tevens dat het bestuur *inhoudelijke keuzen* moet maken bij de interpretatie of toepassing van milieunormen. Wanneer het bestuur zodoende een waardeoordeel velt over een handelingsituatie, bekent het bestuur onvermijdelijk kleur met betrekking tot de waarde van duurzaam handelen.

5.3. Antwoord op vraag 3. Contextuele rechtsvinding, dynamiek en flexibiliteit

In deze studie is een analytisch besluitvormingsmodel ontwikkeld. Dit ideaaltypische model bestaat uit een puzzel in vier stukken, met vier vergelijkingsregels om tot de beste oplossing ervan te komen. Dat wil zeggen dat het model helpt om tot de *beste keuze van een toepassingsresultaat* van het recht op een concreet geval te komen. Het denkproces dat met het model gemaakt kan worden, maakt het mogelijk om een *waardegeladen beslissing* te nemen en te motiveren, op basis van de feitelijke context van een geval, het positieve recht, de rechtsbeginselen en de morele en maatschappelijke opvattingen uit de rechtsorde. In een figuur ziet dit besluitvormingsmodel er als volgt uit.



Toegepast op het milieurecht, maakt dit ideaaltypisch model duidelijk dat milieurechtelijke besluitvorming opgevat kan worden als een *bestuurlijk denkproces*. Het ontsluit op welke wijze omgegaan kan worden met een bestuurlijke discretie om in moeilijke gevallen tot het *best mogelijke toepassingsresultaat* van een milieunorm te komen. De bestuursrechter kan vervolgens in een eventuele beroepsprocedure toetsen in hoeverre de keus van het bestuursorgaan daadwerkelijk de best mogelijke is.



Met andere woorden, het model is tweeledig bruikbaar.

- Het levert in de *context of discovery* bouwstenen voor het bestuurlijk besluitvormingsproces, aangezien alle betrokken actoren hun standpunten kunnen inbrengen over de gelding en betekenis van de positiefrechtelijke regels, de feiten en belangen die bij te geval betrokken zijn, de rechtsbeginselen en het algemene morele en maatschappelijke bewustzijn van de rechtsgemeenschap;
- Het levert in de *context of justification* een maatstaf voor de publieke of rechterlijke beoordeling van het besluit als zijnde inderdaad het best mogelijke resultaat.

De gebruiksmogelijkheden van het ideaaltypische model zijn in deze studie gedemonstreerd aan de hand van een aantal lastige kwesties uit de milieurechtspraktijk. Het zijn gevallen waarin actoren geen vanzelfsprekend gebruik hebben kunnen maken van ogenschijnlijk onbetwiste, gereedliggende milieunormen. Achtereenvolgens is een analyse gemaakt van de volgende moeilijke gevallen:

- milieukwaliteitsnormen (§ 4.4.1)
- beste beschikbare technieken (§ 4.4.2)
- zorgplichten (§ 4.4.3)
- het voorzorgbeginsel (§ 4.4.4).

Uit de casestudies is gebleken dat met de keuze van een toepassingsresultaat van een norm impliciet of expliciet een waardegeladen afweging kan worden gemaakt van milieubelangen. De cases hebben getoond op welke wijze de beslissing over het best mogelijke toepassingsresultaat van milieunormen gemaakt kan worden en hoe dit neerkomt op het maken van waardegeladen keuzen. De crux hiervan is dat het bestuur en ook actoren zelf iets met milieunormen kunnen doen, zodanig dat hun keuze recht doet aan de omstandigheden van een geval met oog voor de waarde van duurzaam handelen. Dit resultaat kan worden bereikt binnen de bestaande bestuursrechtelijke instrumenten en procedures: het model van contextuele rechtsvinding brengt dus geen extra regeldruk of nieuwe instrumenten en procedures met zich mee.

De wetgever kan er wel voor kiezen om het bestuur expliciet meer ruimte te geven voor het uitoefenen van deze discretionaire bevoegdheden. Dit veronderstelt dat de toedeling van bevoegdheden ruim wordt omschreven, met open normen, vage bewoording en keuzevrijheid. Daardoor krijgen actoren, waaronder het bevoegd gezag, zoveel mogelijk discretie om recht te doen aan de omstandigheden van het geval. De regulering via open normen, vage termen en keuzevrijheid opent namelijk de weg om de toepassingsresultaten van potentieel toepasselijke rechtsnormen per geval op waarde te schatten. Al doende kan tijdens de interactie een juiste en rechtvaardige beslissing worden geconstrueerd die bij de context past (*rechtsvinding*). Dit is mogelijk, als wordt aangenomen dat iedere norm in principe een 'contextuele constructie' is, dat wil zeggen dat het een resultaat is van de afweging van verschillende juridisch relevante factoren. De normatieve interactiebenadering geeft een grondslag voor dit normbegrip. Het bestuur zal tot een redelijke afweging van die factoren moeten komen, op basis van een contextueel besluitvormingsproces. Dit impliceert dat het bestuur een informatie- en communicatieproces organiseert, zodat met de betrokken actoren tot een beslissing wordt gekomen die als juist en rechtvaardig wordt beschouwd.



De uitkomst van deze beslissing over wat belangen waard zijn, moet een gemotiveerde keuze zijn op basis van een *normatief oordeel* door het overheidsbestuur.

Hierbij kan worden opgemerkt dat de bestuursrechter een eigen positie inneemt ten opzichte van dit bestuurlijke proces van rechtsvinding. De rechter kan beoordelen hoe het bestuur diens keuze heeft *kunnen, moeten, mogen en willen* maken vanuit *procedureel, empirisch, principieel en maatschappelijk* oogpunt. Deze beoordeling strookt met de vier puzzelstukken en vier vergelijkingsregels uit het ideaaltypisch model van rechtsvinding. Dit impliceert dat de bestuursrechterlijke toetsing niet waardevrij kan zijn, net zo min als het bestuurlijk oordeel waardevrij is. Juist van de bestuursrechter mag worden verwacht dat hij een verband legt tussen een concreet bestuurlijke waardeoordeel en de doorwerking daarin van de verschillende dimensies en vergelijkingsregels van het ideaaltypisch model van rechtsvinding. Dat dient volledig (niet marginaal) te worden getoetst.

5.4. Conclusie. Naar een normatieve interactiebenadering in het milieurecht?

Het milieurecht blijkt voor zijn legitimiteit en doelmatigheid afhankelijk te zijn van de normen, waarden en gewoonten van mensen in hun eigen sociale omgeving. Anders gezegd, de werking van het milieurecht is afhankelijk van de congruentie met de normatieve interactie in 'semi-autonome-sociale-velden' (Sally F. Moore). Zonder aansluiting tussen recht en deze sociale praktijk ontstaat geen effectieve en efficiënte beïnvloeding van het handelen. In tijden van crisis in de legitimatie en uitvoering van een rechtsgebied zoals het milieurecht, is de opgave om aansluiting te houden met het sociale handelen des te urgenter. Want het milieurecht heeft voortdurend te maken met een rijke variatie aan projecten en activiteiten en met meer of minder duurzame aspiraties die daarbij in de bijbehorende sociale verbanden (s.a.s.v.) worden nagestreefd. Juist op een moment waarop de maatschappelijke ontwikkelingen snel gaan, kan een correctie op het juridische systeem nodig zijn om congruentie tussen recht en sociale praktijk te behouden. Als dit niet gebeurt, kan een rechtsgebied in crisis raken. Het lijkt erop dat dit aan de hand is met het huidige milieurecht.

Om een einde te maken aan de crisis, zou de wetgever het milieurecht als volgt kunnen inrichten. Het uitgangspunt zou moeten zijn dat de normatieve werking van dit recht voorop komt te staan. Daarmee kan duurzaam handelen worden gereguleerd op een wijze die aansluit bij de sociale praktijk. De betrokkenheid van de overheid, via besluitvorming en eventueel rechtshandhaving, kan zich daarbij concentreren op lastige belangentegenstellingen.

Samengevat, wordt in deze studie geconcludeerd dat de volgende conceptuele ontwikkeling van het milieurecht mogelijk is om de crisis in dit rechtsgebied op te heffen:

- Ga er van uit dat de rechtspraktijk in staat is om milieunormen contextueel toe te passen.
- Geef volledig primaat aan normen die de interactie tussen actoren inhoudelijk bemiddelen (zoals zorgplichten, materiële beginselen van milieubeheer en open kwaliteitsnormen).



- Creëer ruimte voor bestuurders om contextuele besluitvormingsprocessen en integrale belangenafwegingen te maken, want dit verbetert de flexibele toepassing van de milieunormen, bijvoorbeeld per gebiedstype;
- Geef richting aan het sociale handelen door codificatie van de waarde van duurzaam handelen door te reguleren dat milieurechtelijke besluitvorming gebaseerd is op een afweging van belangen met het oog op een duurzame fysieke leefomgeving. Biedt het bestuur ruimte voor deze waardegeladen belangenafweging door tevens de materiële beginselen van milieubeheer te codificeren (zoals vervuiler betaalt, preventie, voorzorg);
- Ga uit van een principiële ruimte voor evenredige belangenafwegingen door het bevoegd gezag en schep daarom ruimte voor het uitoefenen van discretionaire bevoegdheden in het kader van een evenredige afweging van milieubelangen, met oog voor de duurzame omstandigheden en onzekerheden van het geval;
- Baseer het rechtssysteem daarom op het vertrouwen dat professionele gebruikers van het milieurecht in allerlei semi-autonome-sociale-velden voor coherentie zullen zorgen tussen hun normatieve interactie, het rechtssysteem en het rechtsbewustzijn van de samenleving;
- Decentraliseer bestuurlijke bevoegdheden zodanig dat de bevoegdheden worden toegewezen aan één bestuursorgaan die het dichtst bij het semi-autonome-sociale-veld staat en verschaf daarbij budgettaire mogelijkheden om het duurzame handelen van actoren feitelijk te kunnen bevorderen (want het beïnvloeden, aanpassen en bijsturen van handelingssituaties kost geld) en stel hoge eisen aan de kwaliteit van het uitvoeringsapparaat van de overheid (want de bevordering van duurzaam handelen via beïnvloeding, aanpassing en bijsturing vereist ambtelijke kennis, creativiteit en bestuurlijke daadkracht).

De conclusie luidt dat het mogelijk is om de eigen verantwoordelijkheid van burgers, bedrijven en organisaties voorop te stellen in de conceptuele ontwikkeling van het milieurecht, omdat zij actoren zijn die bij uitstek in staat zijn duurzaam te handelen in hun ruimtelijke projecten en hun milieurelevante activiteiten. Het is in deze studie niet ondenkbaar gebleken dat het milieurecht kan worden ingericht op basis van deze normatieve grondslag, mede omdat dit ruimte biedt voor contextuele rechtsvinding. De crux is dat normatieve interactie aanleiding geeft tot een waardering van duurzaam handelen als onderdeel van het best mogelijke toepassingsresultaat van het milieurecht.



Samenvatting

Dit proefschrift gaat over een normatieve grondslag van het milieurecht en over de betekenis die dit kan hebben voor een belangenafweging met oog voor de waarde van duurzaam handelen.

Inleiding en aanleiding

Het huidige milieurecht is ontstaan in een tijdsbestek van circa 40 jaar. Op de achtergrond van dit historisch gegroeide stelsel van milieurecht spelen drie hardnekkige knelpunten. Dat betreft de afstemming van het nationale op het Europese recht, het probleem van de specialiteit van de normstelling en het probleem van de verantwoordelijkheidsverdeling tussen samenleving en overheid (§ 1.2). Het huidige milieurecht lijkt niet flexibel genoeg te zijn om deze knelpunten op te lossen. In de praktijk blijkt het milieurecht bovendien soms een lastig en moeilijk uitvoerbaar recht te zijn. Daardoor staat de aanvaarding ervan door burgers en bedrijven onder druk en is er zelfs sprake van een gevoel van crisis (§ 1.4). Het is daarom geen vreemde gedachte om te stellen dat dit rechtsgebied in een fase van fundamentele vernieuwing terechtkomt. Dat geeft aanleiding om de grondstructuur van het milieurecht fundamenteel te overdenken, omdat er op een gegeven moment een einde komt aan het oplossend vermogen van de voortdurende verfijningen en veranderingen van dit stelsel van milieurecht. (§ 1.5).

Over de uitgangspunten van het Nederlandse milieurecht kan worden aangenomen dat de historische ontwikkeling van het milieurecht gebaseerd is op een zorg van de overheid voor de bescherming en verbetering van het leefmilieu. Dit is in de loop der tijd nader uitgewerkt als een opgave om het milieugedrag van burgers en bedrijven te beperken en te controleren. Het rechtsgebied is, zo beschouwd, gebaseerd op een 'ordeningsbenadering'. De veronderstelling hiervan is dat het leefmilieu beschermd en verbeterd kan worden via milieunormen die worden opgesteld, uitgevoerd en gehandhaafd door bevoegde overheidsinstanties. Maar hoe juist is deze veronderstelling: is de overheid daadwerkelijk in staat door middel van ordeningswet- en regelgeving het milieubelang te definiëren, te reguleren en te handhaven?

Probleemstelling en onderzoeksvragen

Het uitgangspunt van dit onderzoek is dat de grondstructuur van het milieurecht niet vanzelfsprekend is en dat er sprake is van een proliferatie van verfijningen en van anomalieën die de ontwikkeling en toepassing van het huidige milieurecht niet veren-

voudigen. Als dit probleem niet met de huidige benadering kan worden opgelost, dan is het verhaal van het huidige milieurecht een verhaal uit andere tijden en kan een alternatieve benadering nodig zijn (§ 1.6). Deze gedachte is de aanleiding geweest voor de onderzoeksvraag. Het is de vraag wat het alternatief zou kunnen zijn en tot welke grondstructuur van het milieurecht dat leidt.

Bij de behandeling van deze onderzoeksvraag is uitgegaan van de gedachte dat de overheid geen monopolie heeft op de ordening van de samenleving (§ 1.4). De hedendaagse samenleving kenmerkt zich namelijk als een veelheid aan sociale netwerken, waarin mensen mondig en deskundig zijn en waarin zij hun eigen belangen behartigen en onderhandelen. Dit is van fundamenteel belang. De uitdaging is dat wordt overdacht hoe en waarom milieurechtsnormen toepasbaar en toetsbaar zijn in het licht van de context van concrete gevallen. Op basis hiervan zijn drie deelvragen geformuleerd (§ 1.6):

1. *Wat kan dienen als alternatieve grondslag voor het milieurecht, als dat recht niet wordt gebaseerd op ordening door de overheid maar op de normatieve werking ervan?*
2. *Hoe kan de normatieve interactiebenadering tot de regulering van duurzaam handelen leiden?*
3. *Hoe komt het bevoegd gezag tot milieurechtelijke besluiten en hoe toetst de bestuursrechter deze besluitvorming, als de toepassing en betekenis van het milieurecht gebaseerd zou zijn op normatieve interactie?*

Deze vragen zijn onderzocht door middel van tekstanalyse en een casestudie op basis van deskresearch. Zodoende is zowel de aanleiding voor als de uitwerking van de normatieve interactiebenadering als alternatieve grondslag voor het milieurecht gebaseerd op de bestudering van een selectie van relevante rechtsfilosofische, rechtstheoretische en sociologische tekstbronnen. Met dien verstande dat het onmogelijk is om met tekstbronnen te werken zonder die teksten te interpreteren. Om die reden is in dit onderzoek welbewust en expliciet uitgegaan van een bepaalde denkrichting. Het is mijn keuze geweest om uit te gaan van een symbolisch interactionistische opvatting (§ 1.7).

Op basis hiervan heb ik in deze studie een alternatieve grondslag voor het milieurecht onderzocht, onder de naam van *normatieve interactiebenadering* (hoofdstuk 2). Aan de hand van deze benadering heb ik vervolgens onderzocht in hoeverre een actor verantwoordelijk kan worden gehouden voor de mate waarin zijn handelen duurzame waarde heeft (hoofdstuk 3). De consequenties hiervan voor de rechtspraktijk zijn vervolgens uitgewerkt met behulp van een bijpassende theorie van *contextuele rechtsvinding* voor het milieurecht (hoofdstuk 4).

