

De doorbraak van het beginselenrecht in het bestuursrecht

Enkele opmerkingen over een conceptueel beginselenrecht

Henk Addink

1. Inleidende opmerkingen

In deze bijdrage vraag ik aandacht voor de doorbraak van het beginselenrecht in het bestuursrecht en de rol die Peter van Buuren hierbij in verschillende kaders heeft gespeeld. Ik ontleen de titel van deze bijdrage aan een zinsnede uit zijn preadvies voor de NJV “De rechter en onrechtmatige wetgeving” uit 1987.¹ Voor hem ging het toen om de toetsing van regelgeving door de (bestuurs)rechter aan de rechtsbeginselen waaronder de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (abbb). Ik zal hier laten zien dat die doorbraak zich nadien verder heeft voortgezet en dat hij daaraan actief heeft meegewerkt. Bovendien zijn deze beginselen niet alleen van betekenis voor besluiten afkomstig van bestuursorganen, ook spelen deze beginselen – soms onder een andere naam – een rol bij andere vormen van bestuuroptreden en bij het optreden van de andere machten binnen de overheid. De doorbraak van het beginselenrecht over de volle breedte van het bestuursrecht en de consequenties daarvan voor de ontwikkeling van het bestuursrecht maakt een meer conceptuele benadering daarvan wenselijk.

Er zijn drie fasen in het wetenschappelijke werk van Peter te onderscheiden waarbij rechtsbeginselen steeds een rol hebben gespeeld. De eerste fase is de Groningse periode gedurende welke hij zijn aandacht richt op kernbegrippen en centrale normen van het bestuursrecht zoals die in de rechtspraak aan de orde komen. Hij verbreedt en verdiept zijn benadering van het bestuursrecht in de tweede fase, de Utrechtse tijd. Hij houdt zich intensief bezig met zowel de ontwikkeling van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), in het bijzonder met thema’s zoals de codificatie van abbb en de handhaving van bestuursrecht, als het snel groeiende veld van het ruimtelijke ordenings- en milieurecht en in het bijzonder de samenhang in het kader van het omgevingsrecht. De derde fase, laten we zeggen de Haagse periode, staat in het teken van de samenhang tussen de praktijk en de theorie op genoemde gebieden, kortom de eenheid van het bestuursrecht, waarbij als vanzelfsprekend bestuursrechtelijke beginselen een belangrijke rol vervullen.

In ieder van deze fasen heeft hij vele interessante en boeiende artikelen, boeken en bijdragen geschreven. Het proefschrift over kringen van belanghebbenden, het NJV-preadvies over onrechtmatige wetgeving, de oratie over het bestuurlijk gedogen, het handboek ruimtelijk bestuursrecht en de groene bijbel op het gebied van de Awb: Tekst en Commentaar. Het zijn slechts enkele van de vele publicaties die hij op zijn naam heeft staan. Deze publicaties geven een beeld van zijn brede belangstelling voor en zijn innovatieve benadering van het bestuursrecht waarbij rechtsbeginselen in het kader van de Awb regelmatig een rol van betekenis spelen.

Drie van zijn bijdragen krijgen hier bijzondere aandacht. In een artikel in *Bestuurswetenschappen* uit 1979 bespreekt hij de hantering van algemene beginselen van behoorlijk bestuur door de bestuursrechter.² Hij gaat in op de relevantie van het onderscheid tussen formele en materiële beginselen en laat verder zien dat dit onderscheid ook

¹ P.J.J. van Buuren, *De rechter en onrechtmatige wetgeving*. Preadvies voor de Nederlandse Juristenvereniging 1987, p. 12.

² P.J.J. van Buuren, *De hantering van algemene beginselen van behoorlijk bestuur door de administratieve rechter*, *Bestuurswetenschappen* 1979, p. 143–153.

verhelderend werkt bij de toepassing van een beginsel contra legem. In zijn NJV-*preadvies* uit 1987 spreekt hij over een doorbraak van het beginselenrecht in het bestuursrecht en behandelt uitgebreid de toetsing van regelgeving door de rechter aan verschillende rechtsbeginselen.³ De derde bijdrage aan de doorbraak van het beginselenrecht betreft zijn werkzaamheden in het kader van de Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht waaronder het voorontwerp Algemene wet bestuursrecht - Eerste deel - en het parlementaire vervolg daarop.⁴

In deze bijdrage behandel ik de vraag: wat is de inhoud en de betekenis van het beginselenrecht voor het bestuursrecht en hoe zou het beginselenrecht meer conceptueel kunnen worden benaderd?

Daartoe zal ik eerst nader ingaan op de hiervoor vermelde bijdragen van Peter aan de ontwikkeling van het beginselenrecht. Vervolgens verruim ik het blikveld en noem kort de verschillende soorten beginselen die we thans in het bestuursrecht tegenkomen. Ook wordt daarbij aandacht besteed aan de verschillende functies die beginselen kunnen hebben. Daarna maak ik enkele rechtstheoretische opmerkingen en leg daarbij een relatie met mijn recente ervaringen in het Engelse bestuursrecht. Ik sluit af met een conceptuele benadering van goed bestuur bij het beginselenrecht in het bestuursrecht.

2. De ontwikkeling van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur als rechtsbeginselen in het bestuursrecht: eerste fase

In een discussie over de betekenis van beginselen in het bestuursrecht richt de discussie zich vaak op de inhoud en vormgeving van de beginselen van behoorlijk bestuur. In zijn artikel uit 1979 over de hantering van algemene beginselen van behoorlijk bestuur door de bestuursrechter, gaat Peter vooral in op de onderlinge verhoudingen tussen de meest gebruikte algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Hij schetst de opkomst van het motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel bij de bestuursrechter. De beginselen fungeren hier als toetsingsbeginselen voor de rechter. Naar zijn mening gaat het bij de algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet langer meer om “ethische tendenzen” welke aan het bestuursrecht ten grondslag liggen of om normen van gerechtigheid, redelijkheid, zedelijkheid en fatsoen. Hij kwalificeert de *abbb* evenmin als publieke waarden. Kortom – althans zo lees ik hem – de algemene beginselen van behoorlijk bestuur maken volledig deel uit van het geldende, positieve bestuursrecht.

Centraal staat in dat artikel de waarde van het onderscheid tussen formele en materiële *abbb* en de mogelijkheid en wenselijkheid dat de bestuursrechter in zijn keuze daartussen een zekere lijn volgt, een beleid ontwikkelt. Het