Normatieve interactiebenadering

De eerste deelvraag uit dit onderzoek gaat over de formulering van een alternatieve grondslag voor het milieurecht, zonder dat *a priori* sprake is van ordening door de overheid. Dit alternatief is in *hoofdstuk 2* uitgewerkt onder de noemer van '*normatieve interactiebenadering*'. De veronderstelling van deze benadering van normatieve inter-

SAMENVATTING

actie is dat normen geen 'bevelen' van een overheid zijn, maar het product van afstemming en afweging van belangen en verwachtingen in de maatschappij. Dit wil zeggen dat mensen zich kunnen oriënteren op normen, zonder dat die oriëntatie eerst moet worden voorgeschreven door een centrale overheid en zonder dat de naleving direct afhankelijk is van de intensiteit van controle en dwang.

De normatieve interactiebenadering is in dit onderzoek onderbouwd en uitgewerkt met behulp van diverse inzichten uit de taal- en handelingsfilosofie. De basis hiervan is een wending richting taal en praktijk. Deze wending houdt in dat woorden niet begrepen kunnen worden buiten de context waarin zij worden gebruikt. Zonder de context is er geen taalbegrip. En onder omstandigheden kan die context aanleiding geven tot aanpassing van dat taalbegrip. Dit is benoemd als het *constitutieve vermogen* van het menselijk handelen. Mensen zijn sociale actoren met de *reflexieve capaciteit* om zich bewust te zijn van de oorzaken en gevolgen van hun handelingen en ook van de aanpasbaarheid aan de omstandigheden van een geval.

In de context kan worden bepaald of een handeling een *redelijke* handeling is, gelet op de feiten, de regels, de algemene begrippen en de maatschappelijke opvattingen die relevant worden gevonden voor en in die context. En daarbij kan ook worden afgeleid of sprake is van een aanleiding tot aanpassing aan gewijzigde omstandigheden. Dit is een cruciaal aspect van de wending richting taal en praktijk. Het zet handelingen in het perspectief van de sociale omgeving. Vanwege dat perspectief zijn handelingen *wederkerig*. Dit betekent dat mensen tijdens het eigen handelen tevens de houding van de ander aannemen. Met dien verstande dat 'de ander' betrekking heeft op het gezichtspunt van anderen in hun maatschappelijke rol. Deze wederkerigheid in ieder handelingsontwerp geeft aan iedere handeling een *normatieve* betekenis, waarvan de interpretatie niet waarde vrij gedacht kan worden. Daarom is de verhouding tussen het handelen in een concrete interactie ten opzichte van de context in deze studie met één begrip aangeduid: *normatieve interactie*. Het Archimedes punt van normatieve interactie is dat het concrete handelen van de één, in wederkerigheid een *normatieve waarde* heeft ten opzichte van gegeneraliseerde anderen. En deze normatieve waarde van het handelen kan in principe in iedere interactie worden ingelezen: "als je in een bepaalde context handelt, dan behoort je in die context zo te handelen". Dit betekent dat actoren per definitie actieve gebruikers zijn van het referentiekader van het publieke domein. Daardoor is in iedere *interactie* onvermijdelijk sprake van een kruisbestuiving tussen de verantwoordelijkheid voor het eigen handelen en een algemeen moreel en maatschappelijk bewustzijn.

Het referentiekader van het publieke domein brengt een verbinding tot stand tussen de sociale werkelijkheid en de taal van het recht. Want recht is mede de uitdrukking van een normatief bewustzijn van morele en maatschappelijke aard. De toepassing van recht in een concrete situatie kan daarom mede worden gebaseerd op dit bewustzijn, wat in de taal van het recht kan worden uitgedrukt via de rechtsbeginselen. Dit impliceert dat zelfs de meest specifieke en duidelijk geformuleerde (milieu)norm toch 'poreus' kan zijn, dat wil zeggen vatbaar voor *conceptuele ontwikkeling*, als de omstan-

digheden van een geval daartoe aanleiding geven. Het gaat erom dat daarbij een *redelijk* gezichtspunt wordt gevonden voor *het gebruik* van een norm door middel van het *begrijpen* van de rechtsregel in de sociale context van een geval. Hierin schuilt het waarderende element van het recht, op basis waarvan belangen, waarden en maatschappelijke opvattingen in de rechtsvinding betrokken raken. In het recht is daarom altijd sprake van een vermenging van *is* and *ought*.

Anders gezegd, rechtsnormen hebben altijd een *potentiële gebruiksmogelijkheid*, zodat er ruimte bestaat voor creativiteit en voor vernieuwing van het recht. Milieunormen zijn daarom geen abstract gegeven, maar een *contextuele constructie* met een horizon van potentiële toepassingsresultaten voor toekomstige handelingssituaties. Dit is het opvallende resultaat van de wending richting taal en praktijk.

De regulering van duurzaam handelen

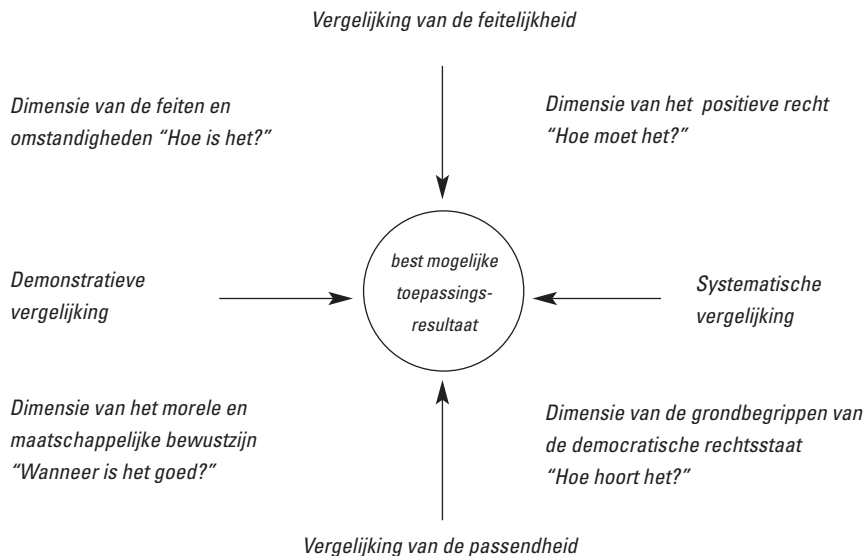
De tweede onderzoeksvraag gaat over de kwestie van duurzaamheid. Deze kwestie is een fundamentele en urgente uitdaging voor het hedendaagse milieurecht. Projecten en activiteiten kunnen de belangen raken van mensen elders op de wereld en ook van toekomstige generaties. Steeds vaker en pregnanter is sprake van een maatschappelijke verwachting dat er rekening wordt gehouden met deze belangen. In één begrip is dit in *hoofdstuk 3* benoemd als '*duurzaam handelen*'. In dit handelen wordt een wederkerige verantwoordelijkheid aangenomen met betrekking tot anderen, die niet alleen hier en nu te identificeren zijn maar ook van elders en later in de tijd. Dit maakt mensen, bedrijven en instanties ervoor verantwoordelijk dat zij rekening houden met het belang dat die *unknown others* hebben bij de instandhouding van de kwaliteit en toekomstwaarde van het milieu (§ 3.2.1). Deze duurzame belangen behoren onderdeel te zijn van het ontwerp van eigen handelingen. Dit kan als een *waarde van duurzaam handelen* worden beschouwd (§ 3.3). Die waarde behoort mee te wegen in het ontwerp van een handeling. Dit is een eigen verantwoordelijkheid van de actor die een project of activiteit wil uitvoeren. De sleutel tot een duurzame rechtsorde is daarom te vinden in die eigen verantwoordelijkheid van iedere actor voor duurzame omgangsvormen en duurzaam handelen ten opzichte van de belangen van *unknown others*.

Bij deze duurzame rechtsorde past tevens een bestuurlijke praktijk die in staat is tot het beïnvloeden, aanpassing of bijsturen van de verantwoordelijkheid die mensen en organisaties moeten, willen en kunnen waarmaken om tot duurzaam handelen te komen. Hieruit volgt dat het bestuur discretionaire ruimte moet nemen en krijgen om zich een oordeel te vormen over wat in een concreet geval een evenredige beslissing is met betrekking tot die verantwoordelijkheid. De maatstaf hiervoor is een waardegeladen belangenafweging, op basis waarvan ieder het zijne behoort te krijgen. Het bestuur zal daarom *inhoudelijke keuzen* moeten maken bij de interpretatie of toepassing van milieunormen. Wanneer het bestuur zodoende een waardeoordeel velt in en over een handelingssituatie, bekent het bestuur onvermijdelijk kleur met betrekking tot de waarde van duurzaam handelen.

Contextuele rechtsvinding in het milieurecht

De derde onderzoeksvraag gaat over de gevolgen van de normatieve interactiebenadering voor de bestuurlijke praktijk van het milieurecht. Dat milieunormen *contextuele constructies* zijn (§ 2.4.2) maakt het in praktijk mogelijk voor actoren om iets aan en met een milieunorm te kunnen doen, zodanig dat deze toegepast kan worden op een manier die recht doet aan de betekenis ervan in het licht van de omstandigheden van hun geval. Dit is in het milieurecht echter niet zomaar mogelijk voor de betrokkenen bij een ruimtelijk project of milieurelevante activiteit. Als gevolg van de systematiserende werking van het milieurecht zijn daarvoor vaak besluitvormende en toetsende handelingen nodig van bevoegde overheidsinstanties. Het vraagstuk van bescherming van het milieubelang kan daarom ook worden begrepen als een kwestie van het reguleren van adequate besluitvormingsprocessen, als keerzijde van de eigen verantwoordelijkheid die alle actoren hebben voor de kwaliteit van het milieu. In *hoofdstuk 4* is dit uitgewerkt tot een theorie van *contextuele rechtsvinding* voor het bestuursrechtelijke milieurecht.

In deze studie is een analytisch besluitvormingsmodel ontwikkeld om tot redelijke overheidsbeslissingen te kunnen komen. Dit ideaaltypische model bestaat uit een puzzel in vier stukken, met vier vergelijkingsregels om tot de beste oplossing ervan te komen. Toegepast op het milieurecht, maakt dit ideaaltypisch model duidelijk dat milieurechtelijke besluitvorming opgevat kan worden als een *bestuurlijk constructieproces* (4.2.4) op basis van de feitelijke context van een geval, het positieve recht, de rechtsbeginselen en de morele en maatschappelijke opvattingen uit de rechtsorde. In een figuur ziet dit besluitvormingsmodel er als volgt uit.



Het model laat zien hoe met bestuurlijke discretie het *best mogelijke toepassingsresultaat* van een milieunorm kan worden bepaald. De bestuursrechter kan vervolgens in een eventuele beroepsprocedure toetsen in hoeverre de keus van het bestuursorgaan daadwerkelijk de best mogelijke is.

Dat het mogelijk is om milieurechtelijke besluitvorming te zien als vorm van contextuele rechtsvinding, is in deze studie gedemonstreerd aan de hand van een aantal lastige kwesties uit de milieurechtspraktijk: milieukwaliteitsnormen (§ 4.4.1), beste beschikbare technieken (§ 4.4.2), zorgplichten (§ 4.4.3), het voorzorgbeginsel (§ 4.4.4). Uit de casestudies is gebleken dat met de keuze van een toepassingsresultaat van een norm impliciet of expliciet een waardegeladen afweging kan worden gemaakt van milieubelangen. Deze afweging is mogelijk binnen de bestaande bestuursrechtelijke instrumenten en procedures: het model van contextuele rechtsvinding brengt dus geen extra regeldruk of nieuwe instrumenten en procedures met zich mee. Al doende kan tijdens de interactie tussen bestuur, initiatiefnemer en andere actoren een *evenredige beslissing* worden geconstrueerd die bij de context past. Dit impliceert dat het bestuur een informatie- en communicatieproces organiseert, waarin met de betrokken actoren tot een beslissing wordt gekomen. De uitkomst van deze beslissing over wat belangen waard zijn, moet een gemotiveerde keuze zijn op basis van een *normatief oordeel* door het overheidsbestuur (§ 4.2.2).

De normatieve interactiebenadering en het daarop gebaseerde model van contextuele rechtsvinding hebben consequenties voor de positie van de bestuursrechter (§ 4.2.5). De rechter kan beoordelen hoe het bestuur diens keuze heeft *kunnen, moeten, mogen en willen* maken vanuit *procedureel, empirisch, principieel en maatschappelijk* oogpunt. Deze beoordeling strookt met de vier puzzelstukken en vier vergelijkingsregels uit het ideaaltypisch model van rechtsvinding. Dit impliceert dat de bestuursrechterlijke toetsing niet waarde vrij kan zijn. Juist van de bestuursrechter mag worden verwacht dat hij een verband legt tussen een concreet bestuurlijke waardeoordeel en de doorwerking daarin van de verschillende dimensies en vergelijkingsregels van het ideaaltypisch model van rechtsvinding. Dat dient volledig (niet marginaal) te worden getoetst.

Conclusie

De conclusie van dit onderzoek is dat het mogelijk is om de eigen verantwoordelijkheid van burgers, bedrijven en organisaties voorop te stellen in de conceptuele ontwikkeling van het milieurecht. Zij zijn actoren van wie verwacht mag worden dat zij duurzaam handelen. Het is in deze studie niet ondenkbaar gebleken dat het milieurecht kan worden ingericht op basis van deze normatieve grondslag, mede omdat dit ruimte biedt voor contextuele rechtsvinding. De crux is dat normatieve interactie aanleiding geeft tot een waardering van duurzaam handelen, als onderdeel van het best mogelijke toepassingsresultaat van het milieurecht.

Summary

This thesis addresses the normative foundation of environmental law and its meaning on the balancing of environmental interests in view of sustainable action.

Introduction and immediate cause

Current Dutch environmental law developed over a period of 40 years. Its history is marked by three persistent issues. They are the relation between domestic law and European law, the problem of the restrictions imposed on the use of powers by public authorities in specific environmental law matters and the problem of the distribution of responsibility between society and government. (§ 1.2) Current environmental law does not seem to be flexible enough to solve these problems, and the problem-solving capacity of the current system of law may come to an end. (§ 1.5) Furthermore, the practice of environmental law shows that compliance can be difficult. As a result, the acceptance of environmental law by citizens and companies is affected and there even seems to be a feeling of crisis. (§ 1.4) The thought that this area of the law is about to enter a phase of fundamental change is therefore not far-fetched. These considerations provide the immediate reason for engaging in a fundamental rethink on the foundation of environmental law.

At the basis of current Dutch environmental law is the government's duty of care for the protection of the environment. Over time this charge developed into a duty to restrict and control the environmental conduct of citizens and companies. Looking at it in this way, Dutch environmental law is based on a command and control approach. The ensuing quest for control is based on the (mis-concieved) understanding that the environment can be protected and improved by applying environmental standards that are created, implemented and enforced by public authorities. But is this really the case? Do public authorities have this ability to define, regulate and enforce environmental interests by way of command and control policies?

Definition of the problem and research questions

The key issue addressed in this study is that a foundation of environmental law based on a command and control approach is not self-evident. Nowadays, this problem becomes urgent as the development and implementation of current Dutch environmental law has not become any easier as a result of a proliferation of refinements of this law and a series of anomalies. Looking at it like this, the crisis in this part of the law seems to be fundamental. If this problem cannot be solved within the system as it

stands now, its foundation is not of this day and age and an alternative approach may be required. (§ 1.6)

An option could be to ignore the public authorities' monopoly on commanding and controlling societal developments. (§ 1.4) The fact of the matter is that today's society features multiple social networks whose participants have the maturity and expert knowledge to look after their own interests and negotiate them. This is fundamental. The challenge is to think about the applicability of environmental norms while taking due note of the contextual aspects of concrete cases. This has led to the formulation of three sub questions:

1. *Is there an alternative that can serve as a foundation for Dutch environmental law, if this law is not based on the government's quest for control but on its normative effects for action?*
2. *How can this normative interaction approach lead to the regulation of sustainable action?*
3. *How do competent authorities make environmental law decisions and how do administrative courts test these decisions, if the application and meaning of environmental law is to be based on normative interaction?*

These questions were addressed in text analysis and a case study based on desk research. Thus, the cause as well as the details of the normative interaction approach as alternative foundation for environmental law is based on the study of a selection of relevant jurisprudence and sociological sources bearing in mind that it is impossible to use texts without interpreting them. And so this study is based, consciously and explicitly, on a particular line of thought, namely the symbolic interaction theory. (§ 1.7) It has enabled me to study an alternative foundation for environmental law which I have called *normative interaction approach* (chapter 2). Using this approach I then examined whether an actor can be held responsible himself for the extent in which his actions have sustainability value (chapter 3). Consequently, the resulting consequences for the legal practice are discussed by means of an accompanying theory of *contextual constructivism* for environmental law decisions. (chapter 4)

Normative interaction approach

The first sub question of the study addresses the creation of an alternative foundation for environmental law, without the public authorities' *a priori* efforts to command and control societal developments. Details can be found in *chapter 2* under the heading *normative interaction approach*. This alternative approach is based on the assumption that norms are not 'orders' given by a legislator, but the result of peoples' own gearing to and weighing of the interests and expectations of society. The basic idea is that people can focus on norms, without this focus being ordered by a central regulator and without their compliance being directly dependent on the intensity of administrative enforcement and pressure.

SUMMARY

The normative interaction approach has been given scientific underpinning by using insights from linguistic philosophy and philosophy of action. The key issue for this philosophy is an emphasis on language and practice. It says that words cannot be understood outside the context in which they are used. Without context, there cannot be a language concept and there may be circumstances when that context demands an adjustment of the language concept. This is called the *constitutive ability* of human conduct. It means that people can be considered as social actors with a *reflexive capacity* to be conscious of the causes and consequences of their actions as well as their adjustability to the circumstances of an action situation.

The facts, rules, general concepts and social values determine whether an action is *reasonable* considering the context. And then it can also be deduced whether an adjustment to the changed circumstances is required. This places the action situation in the perspective of the social context. As a result, actions are *reciprocal*. It means that people also adopt the other person's attitude when they are acting themselves. In sociology this is called '*taking the role of the other*', on the understanding that 'the other' be related to the other's point of view in his social role ('*generalized others*'). The reciprocity in every pre-designed action plan gives a *normative* meaning to every concrete action situation, the interpretation of which is not value-free. That is why the relation between actions in a concrete action situation in relation to context is called *normative interaction*. The Archimedes point of normative interaction is that the concrete actions of one actor have *normative value* for others in reciprocity. In addition, this normative value of actions can be read, in principle, in every interaction: "*if and when you act in a certain context, then this is the way to do it in this context*". This means that the actors are, by definition, active users of the frame of reference of the public domain. It makes it inevitable that every interaction leads to a cross-pollination between the responsibility for one's own actions and a general moral and social consciousness.

The frame of reference of the public domain connects social reality with the language of the law. Law, after all, is also the result of normative consciousness of a moral and social nature. The application of law in a concrete situation can therefore be based on this consciousness too. In the language of the law this is reflected in the general principles of law. This implies that even if the words of an environmental standard are very specific and clear, it can yet be 'porous', that is to say that the standard must be regarded as a norm eligible for *conceptual development* if the circumstances of the case are right. The point is that a *reasonable* point of view is found for *the application* of the norm by *understanding* the rule of law in the social context of a case. That is the casuistry of law, in which the interests, values and social beliefs become part of the construction of a norm. That is why there is always a mixture of *is* and *ought* in the law.

To put it differently: legal norms always have a *potential use* leaving room for creativity and renewal of the law. Environmental standards are therefore not an abstract fact, but a *contextual construction* with a wide array of potential application results for

future action situations. This is a remarkable aspect of the focus on language and practice.

The regulation of sustainable action

The second research question addresses sustainability, which is an urgent challenge for current environmental law. Projects and activities may touch on the interests of people elsewhere in the world and on future generations. More and more often and more clearly, society expects these interests to be taken into account. This is conceptualized as *sustainable action* in *chapter 3*. These actions assume a reciprocal responsibility with respect to others, including those in the *here and now* but also those *in another place and time*. It makes people, companies and institutes responsible for considering the interests of those *unknown others* in maintaining the quality and future value of the environment. (§ 3.2.1) These sustainable interests must be part of the design of one's own actions. It can be considered as *a value of sustainable action* (§ 3.3) and it must be incorporated in the design of an action. The actor who wants to execute a project or activity is to be held responsible. Thus, the key to a sustainable legal order can be found in each actor's own responsibility for sustainable interaction in respect of the interests of *unknown others*.

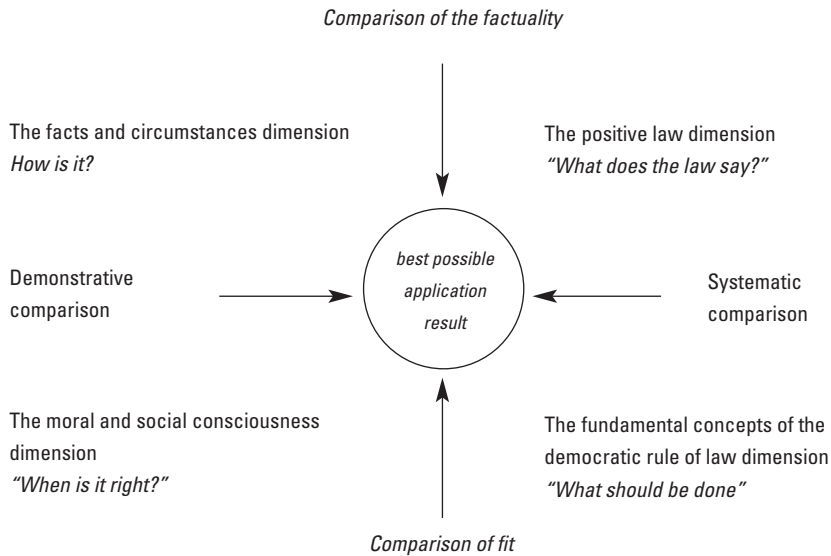
This sustainable legal order should also have an administrative practice with the ability to influence or adjust the responsibilities of people and organisations seeking to act sustainably. The consequence is that competent public authorities must have and create discretionary powers to enable their assessment of what is a reasonable decision in relation to the actors' own responsibility in a concrete case. The criterion they must use to balance the interests is that everyone receives his share. Authorities must therefore make *choices concerning content* when they interpret or apply environmental standards. Therefore, when the administration gives a value judgement in or on an action, it is inevitable that its priorities regarding the value of sustainable action become clear.

Contextual constructivism and environmental law

The third research question addresses the consequences of the normative interaction approach for the administrative practice of environmental law. As environmental standards are *contextual constructions* (§ 2.4.2) they enable actors to do something about and with environmental standards in practice. The rules can be applied in such a way that it does justice to their meaning in view of the circumstances of their case. This is, however, not so obvious for the parties involved in a spatial planning project or environmentally relevant activity. Due to the systematizing effects of positive environmental law, there is always the requirement of decisions and tests made by authorities. Protection of environmental interests can therefore also be seen as the problem of the organisation of an adequate decision making process; it is the other side of the coin of the actor's own responsibility for the quality of the environment. *Chapter 4* addresses this as a theory of *contextual constructivism* for administrative environmental law.

SUMMARY

I have developed an analytical model for the decision making process for public authorities to reach reasonable decisions. This ideal-typical model is a puzzle consisting of four pieces, with four comparison rules to find the best solution. When applied to environmental law, it makes clear that the environmental law decision making process can be regarded as an *administrative construction process* (4.2.4) by virtue of the facts of the case, objective law, the legal principles and the moral and social opinions from the legal order. The figure of this decision making process looks as follows:



The model shows how discretionary powers can be used *to achieve the best possible result* with the application of an environmental norm. Subsequently, the administrative court can test in an appeal procedure, if any, if the public authority's choice is indeed the best.

The possibility of regarding the decision making process of environmental law as a form of contextual constructivism is demonstrated in this study by a number of tricky questions from the environmental law practice. These include environmental quality standards (§ 4.4.1), best available techniques (BAT) (§ 4.4.2), the duty of care for the environment (§ 4.4.3) and the principle of precautionary action (§ 4.4.4). The case studies show that the choice for the application result of a norm, implicitly or expressly, implies a value judgement of the environmental interests involved. This result can be obtained with existing administrative instruments and procedures and so the model of contextual constructivism does not lead to more rules or new instruments and procedures. In the course of this process, *a balanced decision* can be made that reflects the interaction between the governmental actor, the actor who took the initiative and other (generalized) actors. It implies that the government must set up an information

and communication process with all the relevant actors enabling them to reach a decision. The outcome of this decision is a valuation of the interests involved, which must be a motivated choice based on a *normative judgement*. (§ 4.2.2)

The normative interaction approach and the model for the decision making process based on contextual constructivism have consequences for the administrative courts. (§ 4.2.5) The courts can assess how the public authority *could have made, had to, was allowed to and wanted* to make that choice from a *procedural, empirical, principal and social* point of view. This assessment is in line with the four pieces of the puzzle and four rules of comparison from the ideal-typical model of construction. This implies that tests performed by the administrative court cannot be value-free. It is from the administrative court that we can expect a decision that connects a concrete value judgement to its effects of the different dimensions and rules of comparison of the ideal-typical model of construction. This must be a full test on the merits of the administrative decision (not a marginal review).

Conclusion

This study concludes that it is possible to put the responsibility of citizens, companies and organisations first in the conceptual development of environmental law while respecting social values and the interest of others. They are actors whom we may expect to act sustainably. This study demonstrates that it is not unthinkable that environmental law can be set up on the basis of this normative foundation to regulate sustainable action.

Literatuur

Aalders (2001). M.V.C. Aalders, Zorgplichtbepalingen in de Wet milieubeheer: de uitvoeringspraktijk een zorg?, in; M en R 2001, nr. 12, pp. 304-309.

Aalders (2002). M.V.C. Aalders, Werking van wetten en wijzigende waarderingen (afscheidsrede), UvA 2002.

Aalders (2008). M.V.C. Aalders, Nieuwe vormen van regulering in het omgevingsrecht en het afleggen van verantwoording, in: M en R 2008, nr. 3, pp. 139-145.

Aalders (2010). Marius Aalders, Vrijwillige structuren van risicomangement en regulering van technologie, in; Kansen in het Omgevingsrecht, opstellen aangeboden aan prof.mr. N.S.J. Koeman, onder redactie van M.N. Boeve en R. Uylenburg, Europa Law Publishing, Groningen 2010, pp.3-12.

Aarts/Grin (2006/2007). Wilma Aarts en John Grin, En nu echt aan de slag met duurzame ontwikkeling! De prestaties van het rijk bezien vanaf de werkvloer, essay in de reeks Duurzame ontwikkelingen, rijksprogramma Leren voor Duurzame Ontwikkeling 2004-2007, Van marge naar mainstream, uitgave SenterNovem 2006/2007.

Acott/McGibbon (2007). T.G. Acot & M. McGibbon, Environmental Science and sustainability: some critical thoughts, Environmental Sciences, 2007/4, pp. 199-207.

Aerts/Brans (2009). R.J.J. Aerts en E.H.P. Brans, Het voorzorgbeginsel en de risico's van gezondheidsschade door bovengrondse hoogspanningslijnen, enkele bestuursrechtelijke beschouwingen naar aanleiding van recente uitspraken van de Afdeling, in; Milieu en Recht, 2009/3, pp. 144-150.

Akkermans/Bergamin (1985). P.W.C. Akkermans en R.J.B. Bergamin, Rechtsvinding en rechtsvorming, in: Algemene begrippen van Staatsrecht, P.W.C. Akkermans e.a., W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1985, pp. 1-8.

Altwater (2000). Elmar Altwater, De herstructurering van de democratische ruimte, in: R. Foqué en S. Gutwirth (red.), Vraagstukken van milieurechtelijke begripsvorming, Sanders Instituut, Gouda Quint, 2000.

Arendt (1958). Hannah Arendt, The human condition, University of Chicago Press, Chicago, 2e dr. 1998, (1e dr. 1958).

Arendt (1963). Hannah Arendt, *On Revolution*, Penguin Books, 1963.

Arentsen/Bressers/O'Toole (1999). M.J. Arentsen, H. Bressers en L. O'Toole, *Omgaan met onzekerheid in het milieubeleid*, in; *Beleidswetenschap 1999/4*, p. 377 en p. 380.

Scholten (1931). Paul Scholten, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Algemeen Deel*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1931, derde druk 1974, met feitelijke gegevens aangevuld door G.J. Scholten.

Baarda/De Goede (1996). D.B. Baarda, M.P.M. de Goede, *Basisboek methoden en technieken, praktische handleiding voor het opzetten en uitvoeren van onderzoek*, Stenfert Kroese, Houten, 1996.

Bäcker (2008). R.J.G. Bäcker, *De wet luchtkwaliteit: nieuwe ronde, nieuwe kansen?*, in *M en R*, nr. 7, 2008, pp. 421-427.

Backes e.a. (2004). Ch.W. Backes, A.B. Blomberg, M.P. Jongma, F.C.M.A. Michiels, H.F.M.W. van Rijswijk, *Hoofdlijnen milieubestuurrecht*, Boom Juridische uitgevers, Den Haag, 2004.

Backes (2010). Ch.W. Backes, *Meer ruimte voor het milieu – of toch minder milieu voor meer ruimte(lijke) ontwikkelingen?*, in; *Kansen in het Omgevingsrecht*, opstellen aangeboden aan prof. mr. N.S.J. Koeman, M.N. Boeve en R. Uylenburg (red.), Europa Law Publishing, Groningen, 2010.

Baldwin & Cave (1999). Martin Baldwin & Robert Cave, *Understanding regulation: theory, strategy, practice*. Oxford University Press, 1999

Barendrecht/Borgers/Van Egmond/In't Hout/Rademaker (2010). H. Barendrecht, H.C. Borgers, H.C.M. Van Egmond, J. In't Hout en B. Rademaker, *Handboek Wabo*, Sdu Uitgevers, Den Haag 2010.

Barkhuysen/Onrust (2010). Tom Barkhuysen en Fleur Onrust, *De betekenis van het voorzorgsbeginsel voor de Nederlandse (milieu)rechtspraktijk*, in; *Kansen in het omgevingsrecht*, Opstellen aangeboden aan prof. mr. N.S.J. Koeman, mr. M.N. Boeve en prof. mr. R. Uylenburg (red.), reeks Centrum voor Milieurecht Amsterdam, Europa Law Publishing, Groningen 2010.

Barstow Magraw/Hawke (2007). Daniel Barstow Magraw, Lisa D. Hawke, *Sustainable development*, in: *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, D. Bodansky, J. Brunnée, E. Hey (ed.), Oxford University Press, 2007.

Bastmeijer (2011). C.J. Bastmeijer, *Ieder voor zich en de natuur voor ons allen, over de relatie tussen mens en natuur en de toekomst van het natuurbeschermsrecht (rede)*, Boom Juridische uitgevers, Den Haag, 2011.

LITERATUUR

- Bergamin (1985). R.J.B. Bergamin, Rechtsvorming en rechtsbronnen, in: *Algemene begrippen van Staatsrecht*, P.W.C. Akkermans e.a., W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1985, pp. 9-28.
- Berman (1997). Harold J. Berman, *Law and Revolution, the formation of the Western legal tradition*, Cambridge (Mass.)/London, 1997 (1e dr. 1983).
- Biezeveld (1999). G.A. Biezeveld, Naar integrale rechtshandhaving met het oog op de omgevingskwaliteit, een tussenbalans van de ontwikkelingen sinds het verschijnen van het rapport *Handhaven met effect*, in; M en R, 1999 nr. 10, pp. 250-257.
- Biezeveld (2002). G.A. Biezeveld, *Duurzame milieuwetgeving, over wetgeving en bestuurlijke organisatie als instrument voor behoud en verandering (diss.)*, Boom Juridische Uitgevers, Den Haag, 2002.
- Biezeveld (2008). G.A. Biezeveld, *Zorgplichten in de milieuwetgeving*, in; *RegelMaat*, 2008 nr. 4, pp. 122-130.
- Biezeveld (2009). G.A. Biezeveld, *Onze ecologische voetafdruk en het milieurecht*, in; *Milieu en Recht* 2009, nr. 6, pp. 350-357.
- Blomberg/Michiels (1997). A.B. Blomberg, F.C.M.A. Michiels, *Handhaven met effect, een empirisch-juridische studie naar de mogelijkheden voor een effectieve handhaving van het recht*, VUGA Uitgeverij B.V., 's-Gravenhage, 1997.
- Boeve/Koeman (2005). M.N. Boeve, N.S.J. Koeman, *Milieukwaliteitsnormen in het bestemmingsplan onder de nieuwe Wro*, in; M en R, nr. 7, 2005, pp. 415-419.
- Boeve/Peeters/Poortinga (2010). Marlon Boeve, Marjan Peeters, Marjan Poortinga, *Een nieuwe regeling voor de ambtshalve wijziging van de milieuvergunning in het licht van het richtlijnvoorstel industriële emissies*, in; M en R, 2010 nr. 2, pp. 77-84.
- Borgers (1999). Harm C. Borgers, *In dubio pro natura: het functionele perspectief van het voorzorgbeginsel*, *Ars Aequi* 1999, nr. 5, pp. 431-441.
- Borgers (2004). H.C. Borgers, *Communiceren met Leviathan. Een interactionistisch perspectief op de bestuursrechtelijke rechtshandeling*, in: *In het licht van deze overwegingen, bijdragen aan het vierde symposium juridische argumentatie*, Rotterdam 27 juni 2003, E.T. Feteris e.a. (red.), *Ars Aequi Libri*, Nijmegen, 2004.
- Borgers (2005/A). H.C. Borgers, *De bestrijding van geurhinder*, in; M en R, nr. 3, 2005, pp. 126-134.
- Borgers (2005/B). H.C. Borgers, *Het Besluit luchtkwaliteit; de recente jurisprudentie in vogelvlucht*, in M en R, nr. 6, 2005, pp. 342-350.

Borgers (2005/C). H.C. Borgers, Inrichtingenregime Wm, in: Herijking milieuregeling, Verslag van de 83e ledenvergadering van de Vereniging voor Milieurecht op 18 februari 2004, nr. 2005-1, pp. 41-49.

Borgers (2006). H.C. Borgers, Luchtkwaliteit: hoge vlucht, zachte landing?, in M en R, nr. 5, 2006, pp. 300-304.

Borgers (2007). H.C. Borgers, De beste beschikbare technieken voor het bepalen van de beste beschikbare technieken, in: Nederlandse milieurichtlijnen en beste beschikbare technieken, verslag van de 95e ledenvergadering van de Vereniging voor Milieurecht op 28 maart 2007, N. Teesing (red.), Boom Juridische Uitgevers, Den Haag, 2007.

Borgers/Van der Heijden (2010). Harm Borgers, Jurgen van der Heijden, Het recht op duurzame gebiedsexploitatie, in; Bezinning op het omgevingsrecht, essays over de toekomst van het omgevingsrecht, publicatie van het ministerie van Infrastructuur en Milieu, 2010.

Borgers (2011/a). H.C. Borgers, Integrale en regionale uitvoering van het omgevingsrecht, in; NJB, 2011, 6 mei 2011, afl. 18, pp. 1186-1188.

Borgers (2011/b). H.C. Borgers, Fundamentele herziening omgevingsrecht noodzakelijk? Flexibiliteit, beleidsintegratie en duurzame belangenafweging in het omgevingsrecht, in; Tijdschrift voor Bouwrecht, 2011, nr.7, juli 2011.

Borgers/Van der Heijden (2011). Harm Borgers en Jurgen van der Heijden, Evenredig de ruimte, bestuurlijke ruimte in het afwegingskader van het omgevingsrecht op basis van evenredige belangenafweging, Eburon, Delft, 2011.

Borst (2004). Wim Borst, Paul Scholten en de 'rule of law', in: Rechtsfilosofie en Rechtstheorie, 2004, nr. 3, pp. 299-314..

Bosma (2009). W.J. Bosma, De wet 'Wijziging van de Wet milieubeheer (implementatie en derogatie luchtkwaliteitseisen), in; Bouwrecht 2009, nr. 8, pp. 641-647.

Van den Brand/Gierveld/Van der Sluis (2008). C.A.M. van den Brand, H.A.J. Gierveld, C.N. van der Sluis, Jurisprudentie luchtkwaliteit: saldering en maatregelen, in TO, 1, 2008, pp. 17-26.

Van den Brand/Kwast/Van der Sluis (2009). C.A.M. van den Brand, O. Kwast, C.N. van der Sluis, Recente ontwikkelingen in jurisprudentie en wetgeving over luchtkwaliteit, in TO, 2, 2009, pp. 69-83.

Van den Brand/Van der Sluis (2010). C.A.M. van den Brand, C.N. van der Sluis, Luchtkwaliteit in jurisprudentie en wetgeving, van onderzoeksplicht tot programma-toetsing, in; TO, 2, 2010, pp. 52-60.

LITERATUUR

- Braungart/McDonough (2002). Braungart/McDonough, *Cradle to Cradle (C2C)*, Remaking the way we make things, Ned. vertaling: Search Knowledge Scriptorum, 2009.
- Brundlandt (1987). World Commission on Environment and Development, *Our Common Future (The Brundtland Report)*, <http://www.un-documents.net>.
- Bruggink (1992). J.J.H. Bruggink, *Op zoek naar het recht, rechtsvinding in rechtstheoretisch perspectief*, Wolters-Noordhoff, Groningen, 1992 (3e dr.).
- Brussaard e.a. (1996). W. Brussaard, Th.G. Drupsteen, P.C. Gilhuis, N.S.J. Koeman, Milieurecht, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer, 1996 (4e dr.).
- Buijsman (2008). Ed Buijsman, *Meten waar de mensen zijn, de ontwikkeling van de stedelijke luchtkwaliteit in Nederland*, in: *Tijdschrift Lucht*, 2008, nr. 3, pp. 15-18 (deel 1) en nr. 4, pp. 27-30 (deel 2).
- Carson (1962). Rachel L. Carson, *Silent Spring*, First Mariner Books, edition 2002 (1e dr. 1962).
- Carolan (2006). Michael S. Carolan, *Scientific knowledge and environmental policy: why science needs values*, in: *Environmental Sciences*, 2006, nr. 3 (4), pp. 229-237.
- Castells (2000). Manuel Castells, *The rise of the Network Society*, 2nd ed., Blackwell Publishers, Oxford, 2000 (1e druk 1996).
- Cervantes (1605). Miguel de Cervantes Saaverdra, *De vernuftige Edelman Don Quichot van La Mancha*, vertaling Barver van de Pol, Athenaeum-Polak & Van Gennep, Amsterdam 1997
- Cie Bestuursrechtelijke en Privaatrechtelijke Handhaving (1998). Commissie Bestuursrechtelijke en Privaatrechtelijke Handhaving (1998), *Handhaven op niveau*, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 1998.
- Cie Mans (2008). Commissie Herziening Handhavingstelsel VROM-regelgeving, *De tijd is rijp*, 2008.
- Claes (2000). E. Claes, *boekbespreking van C.E. Smith, Feit en rechtsnorm*, in; *Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*, jaargang 2000, nr. 2, pp. 182-187.
- COM (2000). Mededeling van de Commissie van de Europese Gemeenschappen over het voorzorgsbeginsel, COM (2000)1, 2 februari 2000.
- Cramer (2009). Jacqueline Cramer, *reactie op het rapport 'Dynamiek in gebiedsgericht milieubeleid' van de VROM-raad, Persbericht VROM*, 8 juli 2009.

Damen (2009). L.J.A. Damen, Wim Duk: man van beleids- en beoordelingsvrijheid, of meer?, in: NTB 2009, pp. 194-195.

Damen e.a. (2005). Bestuursrecht, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2005.

Deflem (1992). Mathieu Deflem, De communicatie-theoretische benadering van het recht, fundamentele en kritieken van de rechtssociologie van Jürgen Habermas, in: Recht en Kritiek 1992, nr. 3, pp. 235-258.

Dijksterhuis (1975). E.J. Dijksterhuis, De mechanisering van het wereldbeeld, Amsterdam University Press, Amsterdam Academic Archive, 2006 (1^e druk 1950).

Djoghla (2007). Ahmed Djoghla, The Institutional Dimension of Sustainable Development, in: Environmental Policy and Law, 37/5, 2007, pp. 385-391.

Doorne (1986). Frans van Doorne, Kritische notities en voorstellen bij Habermas' grondslagenonderzoek – De dubbelzinnigheid van het begrip 'communicatief handelen', in: Frans van Doorne, Michiel Korthals (red), Filosofen en maatschappijkritiek, in debat met Habermas, Boom Meppel, Amsterdam, 1986.

Drupsteen/Gilhuis/Kleijns-Wijn Nobel/De Leeuw/Verschuuren (1998). Th. G. Drupsteen, P.C. Gilhuis, C.J. Kleijns-Wijn Nobel, S.D.M. De Leeuw, J.M. Verschuuren, De toekomst van de Wet milieubeheer, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 1998.

Duk (1978). W. Duk, De zachte kern van het bestuursrecht, in: RMThemis 1978, pp. 564-587.

Duk (1988). Prof. mr. W. Duk, Beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid, in: RM THEMIS 1988, pp. 156-169.

Duk (1999). Prof. mr. W. Duk, Recht en slecht, beginselen van een algemene rechtsleer. Ars Aequi Libri, Nijmegen, 1999.

Van Dunné (1971). Mr. J.M. van Dunné, Normatieve uitleg van rechtshandelingen. Een onderzoek naar de grondslagen van het geldende verbintenissenrecht (diss), Kluwer, Deventer 1971.

Dworkin (1977/a). Ronald Dworkin, Taking Rights Seriously, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1977.

Dworkin (1977/b). R.M. Dworkin, Is Law a System of Rules?, in; R.M. Dworkin (ed.), The Philosophy of law, Oxford University Press, 1977.

Dworkin (1986). Ronald Dworkin, Law's Empire, Hart Publishing, Oxford, 1998 (reprint).

LITERATUUR

Ebbesson (1996). Jonas Ebbesson, *Compatibility of International and National Environmental Law* (diss.), Kluwer Law International, London/The Hague/Boston 1996.

ECWM (2001). Evaluatiecommissie Wet milieubeheer, *Zorgplichten uit de Wet milieubeheer: meer dan een symbool, over de toepassing van de artikelen 1.1a en 10.3 van de Wet milieubeheer, mede bezien in relatie tot de toepassing van zorgplichten in andere milieuregelgeving*, Ministerie VROM, Den Haag, 2001.

Elk (2008). Gertjan van Elk, *Cradle to Cradle: afval = voesel, filosofie voor een milieuneutrale economie*, in: *De Natuurgids*, 2008, nr. 4, pp. 104-106.

Elkington (1999). John Elkington, *Cannibals with forks*, 1999.

Engels (2006). Hans Engels, *Rechtsregels en rechtsorde*, in: *Stcrt.* 2006, 22, p. 8.

Epstein (2008). Marc J. Epstein, *Duurzaamheid en winst bijten elkaar niet, Corporate Sustainability Model leidt tot strategisch inzicht*, in: *Finance & Control*, april 2008, pp. 34-41 (vert. Hugo Kuipers uit *Strategic Finance*, januari 2008).

van der Feltz (2004). G.C.W. van der Feltz, *Luchtkwaliteit in planologie en milieurecht*, in: *Milieu & Recht*, 2004, nr. 6, p. 329 e.v.

Fleurke/Michiels (2010). Floor Fleurke en Lex Michiels, *Een digitale structuur voor het omgevingsrecht*, in: *Bezinning op het omgevingsrecht, essays over de toekomst van het omgevingsrecht*, uitgave ministerie van Infrastructuur en Milieu.

Foqué (1987). René Foqué, *Het belang van recht, ontwikkelingen in de continentale rechtstheorie*, in: *Recht en legitimiteit*, E.H.L. Brugmans en J.L.M. Elders (red.), serie *Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* nr. 5, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1987.

Foqué (1992). René Foqué, *De ruimte van het recht (rede)*, Gouda Quint BV, Arnhem, 1992.

Foqué (1998). René Foqué, *De noodzakelijke verwevenheid van recht en ethiek*, in: *Ars Aequi*, 1998, nr. 1.

Foqué/'t Hart (1990). R. Foqué en A.C. 't Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Gouda Quint BV, Arnhem en Kluwer Rechtswetenschappen, Antwerpen, 1990.

Foqué/Gutwirth (2000). René Foqué & Serge Gutwirth, *Rechtstheoretische bemerkingen bij milieurechtelijke begripsvorming*, in: R. Foqué en S. Gutwirth (red.), *Vraagstukken van milieurechtelijke begripsvorming*, Sanders Instituut, Gouda Quint, 2000.

Franken (2001). *Encyclopedie*, 9e druk, 2001, pp 205-206

Fuller (1940). Lon L. Fuller, *The Law in Quest of Itself*.

Fuller (1958). Lon L. Fuller, *Positivism and Fidelity to Law, A Reply to Professor Hart*, 71 *Harvard Law Review*, pp. 630-650, 1958.

Fuller (1964). Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, (rev. ed. 1964).

Fuller (1965). Lon L. fuller, *A Reply to Professors Cohen and Dworkin*, in; *Villanova Law Review*, ed. 10, 1965, pp. 655-666.

Fuller (1968). Lon L. Fuller, *The Anatomy of the Law*, Frederick A. Praeger Publishers, London/New York, 1968.

Fuller (1983). Lon L. Fuller, *Principles of Social Order*.

Galanter (1974). Marc Galanter, *De duivel schijnt altijd op de grote hoop, bespiegelingen over de grenzen van rechtshervorming*, in; John Griffiths, *De sociale werking van recht, een kennismaking met de rechtssociologie en rechtsantropologie*, 3e dr. 1996 (vert. van *Why the 'haves' come out ahead: speculations on the limits of legal change*, *Law and Society Review* 9, pp. 95-160, 1974).

Gallie (1956). W.B. Gallie, *Essentially Contested Concepts*, *Proceedings of the Aristotelian Society*, Vol. 56., 1956.

Gazendam (1997). H.W.M. Gazendam, *Voorbij de dwang der techniek: naar een pluriforme bestuurlijke informatiekunde (rede)*, Universiteit Twente, 1997.

Van Geest (1999). mr. H.J.A.M. van Geest, *Ruimtelijke ordeningen en milieu: een balans*, Gemeentestem 1999/9601.

Gerards (2006). J.H. Gerards, *Belangenafweging bij rechterlijke toetsing aan fundamentele rechten (rede)*, Kluwer, Alphen a/d Rijn, 2006.

Gerards (2010). J.H. Gerards, *Meer rechtsbeginselen in de Awb? Gezichtspunten voor toekomstige codificatie*, in; *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Boom Juridische uitgevers, Den Haag, 2010

Van Gerven (1973). W. van Gerven, *Het beleid van de rechter*, *Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij*, Antwerpen + W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 3e dr., 1973.

Gezondheidsraad (2008). *Voorzorg met rede*, rapport aan de minister van VROM, september 2008.

Giddens (1984). Anthony Giddens, *The Constitution of Society, Outline of the Theory of Structuration*, Polity Press, Cambridge/Malden, 1984 (paperback edition 1986).

LITERATUUR

Giddens (1994). Anthony Giddens, *Living in a Post-Traditional Society*, in; *Reflexive Modernization, Politics, Tradition and Aesthetics in the modern social order*, U. Beck, A. Giddens, S. Lash, Polity Press, Cambridge/Malden, 1994.

Gilhuis (1999). P.C. Gilhuis, *De tegenstellingen voorbij: klassieke en alternatieve reguleringsinstrumenten vanuit juridisch perspectief bezien*, in; Gilhuis, Ten Heuvelhof e.a. (red.), *De effectiviteit van klassieke en alternatieve reguleringsinstrumenten in milieuhandhaving*, WODC nr. 179, Den Haag, 1999, pp. 1-14.

Glastra van Loon (1956). J.F. Glastra van Loon, *Norm en handeling, bijdrage tot een kentheoretische fundering der sociale wetenschappen*, Woters-Noordhoff B.V., 1987 (diss. Leiden, 1956; 2e druk 1987).

Glastra van Loon (1967). J.F. Glastra van Loon, *Een manier van doen*, in: *Ars Aequi XVI*, 1967, nr. 2-3, pp. 81-86.

Glastra van Loon (1980). J.F. Glastra van Loon, *De eenheid van het handelen, opstellen over recht en filosofie*, Boom Meppel, Amsterdam, 1980.

Glastra van Loon (1987). J.F. Glastra van Loon, *De ijdelheid van beslissingen, opstellen over recht, politiek en ethiek*, H.E. Stenfert Kroese B.V., Leiden/Antwerpen, 1987.

Glastra van Loon (2001). Jan Glastra van Loon, *De Platoonse cirkel, filosofische beschouwingen en actueel-maatschappelijke opstellen*. Samengesteld door Piet Hein van den Brandhof en Kees Schuyt, Uitgeverij Damon, Budel, 2001

Goddijn (1980). H.P.M. Goddijn (red.), *Max Weber: zijn leven, werk en betekenis*, Ambo, Baarn, 1980.

Gribnau (1998). J.L.M. Gribnau, *Rechtsbetrekking en rechtsbeginsel in het belastingrecht. Rechtstheoretische beschouwingen over navordering, toezegging en fiscale vaststellingsovereenkomst* (diss.), 1998, Gouda Quint, SI-EUR.

Gribnau (2000). J.L.M. Gribnau, *Des Pudels Kern? Rechtsbeginselen als fundamentele rechtsbron*, in: E.T. Feteris e.a. (red), *Met Recht en Reden, bijdragen aan het derde symposium juridische argumentatie*, Rotterdam 18 juni 1999, *Ars Aequi Libri*, Nijmegen, 2000

Griffiths (1996). John Griffiths, *De sociale werking van recht*, in: John Griffiths (red), *De sociale werking van recht, een kennismaking met de rechtssociologie en rechtsantropologie*, 3e dr., *Ars Aequi Libri*, Nijmegen, 1996.

Grin/van de Graaf/Vergragt (2003). John Grin, Henk van de Graaf, Philip Vergragt, *Een derde generatie milieubeleid: een sociologisch perspectief en een beleidswetenschappelijk programma*, in: *Beleidswetenschap*, 2003, nr. 1, pp. 51-72.

Gunsteren (1972). Herman van Gunsteren, *The quest for control, a critique of the rational-central-rule approach in public affairs* (diss.), Leiden (origineel).

Gunsteren/Ruyven (1995). Herman van Gunsteren en Edith van Ruyven, *Bestuur in de ongekende samenleving*, Sdu Juridische & Fiscale Uitgeverij, 1995.

Gutwirth/Van Maanen (1995). Serge Gutwirth en Gerrit van Maanen, *De natuur van het recht; het recht van de natuur. Verkenningen naar de grondslagen van het milieurecht*, in; *Recht en Kritiek*, 1995 nr. 4, *Ars Aequi Libri*.

Gutwirth (2000). Serge Gutwirth, *De wetenschappelijke dimensies van milieurechtelijke begripsvorming*, in: R. Foqué en S. Gutwirth (red.), *Vraagstukken van milieurechtelijke begripsvorming*, Sanders Instituut, Gouda Quint, 2000.

Habermas (1981). J. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, 1981.

Habermas (1992). J. Habermas, *Between Facts and Norms*, Polity Press, Cambridge UK, 1996 (vert. William Rehg), oorspr: *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1992.

Habermas (1998-1). J. Habermas, *Paradigms of Law*, Benjamin N. Cardozo School of Law, in; *Habermas on Law and Democracy: critical exchanges*, Michel Rosenfeld, Andrew Arato (ed.), University of California Press, Berkeley/Los Angeles/London, 1998.

Habermas (1998-2). J. Habermas, *Reply to Symposium Participants*, Benjamin N. Cardozo School of Law, in; *Habermas on Law and Democracy: critical exchanges*, Michel Rosenfeld, Andrew Arato (ed.), University of California Press, Berkeley/Los Angeles/London, 1998.

Hage (1982). J.C. Hage, Rawls, Dworkin en Nozick over vrijheid, in: *Ned. Tijdschrift voor rechtsfilosofie en rechtstheorie*, 1982, pp. 131-150.

van Hall (1995). Alfred van Hall, *Het specialiteitsbeginsel in het waterstaatsrecht, over kringen van belangen* (rede), W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1995.

van Hall (2000). A. van Hall, *Belangenafweging in de wet op de fysieke omgeving*, in; *Lex Aquarium, liber amoricum* (Teulingsbundel), A. Driesprong (red.), Den Haag, Min. Verkeer en Waterstaat, pp. 138-159.

Hart (1977). H.L.A. Hart, *Positivism and the separation of Law and Morals*, in; R.M. Dworkin (ed.), *The Philosophy of law*, Oxford University Press, 1977.

Hart (1961). H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, editie 1994 (heruitgave 1^e dr. 1961, met postscriptum).

LITERATUUR

Heldeweg (1993). Michiel Heldeweg, Normstelling en expertise, waarborgen voor technische deskundigheid in het bijzonder bij vergunningverlening in het milieu-bedrijf (diss.), Sdu, Den Haag 1993.

Ter Heide (1967). J. ter Heide, Iudex viator: probleem of systeemdenken of gesystematiseerd probleemdenken, in: *Ars Aequi*, 1967.

Van der Heijden (2001). G.M.A. van der Heijden, Een filosofie van behoorlijk bestuur, een verklaring voor de juridische en de maatschappelijke functie van de beginselen van behoorlijk bestuur, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 2001 (diss.).

Van der Heijden (2010). Jurgen van der Heijden, Combineer wat je hebt, duurzaamheid door het verbinden van maatschappelijke functies, Eburon, Delft 2010.

Hemerijck/Hazeu (2004). A.C. Hemerijck en C.A. Hazeu, Werkt het, past het, mag het, en hoort het? De kernvragen van beleidsvorming, toegepast op milieubeleid, in: *Bestuurskunde*, 2004, nr. 2, pp. 55-64.

Hertogh (1997). M.J.C.M. Hertogh, Belangen bij complexe infrastructurele projecten, DELWEL Uitgeverij B.V., 's-Gravenhage, 1997.

Hertogh/Westerveld (2010). Marcel Hertogh, Eddy Westerveld, Playing with Complexity, management and organisation of large infrastructure project (diss.), AT Osborne/Transumo, 2010.

Hey (2003). Ellen Hey, Duurzame Ontwikkeling en Normatieve Ontwikkeling en Legitimiteit van Besluitvorming, in: *Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht*, Nr. 127, preadviezen: Volkenrecht en Duurzame Ontwikkeling, T.M.C. Asser Press, 2003.

Hildebrandt (2002). M. Hildebrandt, Straf(begrip) en procesbeginsel, een onderzoek naar de betekenis van straf en strafbegrip en de waarde van het procesbeginsel naar aanleiding van de consensuele afdoening van strafzaken (diss.), Kluwer, Sanders Instituut, 2002.

Hirsch Ballin (1988). E.M.H. Hirsch Ballin, Object en methode van de wetenschap van het staatsrecht en het bestuursrecht, in: O.W.M. Kamstra e.a. (red.), *Nederlandse rechtswetenschap, tussen distantie en betrokkenheid: paradigma's in de twintigste eeuw*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1988.

Hirsch Ballin (1991). E.M.H. Hirsch Ballin, Rechtsstaat & Beleid, een keuze uit het werk van mr. E.M.H. Hirsch Ballin, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1991.

Holterman (2001). Th. Holterman, Onderhandelend bestuur: een paraplubegrip. Een review essay, in; *Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*, jaargang 2001, nr. 3, pp. 242-259.

Hoitink (1998). J.E. Hoitink, *Bestaande rechten in het milieurecht* (diss.), W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer, 1998.

van Hoof (1983). J.J.B.M. van Hoof, *Symbolisch interactionisme*, in: L. Rademaker en H. Bergman (ed.), *Sociologische stromingen*, Het Spectrum/Intermediair, 3e druk 1983, pp. 233-234.

Horn (2005). Patrick Rogers Horn, *Gadamer and Wittgenstein on the unity of language: reality and discourse without metaphysics* (Ashgate Wittgensteinian studies), Ashgate Publishing Limited, 2005.

Hughes/Sharrock (1997). John Hughes, Wes Sharrock, *The philosophy of social research*, 3rd ed., Longman social research series, 1997 (1st ed. 1980).

Janssen (2010). A.A.C.J. Janssen, *Alle alarmbellen rinkelen. Over de complexiteit van het omgevingsrecht*, in; *MenR* 2010, nr. 4, pp. 213 ev.

Jong (1997). P. Jong, *Handhaafbaar milieurecht, bestuursrechtelijke handhaafbaarheid van milieurecht als normstellingsprobleem* (diss.), W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 1997.

Jongma (2006). M.P. Jongma, *De doorwerking van Europese BREF-documenten in het nationale recht*, in; *M en R*, 2006 nr. 6, p. 346 e.v.

Jongma (2002). M.P. Jongma, *De milieuvergunning, een onderzoek naar het beschermingsniveau en de soorten voorschriften*, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 2002.

Jonsen/Toulmin (1988). Albert R. Jonsen & Stephen Toulmin, *The abuse of casuistry, a history of moral reasoning*, University of California Press, Berkeley/Los Angeles/London, 1988.

Kellermann (2006). Anastasia A. Kellermann, *Duurzame Overheid? Tijd voor Duurzaam Leiderschap*, essay voor het programma "Leren voor duurzame ontwikkeling", SenterNovem, 15 oktober 2006, www.senternovem.nl.

Kenny (1973). Anthony Kenny, *Wittgenstein*, Uitgeverij Het Spectrum, Utrecht/Antwerpen, vert. Alice ter Meulen, 1974.

Kjellén (2007). Bo Kjellén, *The New Diplomacy for Sustainable Development and the Negotiations on Climate Change*, in: *Environmental Policy and Law*, 37/2-3, 2007, pp. 207-213.

Knijff (2010). C.L. Knijff, *Beste beschikbare technieken, jurisprudentie: toetsingskader, termijnen, beste en 'light' technieken*, in; *M en R*, 2010 nr. 2, pp. 151-158.

LITERATUUR

- Koelemeijer e.a. (2005). R.B.A. Koelemeijer, Ch.W. Backes, W.F. Blom, A.A. Bouwman, P. Hammingh, Consequenties van de EU-luchtkwaliteitsrichtlijnen voor ruimtelijke ontwikkelingsplannen in verschillende EU-landen, Milieu- en Natuurplanbureau, achtergrondrapport bij Milieubalans 2005, rapport 500052001/2005.
- Korthals (1986). Miciel Korthals, De ideale communicatiegemeenschap, in: Frans van Doorne, Michiel Korthals (red), *Filosofen en maatschappijkritiek, in debat met Habermas*, Boom Meppel, Amsterdam, 1986.
- Korthals (1994). M. Korthals, *Duurzaamheid en democratie (rede)*, uitgave inauguratie, Universiteit Wageningen.
- Krämer (2007). L. Krämer, Better regulation for the EC environment: on the quality of EC environmental legislation, in: *M&R 2007*, nr. 4, pp. 70-74.
- Kuhn (1962). T.S. Kuhn, *De structuur van wetenschappelijke revoluties*, Boom, Amsterdam (Ned. vert. Bastiaan Willink, met inl. Chris Buskes). Oorspr. *The structure of scientific revolutions*, The University of Chicago Press, 1962, 2e dr. 1970.
- Kunneman (1983). Harry Kunneman, *Habermas' theorie van het communicatieve handelen, een samenvatting*, Boom, Meppel/Amsterdam, 1983.
- Lakatos (1978). I. Lakatos, *The methodology of scientific research programmes*, Cambridge 1978.
- Lambers (1994). C. Lambers, *De ontbrekende schakel in het milieurecht, het tekort aan normen in de Wet milieubeheer (rede)*, Kluwer, Deventer, 1994.
- Lambers, K. (1994). Kees Lambers, *De normen van het milieu en het recht*, in: *Milieu rechtgezet? Een bezinning over de grondslagen en toepassing van het milieurecht*, Serge Gutwirth (ed.), *Tegenspraak Cahier 15*, Mys&Breesch uitgevers, Gent, 1994.
- Lambers (2001). C. Lambers, *Het voorzorgbeginsel. Vluchten kan niet meer*, in: P.C. Gilhuis, A.H.J. van den Biesen, *Beginselen in het milieurecht*, Kluwer, 2001, pp. 55-70.
- de Lange (1991). R. de Lange, *Publiekrechtelijke rechtsvinding (diss.)*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1991.
- Langbroek/Graat/Ten Berge (2000). Dr. P.M. Langbroek, dr. P.A.M.J. Graat en prof.mr. J.B.J.M. ten Berge, *Inleiding: kwaliteitskunde en bestuursrecht*, in: *Kwaliteit van overheidsbestuur, enkele verkenningen van veranderingen in bestuursrechtelijke verhoudingen ten gevolge van de invoering van kwaliteitszorg bij de overheid*, G.J. Wiarda Instituut, Utrecht, 2000.

Leemans (2007). T.C. Leemans, De Nederlandse milieuriichtlijnen en BBT: de toetsing door de rechter, in; Nederlandse milieuriichtlijnen en beste beschikbare technieken, verslag van de 95e ledenvergadering van de Vereniging voor Milieurecht op 28 maart 2007, N. Teesing (red.), Boom Juridische Uitgevers, Den Haag, 2007.

Leemans (2008). T.C. Leemans, De toetsing door de bestuursrechter in milieugeschillen, over rechterlijke toetsingsintensiteit, bestuurlijke beslissingsruimte en deskundigenadvies (diss), Boom Juridische uitgevers, Den Haag en Meppel, 2008.

Lewis (1996). Norman D. Lewis, Choice and the Legal Order, Rising above Politics, Butterworth & Co Publishers Ltd., London/Dublin/Edinburgh, 1996.

Loth (1988). M.A. Loth, Handeling en aansprakelijkheid in het recht (diss), Gouda Quint BV, Arnhem, 1988.

Loth (1989). M.A. Loth, De valkuilen van de taal filosofie. Een reactie, in; Recht en kritiek, jaargang 15 (1989), nr. 3, pp. 305-310.

Loth/Cliteur (1992). M.A. Loth en P.B. Cliteur (red.), Rechtsfilosofen van de twintigste eeuw, Goude Quint, Arnhem, 1992.

Loth (1998). M.A. Loth, Een horizon van mogelijkheden. Over sociale cohesie, recht en de rol van rechtsbegrippen, in: P.B. Cliteur, e.a. (ed.), Sociale cohesie en het recht, Koninklijke Vermande, Lelystad 1998, pp. 293-303.

Loth/Gaakeer (2002). M.A. Loth en A.M.P. Gaakeer, Meesterlijk recht, over recht, rechtswetenschap en juristerij, Boom Juridische Uitgevers, Den Haag, 2002.

Loth (2005). M.A. Loth, Oordelen op tegenspraak. Over de rationaliteit van het rechterlijk oordeel, in; Rechtsfilosofie en Rechtstheorie, jaargang 2005, pp. 57-80.

Loth (2008). M.A. Loth, Rechtseenheid in veelvoud, in; W.M.T. Keukens en M.C.A. van den Nieuwenhuijzen (red.), Raad & Daad, over de rechtsvormende taak van de Hoge Raad, Ars Aequi Libri, Nijmegen 2008.

Loth (2009). M.A. Loth, Op de bres voor rechtszekerheid, in: Rechtsfilosofie en Rechtstheorie, 2009/1, pp. 17-26.

Magraw/Hawke (2007). Daniel Barstow Magraw and Lisa D. Hawke, Sustainable Development, in; The Oxford Handbook of International Environmental Law, Daniel Bodansky, Jutta Brunnée, Ellen Hey (red.), Oxford University Press, 2007, pp. 613-638.

Mak (2004). P.J. Mak, Luchtkwaliteitseisen: niet nieuw, wel hot, in: MenR 2004, nr. 6, pp. 322-328.

LITERATUUR

- Maris (1996). C.W. Maris, Inleiding, de Derde Man. Over de actualiteit van Paul Scholten, in; De actualiteit van Paul Scholten, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 1996.
- McDowell (1994). John McDowell, Mind and World, Harvard University Press, Cambridge/London, 1994 (3e dr. 1996).
- Mededeling Commissie EU (2000). Mededeling van de Commissie over het voorzorgsbeginsel, Brussel, 2.2.2000, COM (2000), 1.
- MenR (2004) en MenR (2006). Themanummers Luchtkwaliteit, Tijdschrift voor Milieu en Recht, 2004 nr. 6 en 2006 nr. 5.
- Monitor Duurzaam Nederland (2009). Monitor Duurzaam Nederland 2009, Centraal Bureau voor de Statistiek, Den Haag/Heerlen; Centraal Planbureau, Den Haag;
- Moore (1973). Sally F. Moore, Recht en maatschappelijke verandering, de rol van het 'semi-autonoom sociaal veld' bij de sociale werking van het recht, in; De sociale werking van recht, een kennismaking met de rechtssociologie en rechtsantropologie, John Griffiths (red.), Ars Aequi Libri, Nijmegen, 3e dr., 1996.
- MNP (2006). Milieu en Natuur Planbureau, Nationale Milieuverkenning 6, 2006-2040, Sdu, Den Haag 2006.
- Nicolaï (1990). P. Nicolaï, Beginselen van behoorlijk bestuur (diss.), Kluwer, Deventer 1990.
- Niemeijer (1996). Bert Niemeijer, Rechtshandhaving, in; De sociale werking van recht, een kennismaking met de rechtssociologie en rechtsantropologie, John Griffiths (red.), Ars Aequi Libri, Nijmegen, 3e dr., 1996, pp. 698-704.
- Nijmeijer (2010). A.G.A. Nijmeijer, Tijdelijk afwijken van milieukwaliteitsnormen. (Geen) zorgen voor morgen?, in; Tijdschrift voor Bouwrecht, nr. 1, jan. 2010, pp. 42-49.
- Nollkaemper (2001). Prof.dr. A. Nollkaemper, De kracht van het onbepaalde: de rechter en het beginsel van duurzame ontwikkeling, in; Beginselen in het milieurecht,
- Ost (1995). François Ost, De filosofische grondslagen van het milieurecht: Descartes voorbij, in; Recht en Kritiek, 1995, nr.4, pp. 48-59.
- Peirce (1878). Charles S. Peirce, How to Make Our Ideas Clear, in; Popular Science Monthly 12, January 1878, pp. 286-302 (verkrijgbaar via www.peirce.org).
- Pieterman/Hanekamp/Bergkamp (2006). R. Pieterman, J.C. Hanekamp, L. Bergkamp, Onzekere voorzorg bedreigt rechtszekerheid, in; NJB 2006, nr. 1, pp. 2-8.

Pieterman (2007). Roel Pieterman, *De voorzorgcultuur, streven naar veiligheid in een wereld vol risico en onzekerheid*, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2008.

Pieterman/Arnoldussen (2008). Roel Pieterman en Tobias Arnoldussen, *Het voorzorgbeginsel: over ideologie en onzekerheid*, in; *Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*, 2008/3, pp. 230-251.

Pieterman/Arnoldussen/Kortleven (2009). R. Pieterman, T. Arnoldussen, W.J. Kortleven, *Voorzorg en integraliteit*, in; *Bij twijfel (niet) doen? Over de invulling van het voorzorgbeginsel en het omgaan met onzekerheden*, Verslag van de 105e ledenvergadering van de Vereniging voor Milieurecht op 29 oktober 2009, Boom Juridische uitgevers, Den Haag, 2009, pp. 31-57.

Pitkin (1972). Hanna Fenichel Pitkin, *Wittgenstein and Justice. On the Significance of Ludwig Wittgenstein for Social and Political Thought*, University of California Press, Berkeley/Los Angeles/London, 1972.

Quine (1953). W.V.O. Quine, *From a logical point of view*, Harvard Un. Press, 1953.
Quine (1961). W.V.O. Quine, *Two dogmas of empiricism*, in: *From a logical point of view, logico-philosophical essays*, 1961.

Ragas/Leuven/Schoof (1994). A.M.J. Ragas, R.S.E.W. Leuven, D.J.W. Schoof, *Milieu-kwaliteit en normstelling, handboeken milieukunde 1*, Boom, Amsterdam/Meppel, 1994.

Raes (1987). Koen Raes, *De contextualiteit van het recht (redactioneel)*, in; *Recht en Kritiek* 13 (1987), nr. 2, pp. 115-121.

Raes (1991). Koen Raes, *Rechtsbeginselen en de morele eenheid van het recht*, in: *Rechtsbeginselen, Ars Aequi (bijzonder nummer)*, 1991, pp. 57-68.

van Ree (1998). F.J.C. van Ree, *Over het vrije verkeer tussen individu, maatschappij en staat, een analyse van de functionele rechtsopvattingen van J.F. Glastra van Loon en J. ter Heide (diss.)*, Amsterdam, 1998.

Ringeling (2007). Arthur Ringeling, *Tussen Distantie en Betrokkenheid, een bericht aan de tovenaarsleerlingen (rede)*, Eburon Delft, 2007.

Roelands-Fransen (2011). Daniëlle Roelands-Fransen, *Luchtkwaliteit: is de lucht geklaard? De toepassing van een programmatische aanpak in het omgevingsrecht*, TBR 2011/56.

Van Roermund (2000). Bert van Roermund, *Sprongen bij Scholten*, in; *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie & Rechtstheorie*, 2000, nr. 3., pp. 215-228.

LITERATUUR

De Roo (2004). Gert de Roo, Toekomst van het milieubeleid, over de regels en het spel van decentralisatie – een bestuurskundige beschouwing, Koninklijke Van Gorcum, Assen 2004.

Rotmans (2003). Jan Rotmans, Transitie management: sleutel voor een duurzame samenleving, Koninklijke Van Gorcum, Assen, 2003.

Rorty (1992). Richard Rorty, Contingentie, ironie en solidariteit. Kok Agora, 1992 (vert. K. Vuyk, oorspr. titel: 1989)

Rosenfeld (1998). Michel Rosenfeld, Can Rights, Democracy, and Justice Be Reconciled through Discourse Theory? Reflections on Habermas' Proceduralist Paradigm of Law, in: Michel Rosenfeld and Andrew Arato (ed.), Habermas on Law and Democracy: critical exchanges, University of California Press, Berkeley/Los Angeles/London, 1998.

Ross (2008). Andrea Ross, Why legislate for Sustainable Development? An examination of sustainable development provisions in UK and Scottish Statutes, in: Journal of Environmental Law, 2008, 35-68.

Rulkens (2008). Wim Rulkens, Milieutechnologie: snelweg naar een duurzame ontwikkeling, in: Afvalwaterwetenschap, nr 2, 2008, pp. 72-92.

Ruimschotel/Van Reenen/Klaasen (1996). D. Ruimschotel, P. van Reenen, H.M. Klaasen, De Tafel van Elf, in; Beleidsanalyse 1996, nr. 3, p. 4 e.v.

Scheltema (2001). M. Scheltema, Publieke en private verantwoordelijkheid in een kennissamenleving, in; De werkelijkheid van het milieurecht, M.V.C. Aalders en M.N. Boeve (red.), Centrum voor Milieurecht, Kluwer, Alphen a/d Rijn, 2001.

Scheltema (2006). M. Scheltema, Staatsrecht zonder staat?, NJB 2006/4, pp. 192-196.

Scheltema (2007). Michiel Scheltema, Is de rechter niet democratischer dan wij denken? In; Macht en verantwoordelijkheid, essays voor Kees Schuyt, Amsterdam University Press, 2007.

Schueler (2009). B.J. Schueler, Het vernieuwde voorzorgsbeginsel als maatstaf voor de bestuursrechter, in; Bij twijfel (niet) doen? Over de invulling van het voorzorgsbeginsel en het omgaan met onzekerheden, Verslag van de 105e ledenvergadering van de Vereniging voor Milieurecht op 29 oktober 2009, Boom Juridische uitgevers, Den Haag, 2009, pp. 15-30.

Van Schilfgaarde (2006). P. van Schilfgaarde, Acciditutie in de rechtsvinding, WPNR, 2006/6649, pp. 1-11.

Schiller (2005). Frank Schiller, *Environmental Symbolism and the Discourse on Sustainability*, Vortrag bei der ISA RC 24 Conference "Double Standards and Simulation: Symbolism, Rhetoric and Irony in Eco-Politics" in Bath, 3. 9. 2005, download via <http://www.sozialforschung.org>.

Schippers/Besselink (2007). E.C.M. Schippers, H.J.M. Besselink, *Luchtkwaliteit, de finale?*, in *Gst.*, 7282, 2007, pp. 535-547.

Schippers/Besselink (2009). E.C.M. Schippers, H.J.M. Besselink, *Luchtkwaliteit. Weer nieuwe regels; het kader compleet!*, in *Gst.*, 2009/75.

Schlössels (1998). R.J.N. Schlössels, *Het specialiteitsbeginsel, over de structuur van bestuursbevoegdheden, wetmatigheid van bestuur en beleidsvrijheid (diss.)*, Sdu Uitgevers, Den Haag, 1998.

Schrijver (2003). Nico J. Schrijver, *De verankering en betekenis van duurzame ontwikkeling in het internationale recht (preadvies)*, in; *Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht*, nr. 127, T.M.C. Asser Press, Leiden, 2003.

Schutte-Postma (2001). Loes Schutte-Postma, *Luchtkwaliteit langs snelwegen: een hele opgave*, in; *M en R* 2001, nr. 10, pp. 247-253.

Schuyt (1985). C.J.M. Schuyt, *Sturing en het recht*, in; *Het schip van staat, beschouwingen over recht, staat en sturing*, M.A.P. Bovens en W.J. Witteveen (red.), W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1985.

Schuyt (1988). C.J.M. Schuyt, *De veranderende plaats van de Hoge Raad in de samenleving*, in: *De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel, de veranderingen in de rol van de Hoge Raad als rechtsvormer*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1988.

Schuyt (1991). C.J.M. Schuyt, *Op zoek naar het hart van de verzorgingsstaat*, Stenfert Kroese, Leiden/Antwerpen 1991.

Schuyt (2003). K. Schuyt, *Het pragmatisme in de filosofie van J.F. Glastra van Loon*, in; *Rechtsfilosofie en rechtstheorie*, jaargang 2003, nr. 1, pp. 41-54.

Smith, N. (1997). Nicolas H. Smith, *Strong hermeneutics: contingency and moral identity*, Routledge, 1997

Smith, C.E. (1998). C.E. Smith, *Feit en rechtsnorm (diss.)*, Shaker Publishing, Maastricht, 1998.

Smith, C.E. (2007). Carel E. Smith, *Regels van rechtsvinding*, Boom Juridische uitgevers, Den Haag, 2007 (2^e dr.).

LITERATUUR

- Smith, C.E. (2009). Carel E. Smith, Het normatieve karakter van de rechtswetenschap: recht als oordeel, in: *Ned. Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*, 2009/3, pp. 202-225.
- Smits (1995). John Smits, Milieubeleid gestuurd? Een onderzoek naar de invloed van het BUGM op het gemeentelijk milieubeleid in Noord-Brabant (diss.), Thesis Publishers Amsterdam, 1995.
- Snellen (1989). mr. dr. I.Th.M. Snellen, Domeinconflicten tussen recht en beleid, rede, Samsom H.D. Tjeenk Willink, Alphen aan den Rijn, 1989.
- Soeteman (1991). A. Soeteman, Over de rol van rechtsbeginselen in het recht, in; *Rechtsbeginselen, Ars Aequi*, oktober 1991, pp. 28-40.
- Soeteman (1992). A. Soeteman, Ronald Dworkin, in; *Loth/Cliteur* (1992).
- Soer (2007). J.H.K.C. Soer, Externe veiligheid in ruimtelijke planvorming, *Bouwrecht*, 2007/9, pp. 729-738.
- Spaans/Michiels (2000). L.A.J. Spaans, F.C.M.A. Michiels, De waarde(n) van milieukwaliteitsnormen, BJu, Den Haag, 2000.
- Spaans (2002). L.A.J. Spaans, Milieukwaliteitsnormstelling, over de wijze van milieukwaliteitsnormstelling binnen de democratische rechtsstaat (diss.), BJu, 2002.
- STEM (2005/A). Onzekere milieurisico's, een onderzoek naar de wijze van omgaan met onzekere milieurisico's door de wetgever, bestuur en de rechter, Deel 1: inleidend rapport, juli 2005.
- STEM (2005/B). Modernisering van pseudowetgeving, 2005/6.
- STEM (2008). Ambtshalve wijziging van de milieuvergunning. Het richtlijnvoorstel Industriële emissies en de actualisatie van milieuvergunningen, maart 2009, STEM 2008/3.
- STEM (2009). Structurele evaluatie milieuwetgeving (STEM), De Wet milieubeheer als kader voor implementatie van Europese wetgeving, een verkenning naar mogelijkheden en knelpunten voor een correcte implementatie, december 2009, STEM 2009/2.
- Stolker (2003). C.J.J.M. Stolker, Ja, geléerd zijn jullie wel! Over de status van de rechtswetenschap, in: *NJB*, 2003, afl. 15, pp. 766-778.
- Taekema (2010). Sanne Taekema, Het probleem van pragmatisme. Een vertrekpunt voor rechtstheorie en rechtsmethodologie (oratie), Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2010.

Taekema/Loth/Gaakeer (2011). Sanne Taekema, M.A. Loth, A.M.P. Gaakeer, *Recht in context, een inleiding tot de rechtswetenschap*, Boom juridische uitgevers, Den Haag 2011.

Taylor (1989). Charles Taylor, *Sources of the Self, the making of the modern identity*. Cambridge University Press, 1989.

Taylor (1995). Charles Taylor, *Philosophical arguments*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1995.

Teekens (2005). J. Teekens, *IPPC en milieuzorg geïntegreerd in de Wet milieubeheer*, in; VMR 2005/2, Boom juridische uitgevers, Den Haag, 2005.

Teunissen/Tak (1994). J.M.H.F. Teunissen en A.Q.C. Tak, *Recht ist wat der Umwelt nützt? Over zorgplichtbepalingen, civiele acties en tweewegenleer. Een overdenking n.a.v. de opnemng van een zorgplichtbepaling in de Wet milieubeheer*, in: NJB, 1994, afl. 18, pp. 605-616.

Teunissen (2007). Prof.mr. J.M.H.F. Teunissen, *Handboek milieurecht, 2^e dr.*, Berghauser Pont Publishing, Amsterdam 2007.

Tladi (2007). Dire Tladi, *Towards a nuanced conceptualisation of sustainable development in international law: an analysis of key enviro-economic instruments*, Pretoria University Law Press, 2007.

Tonnaer (2011). F.P.C.L. Tonnaer, *Quo Vadis? Over vertrouwen in het omgevingsrecht (oratie)*, Berghauser Pont, 2011.

Toulmin (1972). Stephen Toulmin, *Human Understanding, the Collective Use and Evolution of Concepts*, Princeton University Press, New Jersey, 1972.

Jonsen/Jonsen/Toulmin (1988). Albert R. Jonsen & Stephen Toulmin, *The Abuse of Casuistry, a History of Moral Reasoning*, University of California Press, Berkeley/Los Angeles/London, 1988.

Toulmin (1990). Stephen Toulmin, *Kosmopolis, Verborgene agenda van de Moderne Tijd*, vert. Maarten van der Marel, Uitgeverij Kok Agora, Kampen (oorspr.titel *Cosmopolis; The Hidden Agenda of Modernity*, The Free Press, New York, 1990).

Toulmin (2001). Stephen Toulmin, *Terug naar de Rede*, vert. Maarten van der Marel en Peter Diderich, Agora/Pelckmans, Kampen/Kapellen (oorspr.titel *Return to Reason*, Harvard University Press, Cambridge, 2001).

Trommel (1995). Willem Trommel, *Ongekende wetenschap*, in: van Gunsteren & van Ruyven (1995).

LITERATUUR

Trouwborst (2007). A. Trouwborst, De harde kern van het voorzorgbeginsel, *MenR* 2007, nr. 4, pp. 198-205.

Verschuuren (1993). Jonathan Verschuuren, Het grondrecht op bescherming van het leefmilieu (diss.), W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1993.

Verschuuren (1995). Jonathan Verschuuren, Naar een codificatie van beginselen van het milieurecht, in; *Recht en Kritiek*, 1995 nr. 4, *Ars Aequi Libri*, pp. 421-445.

Verschuuren (2004). Jonathan Verschuuren, De werking van de wet, in; Willem Witteveen, Jonathan Verschuuren (red.), *De Fascinatie. Wat wetgevingsonderzoekers bezighoudt*, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2004, p. 89-93.

De Vries (1995). Gerard de Vries, De ontwikkeling van wetenschap, een inleiding in de wetenschapsfilosofie, Wolters-Noordhoff, Groningen, 3e dr. 1995.

Visser (2001). M.J.C. Visser, *Zorgplichtbepalingen in het strafrecht* (diss.), Gouda Quint, Deventer 2001.

Vranken (2010). J.B.M. Vranken, Pluriforme rechtswetenschap, in; *Alleen samen, opstellen aangeboden aan prof.mr. M.A.M.C. van den Berg*, onder redactie van M.A.B. Chao-Duivis, C.E.C. Jansen, J.B.M. Vranken, Stichting Instituut voor Bouwrecht, 2010, pp. 445-467.

VROM-Publicatie (2004). Meer dan één stap vooruit!, ervaringen uit 25 projecten Stad & Milieu, www.vrom.nl, mei 2004.

VROM-Raad (2006). VROM-Raad, Ruimte geven, ruimte nemen, voorstellen ter verbetering van de uitvoering van het ruimtelijk beleid, Advies 51, Den Haag, maart 2006.

VROM-Raad (2008). VROM-Raad, Wisselende coalities: naar een effectief regionaal ruimtelijk beleid, Advies 68, Den Haag, oktober 2008.

VROM-Raad (2009). VROM-Raad, Dynamiek in gebiedsgericht milieubeleid, ontwikkelen door herschikken, Advies 75, Den Haag, juli 2009.

VROM-Raad (2010). VROM-Raad, Maak ruimte voor vernieuwing, Investeren en besparen in het fysieke domein, www.vromraad.nl, Den Haag, juli 2010.

Vuyk (1990). Kees Vuyk, *Homo Volens: beschouwingen over de moderne mens als willende mens, naar aanleiding van Nietzsche en Heidegger*, Kok Agora, Kampen, 1990 (diss.).

De Waard (1998). B.W.N. de Waard, Knellend bestuursrecht, reactie op het rapport 'Bestuur in geding' van de werkgroep Van Kemenade', in; Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht, 1998, pp. 60-65.

van der Wal/van Schaik (2007). Mr. G. van der Wal, mr. F.Y. van Schaik, De Nederlandse toepassing van de Habitatrichtlijn: een te grote rem op bedrijvigheid? in; BR 2007/156, p. 652

Waismann (1951). F. Waismann, Verifiability, in; Essays on Logic and Language (first series), Gilbert Ryle & Antony Flew (eds.), B. Blackwell, 1951.

Waite (2007). Andrew Waite, The Legal Approach to Sustainability, in: Environmental Policy and Law, 37/1, 2007, pp. 26-30.

Weber (1956). Max Weber, Soziologie, Weltgeschichtliche Analysen, Politik, mit einer einleitung von Eduard Baumgarten, Herausgabe, Alfred Kröner Verlag, Stuttgart, 1956.

Westerman (2003). P.C. Westerman, Twee pleidooien voor formalisering (oraties Amsterdam VU en Groningen), Boom Juridische uitgevers, Den Haag, 2003.

Wiarda (1963). G.J. Wiarda, Drie typen van rechtsvinding, Rechter als spreekbuis der wet, als wetsvertolker en als "goede mannen" oordelend naar billijkheid, bewerking van een lezing van 10 nov. 1962 voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, opgenomen in; Een bundel gedachten, jubileum-uitgave N.V. uitgevers-mij. W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1963.

Wiener (2007). Jonathan B. Wiener, Precaution, in; The Oxford Handbook of International Environmental Law, Daniel Bodansky, Jutta Brunnée, Ellen Hey (ed.), Oxford University Press, 2007, pp. 597-612.

Van Wijk/Konijnenbelt (2008). Hoofdstukken van bestuursrecht, Willem Konijnenbelt, H.D. van Wijk & Van Male, Reed Business, 2008.

Witteveen (1999). Willem J. Witteveen, Rediscovering Fuller: An Introduction, in: Willem J. Witteveen and Wibren van der Burg, Rediscovering Fuller, essays on Implicit Law and Institutional Design, Amsterdam University Press, Amsterdam, 1999.

Witteveen (2001). Willem J. Witteveen, De geordende wereld van het recht, een inleiding, Amsterdam university press, 2e dr., 2001.

Witteveen (2007). Willem J. Witteveen, Nomoi, Isidorus en de harmonisatie van begrippen, in: Regelsmaat 2007, nr. 6, pp. 273-279.

LITERATUUR

Wittgenstein (1953). Ludwig Wittgenstein, *Filosofische onderzoekingen*, vert. Maarten Derksen en Sybe Terwee, 2e herz. druk 2002, oorspr. *Philosophical Investigations*, Basil Blackwell Publishers, Oxford 1953.

Wittgenstein (1969). Ludwig Wittgenstein, *Over zekerheid*, vert. Sybe Terwee, Boom, Meppel, 1977, oorspr. *On Certainty*, 1969, Basil Blackwell Publishers, Oxford 1969, met inl. G.H. von Wright.

WRR (2002/a). Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Duurzame ontwikkeling, bestuurlijke voorwaarden voor een mobiliserend beleid*, Rapporten aan de regering 62, Sdu Uitgevers, Den Haag, 2002

WRR (2002/b). Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, Rapporten aan de regering 63, Sdu Uitgevers, Den Haag, 2002.

WRR (2003). *Waarden, normen en de last van het gedrag*, Rapporten aan de regering 68, Sdu Uitgevers, Den Haag, 2003.

WRR (2008/a). *Duurzame globalisering: een wereld te winnen*, Rapport uitgebracht aan de Staatssecretaris van Economische Zaken en de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Publicatienummer 6, 20 juni 2008.

WRR (2008/b). *Onzekere veiligheid, verantwoordelijkheden rond fysieke veiligheid*, Rapport uitgebracht aan de regering, Amsterdam University Press, 2008.

Zaltbommel (1989). Rens van Zaltbommel, *Recht en taal. Wittgenstein en de valkuilen van de taalfilosofie*, in; *Recht en Kritiek*, jaargang 15 (1989), nr. 2, pp. 161-183.

De Zeeuw/Puylaert/Werksma (2009). Friso de Zeeuw, Henk Puylaert, Henk Werksma met inbreng van de leden van het informeel Platform Milieu en Gebiedsontwikkeling, *Doorbreek de impasse tussen milieu en gebiedsontwikkeling*, Uitgave Praktijkleerstoel Gebiedsontwikkeling TU Delft, februari 2009.

Zijderveld (1974). A.C. Zijderveld, *Institutionalisering, Een studie over het methodologisch dilemma der sociale wetenschappen*. Tweede druk, Boom Meppel, 1974.

Zijderveld (1975). A.C. Zijderveld, *De theorie van het Symbolisch Interactionisme*, Boom, Meppel, 1975 (1e druk 1973).

Zijderveld (1987). A.C. Zijderveld, *De samenleving als schouwspel : een sociologisch leer- en leesboek*, 3e druk 1998, Elsevier/De Tijdstroom, Maarsen (1e 1987, VUGA).

Zijderveld (1988). A.C. Zijderveld, *Sociologie als cultuurwetenschap, een beknopte methodologie van de cultuursociologie*, 3e dr., De Tijdstroom, Utrecht, 1988.

Zijderveld (1991). A.C. Zijderveld, *Staccato cultuur, flexibele maatschappij en verzorgende staat, de ironie van wat ons drijft en belangrijk dunkt*, Uitgeverij LEMMA B.V., Utrecht 1991.

Zijderveld (2000). Anton C. Zijderveld, *The Institutional Imperative, the interface of institutions and networks*, Amsterdam University Press, Amsterdam, 2000.

Zuurmond (1994). Arre Zuurmond, *De Infocratie: een theoretische en empirische heroriëntatie op Weber's ideaaltype in het informatietijdperk (diss)*, Phaedrus, Den Haag, 1994.

Zakenregister

A			
Aalders	212	Belang van een duurzame	
Aarts en Grin	128	fysieke leefomgeving	141, 258
Abstracte normen	28, 32, 35, 44, 86-88, 189, 193	Belang van de fysieke leef- omgeving	115
Achterblijvers	21	Belangenafweging	61, 76, 114, 122, 172, 196
Activiteitenbesluit	201	– als keuzeproces	20
Actor (<i>als begrip</i>)	37, 73, 95, 113, 125	evenredige afstemming van waarden en belangen	91, 116, 122, 128, 174
overheidsbestuur als –	79, 84	afweging per saldo	205
Adequaat niveau van nalevingtoezicht	141	afwegingskader	182, 202, 204
Al Gore	97	referentiekader van het publieke domein	62
Algemeen belang	55, 77, 78, 109, 124, 125, 135, 160, 225	– en wederkerige rechts- betrekking	128
Algemene begrippen	58, 109, 130	integrale –	121-127, 154
Anomalie	34-37	milieubelang (zie ook <i>regulering van milieubelang</i>)	118-119, 142, 245
Antropocentrische grondhouding	102	macht en rechtsstaat	130
Architectuur van het recht	66, 110	Belanghebbenden	46
Arendt, Hannah	41, 54, 251	Beleidsbeginsel	228
<i>Ars aequi et boni</i>	85	Beleidsruimte	22, 27
Aspiratie	41, 130, 245	– opgevat als normatieve	
duurzame –	140, 257	interactie	132, 160
Fuller	171-172	– en rechtsbewustzijn	160
Aspiratieve beslissings- ruimte	173-174	– en <i>one right answer</i>	165
Autonoom	44	nieuwe en onzekere interpretaties van feiten, belangen en rechts- normen	122
B		integrale beleidscyclus	121
Backes	131	– en gesloten normen	166 e.v.
Barkhuysen en Onrust	228	evenredigheid	129
BBT informatiedocumenten	204	bestuurlijke discretie	189
Bedrijfsmilieuplannen	137	– als normatief keuzeproces	22,
Beginsel	58, 109, 126, 130, 155, 179		158-159
– van milieubeheer	127, 141		
codificatie	239, 244		
Beheersfase	150		

Beoordelingsvrijheid	158, 240	Command and control	30, 32, 36, 69, 107, 110, 122, 140
rechterlijke toetsing	175 e.v.	Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten	216
Bemiddelende begrippen	65, 188, 237	Compensatiegedachte	45, 127
Bemiddelende functie	58	Conceptueel netwerk	49, 51, 64, 69, 82, 95, 183
Bergamin en Akkermans	165	Conceptuele ontwikkeling	182
Beslissingshandeling	184	Congruentie	84, 93, 139, 141
Beslissingsruimte	38, 132, 159, 173-174, 207, 244	Consequentialist attitude	181
Besluitvormingsproces	85, 115, 122, 126, 133, 141	Constitutieve aandeel van het handelen	53, 65, 145, 168, 182, 230, 251
– op basis van eigen verantwoordelijkheid	143	Context	67
– als contextueel proces	258	keuzeruimte	52
– met integer resultaat	179	handelingsbegrip en sociale –	56
integrale en evenredige besluit- vorming	121	Contextuele besluitvormings- processen	258
Best beschikbare technieken (BBT)	203	Contextuele factoren	36
als contextuele constructie	207, 211	Contextuele interpretatie	95
integrale afweging van –	206	Contextuele rechtsvinding	132, 141, 161, 194, 225
evenredig toepassingsresultaat bij –	208	theorie van –	40, 168
Best mogelijke antwoord		Contextuele constructie	188, 207
zie <i>one right answer</i>		– van de BBT	207
Bestaande rechten	113	Context of discovery	20, 256
Bestuurlijk oordeel	85	belangenafweging als –	20
Betwiste begrip(pen)	99	Context of justification	20, 256
duurzaamheid als –	104, 118	Contextuele constructie	72, 91, 159, 168, 177, 183, 188, 190, 196, 207, 211, 221, 229, 253
Bewijs		Convenanten	137
zie <i>zuivere wetenschap</i>		Cradle to cradle	97
Bewijslast	238	Crisis in het milieurecht	18, 31-34, 43, 93, 140, 249, 257
– in het recht	237	Crisis- en herstelwet	131
Biezeveld	30, 103, 138	Cultuur	58
Boeve	114	D	
Braungart en McDonough	97	Decentralisatie	258
BREF-documenten	203	De Zeeuw	81
Broek, van den	29	Democratisering	110
Bruggink	41, 161	– en interactieprocessen	112, 145
Brundtlandt	98	– en governance	145
C			
Casestudie	41		
Codificatie	83, 216, 244, 258		
Coherentie	69, 76, 258		
– en keuzemogelijkheden	156		

ZAKENREGISTER

lokale keuzen en eigen verantwoordelijkheid	137	125, 135-139, 141, 143, 144, 151, 165, 179, 225, 251, 258
Descartes	232	– en interactie 118
Discretionaire (beslissings-) ruimte	27, 41, 61, 87, 127, 157, 158, 168, 172, 194, 199, 254	lokale keuzen (zie ook <i>democratisering</i>) 137 – voor milieubelang 37, 46, 93, 119
Discretionaire bevoegdheden	142, 157, 256	Elverding 82
Discursieve wetenschap	233	Emissiehandel 201
Doctrine of political responsibility	155	Engels 127
Dualiteit	95	Essentially contested concept 41, 99
– van de structuur	64, 69, 252	Europees recht (milieubeginselen) 227
– van de structuur van het recht	65	Evaluatiecommissie Wet milieubeheer (ECWM) 212
Dubbele positie van de mens	183	Evenredigheid 41, 85-86, 113-116, 122, 126, 129, 142, 174, 184, 188
Duk	157, 174	– en interactie 119
Duurzaam handelen	38, 141, 144, 258	klassieke – 129
– als begrip	74, 92, 117, 253	positieve – (zie ook <i>aspiratie</i>) 130, 174, 245
– als keuze	100 e.v.	Evenredig toepassingsresultaat 127, 177, 208
– als waarde	41, 110, 122	‘ieder het zijne’ is een politiek waardeoordeel 113, 129
reguleren van –	102, 257	‘ieder het zijne’ en ‘goede omgangsvormen’ 74-75
Duurzaam handelingsontwerp	101, 145	Evenredige belangenafstemming 128, 174
Duurzaamheid		Evenredige beslissing 254
als betwist begrip	100, 104, 118	
als onderbepaald begrip	92, 99	
Duurzaam milieubeleid	111	
Duurzame rechtsorde	104, 106, 121, 122	
Dworkin	41, 59, 154, 160, 164, 183, 252	F
rights thesis	155, 160	Feyerabend 234
beleidsargument	156, 169, 174	Flexibiliteit 61, 113, 141, 142, 249, 258
beginselargument	156, 174	– van de taal 51
E		Foqué 41, 44, 58, 76, 160, 253
Ebbesson	72, 87	Foqué en ’t Hart 156, 168, 172
Ecocentrische grondhouding	102	Formality of the public 55-58, 63, 70, 74, 77, 92, 247, 252
Ecologische voetafdruk	103	als metafoor 62
ECWM (zie Evaluatiecommissie Wet milieubeheer)		normatieve interactie en de <i>formality of the public</i> 247
Eenheid van handelen	104	Franken 39
Eigen verantwoordelijkheid	17, 21, 37, 54, 57, 80, 95, 101, 105, 113, 121,	Fuller 41, 140, 170, 183, 253

G		normatieve kracht van	
Gaakeer	85	handelingen	60
Gallie	99	Handelingsontwerp	54, 62-67, 73, 82, 103-104, 163
Gazendam	52, 73	sociale context van het handelen	101
Gebiedsontwikkeling	82	regulering van het handelen	70, 163 e.v.
Gebiedsontwikkelingsplan	131, 136	moreel en maatschappelijk	
Geest, van	121	bewustzijn	55-61
Geformaliseerd publiek (<i>zie formality of the public</i>)		Handelingsbegrip en sociale	
Generaaliseerde anderen (<i>zie generalized others</i>)		context	56
Gelijktijdigheid	74	Handelingsmaatstaven	75, 169
Geluidhinder	195	Handelingsvrijheid	63, 76, 113, 137
<i>Generalized others</i>	56, 70, 74, 145, 154	voor bedrijven	201
Gereedliggende normstelling	71	Handhaafbaarheid	212, 218
Giddens	35, 41, 53, 64, 74, 251, 252	Handhaving	138
Glastra van Loon	31, 41, 52, 67, 159, 178, 182, 183, 192, 251	Hard case	41, 81, 91, 153, 156, 177, 187, 205, 230
Globalisering	106, 110, 135	Hardnekkige milieuproblemen	16
<i>Governance</i>	107, 110, 145	Hart	72, 168, 252
Gribnau	57	Heijden, van der	93, 127, 156
Grin, Van de Graaf en Vergragt	148	Heldeweg	71, 200
Grondstructuur	30, 34, 36, 37, 38, 41, 66, 76, 82, 145, 150, 163, 249	Hildebrandt	68, 192, 218
Gunsteren, van	32, 44, 75, 92, 127, 143, 159	Hirsch Ballin	36, 123, 126, 140, 179
Gutwirth	237	Hogere waardebesluiten	136
H		Hoitink	113
Habermas	130, 136	Horizon van toepassingsresultaten	91
Habermas rechtsbegrip	132	Horizontalisering	116
communicatieve theorie versus		<i>Human element in law</i>	119
normatieve interactiebenadering	133	I	
Handeling		Ideaaltype	186
<i>zie ook: duurzaam handelen</i>		Ideaaltypisch model van	
taal en –	41	rechtsvinding	41, 190, 196, 209, 220, 239, 255
Handelen en keuzevermogen		Imperatief	47, 67, 94, 111
van mensen	52	Imperatieve functie van de norm	111, 192, 201, 217, 224
normatieve verhouding tussen		Individualisering	106, 135
handelingen	53	Institutes	50
		Institutionalisering	31, 111
		Institutioneel kader	66, 188
		Institutionele imperatief	111, 133, 139
		Institutionele reflexiviteit	111, 133, 139, 144

ZAKENREGISTER

– in de rechtspraak	139	J	
Instrumenteel	28, 43, 36, 138, 190	Jong	213
Integrale belangenafweging	121- 127, 154	K	
<i>Integrity of law</i>		Koplopers (zie ook <i>achterblijvers</i>)	21
Dworkin	155, 160, 252	Korthals	41, 103, 151, 235
Interactie, rechtssysteem en redelijkheid	168	Kringen van actoren	80
zie ook <i>rechtsbewustzijn</i> en <i>rights thesis</i>		Kuhn	32, 233
Interactie	21, 36, 40, 47-48, 54- 58, 62, 102, 118	L	
– overheidsactor, andere actoren	65	Lakatos	233
– en normatieve grondslag	66-67, 94-95	Lambers	119, 151, 228
– en de afstemming op de positie van de ander	55, 70, 78-79, 109, 247, 251	Leemans	174
– en handelingsontwerp	54, 163	Legaliteit	45, 224
recht als product van –	171	Legitimiteit	57, 79, 131, 139-140, 249, 257
kringen van actoren	80	Legitimiteitstekort	19, 43
– en semi-autonome-sociale- velden	139	zie ook <i>regeldruk</i>	
macht en –	130, 165	Lewis	109, 137
– en algemeen belang	225	Logica	60
– en milieurecht	83-85	Loth	41, 48, 63, 66, 73, 85, 252, 253
rechtsorde en –	110	Luchtkwaliteit	22 e.v., 194
–benadering versus		M	
communicatieve theorie	133	Maatwerkvoorschrift	201
–: governance en		Macht	5, 32, 35, 44-45, 65-66, 69-70, 75, 77, 105, 107-110, 113, 122, 125, 130, 139, 159, 165, 169, 175
democratisering	145	onder de – brengen van	
complexe normen en sociale dynamiek/– (<i>figuur</i>)	129	rechtsregels	172
eigen verantwoordelijkheid		Marginale toetsing	174-176, 257
voor het milieu	118	Maris	73
evenredigheid	119	Metafoor van de harde schil en	
interactieve besluitvorming	146	zachte kern van het recht	66, 169
interactie en beleidsruimte	160	Michiels	41, 143
interne moraal van het recht	170-171	Milieubeleid	15, 16, 17, 86, 91, 101, 136
interpretatie	50, 51, 63, 65, 128, 154	transitie duurzaam –	11-112, 136
– <i>per se</i>	165	drie generaties van –	148 e.v.
– <i>per saldo</i>	165, 205, 246	Milieubescherming	
Ironie	52, 119, 136, 234	<i>in abstracto</i>	87, 190
<i>Is and ought</i>	70, 140, 151, 162, 171, 253	<i>in concreto</i>	87, 180, 189-190

Milieugebruiksruimte	103, 118, 149	imperatieve functie van	
schaarse milieuruimte	20, 118, 150	zorgplichtbepalingen	224
Milieukwaliteitsbeheerplan	131	Normatieve functie van de norm	217,
Milieukwaliteitseis	192		192, 194, 219
Milieukwaliteitsnorm	88, 114,	Normatieve functie van de	
	191, 201	MTR-waarde	210
Modelmatige onderbouwing		Normatieve functie van de	
van de normen	28, 43	zorgplicht	213, 217, 224, 225
doorwerking in de ruimtelijke		Normatieve functie van het	
ordening	191	voorzorgbeginsel	243
Model van contextuele rechts-		Normatieve grondslag	67, 94, 114,
vinding	152, 187, 198, 222, 256		124, 127, 140, 151,
Moore, Sally F.	139, 257		154, 163, 189, 250, 258
Moreel en maatschappelijk		Normatieve interactie	85, 93, 126,
bewustzijn	15, 56-58, 60, 184,		128, 132, 142, 144,
	245-248, 252		152, 168, 258
zie ook: <i>rechtsbewustzijn</i>		Normatieve interactiebenadering	38,
normatief bewustzijn	60		40, 41, 78, 86, 93,
Morele horizon	61		163, 245, 250
Morele keuzes	56-61	Normatieve rationaliteit	138
Morele maatschappijbeelden	57	Normatieve rechtsbetrekking	
Morele rechtvaardiging	184	(zie ook <i>wederkerige</i> –)	125
Morele verplichting	103	Normatieve zekerheid	152, 199
<i>Multi-level</i> bestuur	37, 84		
N			
Nabijheid	74	Oenen, van	156
Nadere eisen	136	Omgevingsrecht	131, 138, 141, 143
Nicolai	126, 179	Omgevingsvergunning	201
Nota Bruikbare Rechtsorde	213	Onderbepaalde begrippen	58, 61, 76, 85,
Norm (zie ook <i>abstracte normen</i>)			111, 124, 133
als maatstaf voor het handelen	67	zie ook <i>Foqué</i>	
als waardegeladen constructie	70	Onderdaan	45, 95, 107, 125
harde rechts- c.q. milieunormen	19,	Onderhandeling	37, 44, 177
	27, 28	<i>One right answer thesis</i>	61, 183, 185
– en sociale context	64	best mogelijke beslissing	165, 169,
functies van normen	68		177, 179, 189
symbolische functie van –	216 e.v.	best mogelijke constructie	
vangnetfunctie, vangnet-		van de norm	178
bepaling	220, 223	best mogelijke keuze	121, 156
imperatieve functie van de –	111,	best mogelijke keuze van een	
	192, 201, 217, 224	toepassingsresultaat	255
imperatieve functie van de		best mogelijke interpretatie	132
MTR-waarde	210	best mogelijke toepassings-	
		resultaat	92, 220, 243,
			245, 258

ZAKENREGISTER

best mogelijke toepassingsresultaat		Privatisering	31, 110, 113
van een milieunorm	255	Procedurele rationaliteit	36, 41, 131
Ontheffingen	136	Programmatische aanpak	27, 34, 131, 136
Ontologie van het goede leven	60	Proliferatie van verfijningen	34, 37, 256
Onzekerheid	17, 33-34, 78,	Publiek domein	137
zie ook <i>twijfel</i>	117, 136, 179	als domein van de overheid	45
– over talige begrippen en		als domein van de <i>formality</i>	
rechtsnormen	52	<i>of the Public</i>	55, 69, 74
-sparadox	119	als referentiekader	75, 78, 137, 251
rechts-	198	rechtsbewustzijn	245
voorzorg en –	228 e.v.	Publieke opinie	57, 60, 74
wetenschappelijke –	237		
Open norm	22, 112, 119, 136,		
	146, 154, 212, 217, 256	Q	
juridische begrippen en normen		Quine	236
als <i>open termen</i>	65		
open milieukwaliteitsnormen	141	R	
regulering met open normen	159	Raes	72
<i>Open texture</i>	72, 85, 91, 160, 168,	Rapport Ruimte voor	
	179, 194, 216, 224, 252	zorgplichten	213, 217
Orderingsbenadering	28, 32, 35, 37,	Recht	
	43, 44, 65, 75,	als regulerend fenomeen	66, 75, 141
	78, 91, 93, 110, 125,	als een toneelstuk	79
	141, 218, 235, 249	sociale context	67
(zie ook <i>command and control</i>)		Rechtsbetrekking (zie <i>wederkerige</i>	
Overleg en onderhandeling	37, 44, 177	<i>rechtsbetrekking</i>)	
		Rechtsbewustzijn	59, 60, 61, 75,
P			78, 113, 142, 160,
Paradigma	33 e.v.		163, 165, 169, 176,
-wisseling	110, 232		177, 184, 210, 211,
<i>People, planet, profit</i>	98, 145		221, 238, 245, 258
Peirce	50	dubbelzinnigheid van het begrip	
<i>Phronesis</i>	103	rechtsbewustzijn	
Pieterman	244	(zie ook <i>Scholten</i>)	62
Pieterman en Arnoldussen	228	Rechtsorde	75, 104, 110, 123,
Pitkin	62		133, 144, 165,
Plaatsgebonden risico	166		171, 177, 178
<i>Pointe</i> van het recht	72, 75, 120,	duurzame –	104, 106, 121, 122
	126, 160-161, 176,	Europese –	199
	177, 184, 194, 197,	Rechtsgemeenschap	69, 83, 92, 102,
	223, 247		134, 154-155, 160, 170,
Popper	233		187, 216, 220, 247, 256
Precedentwerking	50-52, 163, 182	Rechtspraak	20, 22, 34, 43, 61, 83,
<i>Preinterpreted world</i>	50, 71, 181		116, 132, 136, 139, 150, 252
Preventiebeginsel	179, 203, 258	als taalspel	63, 71, 87, 119, 144

als weerslag van geldende politieke moraal (Dworkin)	155	– en ordeningsbenadering	141
Rechtspraak geordend door het recht (Fuller)	171	rechtsvinding zonder –	256
Rechtspraak en redelijke besluitvorming	177 e.v.	Regulering	21, 70, 75, 111, 127
duurzame transitie	106	– is niet hetzelfde als ordenen	36
Rechtsstaat	31, 44, 69, 75, 110, 130, 137, 180, 224, 254	omkering van het -sperspectief (zie <i>Engelen</i>)	127, 150
liberale democratische –	75	– en normatieve interactie	70, 159, 163 e.v.
Rechtssysteem		maatstaf voor –	76
als <i>conceptueel netwerk</i>	63-65, 69	– en normatieve verwachtingen	79
als <i>dualiteit</i> : procedureel en bemiddelend	67 e.v., 126, 135, 188, 252	wederkerigheid	95
– en normatieve interactie	258	flexibiliteit en –	142
– en geschillenbeslechting	178	institutionele reflexiviteit bij –	111 e.v.
– en de waarde van duurzaam handelen	103 e.v., 110	– van duurzame omgangsvormen	121, 144
– en de <i>rights thesis</i>	156, 164	– van adequate besluitvormingsprocessen	253
– en de interne moraal van het recht	170 e.v.	– van het milieubelang zelf-	35-37, 79, 46, 127, 138
Rechtsvinding	95, 172, 180, 185, 196, 209, 231, 245	Retorica	60
Rechtszekerheid	19, 41, 44, 94, 113, 118, 169, 212, 224, 228	RIVM	100, 241
onzekerheidsparadox	119	Rorty	39
voorlopige karakter van zekerheid	65, 67, 76, 119, 162	Rotmans	41, 104, 136
Rechtvaardigheid	71, 109, 111, 128, 177	<i>Rule of recognition</i>	240
Fuller	140	S	
Dworkin	169	Salderingsmethode	23, 87, 136
rechterlijke toetsing	174	Scheltema	30, 110
Redelijkheid	60, 70, 78, 83, 85, 87, 114, 168, 196, 220, 231, 234, 242, 253, 256	Scholten	41, 59, 62, 161, 164, 183, 187, 252
van Ree	52	Schueler	228
Reflexief	73, 118	Schuyt	66, 159
Reflexieve capaciteit	47, 53, 64	Semi-autonome-sociale-velden (s.a.s.v.)	139, 142, 257-258
Reflexieve institutionalisering	112, 136	s.a.s.v. en duurzame aspiratie	140, 257
kennisverwerving als redelijk en reflexief proces	234	Smith	41, 126, 162, 163, 246
Regel volgen	48, 51, 64	Sociale context	41, 57, 74, 101, 137, 151, 257
Regel betwijfelen	51, 64	– van interactie	54, 62
Regeldruk	19, 43, 249	– waarin de handeling plaatsvindt	59
		Sociale interactieprocessen	36
		Sociale keuzeprocessen	70

ZAKENREGISTER

Sociale netwerken	31, 37, 78, 81, 84, 137, 139	toepassing van normen in de rechtspraktijk	141
– bij wetenschap	236	keuze van een –	154-157, 188, 197
Sociale werking van het recht	66, 76, 163	– van gesloten normen	166
Sociale werking van het milieurecht	37	rechterlijke toetsing van het –	176
Soevereiniteit	77	– van een milieukwaliteitsnorm	197-200
Spaans	191	– van BBT	208
Specialiteitsbeginsel	20, 120	– van milieuzorgplichten	222
Specialiteit en sectorale milieu- normen	245	– van voorzorgbeginsel	229, 237
Specialiteit en flexibiliteit	259	Top-down (zie ook <i>ordenings- benadering</i>)	70, 84, 105
Spoedwet wegverbreding	173	<i>Topische</i> methode	231
Sprong (zie ook <i>Scholten</i>)	164, 175	Toulmin	41, 60, 70, 179, 233, 236, 251
<i>Stand-still</i> beginsel	227	Tracéwet	172
STEM	239	Tracébesluit	22, 195
Structuratie theorie (zie ook <i>Giddens</i>)	53, 64	– wegaanpassing	173, 195
proces	112, 136	Transitie	100, 105, 122, 136
Subsidie	137	-management	112, 136
Subsumptie	153	-paradox	114, 144
Symbolisch interactionisme	40	Twijfel (zie ook <i>onzekerheid</i>)	49, 50, 54, 230, 243, 251
Symboolwetgeving	216		
Systeeminnovatie	136		
T		U	
Taal		<i>Unknown others</i>	92, 103, 117, 142, 145, 247, 254
Taal, handeling, context	41, 48		
Taalspel	47, 63	V	
recht als –	63, 71, 87, 119, 144, 237	Vangnetbepaling	220
– bij wetenschap	236	Verantwoordelijkheid (zie <i>eigen verantwoordelijkheid</i>)	
– voorzorgbeginsel	231	Verborgene gebrek in het milieu- recht	127
Tackema	246	Verfijningen (zie <i>proliferatie van verfijningen</i>)	
Tafel van Elf	140	Vergelijkingsmethode	180
Tak en Teunissen	223	zie ook <i>Wiarda</i>	
<i>Taking the role of the other</i>	55, 251	Vergelijkingsregel	183, 184
Taylor	57 e.v.	Vier vergelijkingsregels	190
Toepassingsresultaat	21, 64, 115-116, 118, 127, 129, 159, 181, 255	Vier dimensies van rechtsvinding	190
horizon van –	91	Verschuuren	29, 103, 177, 244
resultaat van redelijk gebruik		Vervuiler betaalt beginsel	179, 227, 258
van de (milieu-)norm	83, 88, 116	Volatiel	44, 193

Curriculum Vitae

Het proefschrift van Harm Borgers is tot stand gekomen als buitenpromotie. Naast zijn promotieonderzoek werkte Harm voor verschillende werkgevers. Daardoor heeft hij ruime ervaring opgedaan met de bestuurlijk-juridische praktijk van het milieurecht en met de andere onderdelen van het omgevingsrecht, zoals het natuurbeschermingsrecht en het ruimtelijk bestuursrecht.

Sinds 2011 is Harm directeur van de *AT Osborne Legal*. Vanuit dit bedrijf adviseert Harm overheden en bedrijven over de toepassing en optimalisatie van het omgevingsrecht.

Eerder in de tijd was Harm beleidscoördinator milieurecht bij het *ministerie van VROM*. Hij maakte toen deel uit van het wetgevingsteam van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (*Wabo*). Tevens was hij programmaleider voor de kwaliteitsverbetering van de uitvoering van het milieu- en omgevingsrecht. Het programma heeft geleid tot een landsdekkende bestuurlijke overeenkomst over de oprichting van regionale uitvoeringdiensten (*RUD*) en tot de implementatie van kwaliteitscriteria voor de prestaties van decentrale overheden.

Voordien was Harm advocaat bij *AKD* te Breda en daarvoor was hij programmamanager en handhavingsjurist bij de milieurecht bij de *DCMR Milieudienst Rijnmond*. Zijn eerste ervaringen met het milieurecht deed Harm op als jurist handhaving en vergunningverlening bij de afdeling Industriële Bedrijvigheid van de *Provincie Gelderland*.

Dit promotieonderzoek is mede tot stand gekomen dankzij de gastvrijheid van de Erasmus Universiteit Rotterdam en mede dankzij een aantal weken studieverlof. Hiervoor is Harm dank verschuldigd aan de *DCMR Milieudienst Rijnmond*, aan het *ministerie van VROM* en aan *AT Osborne Legal*.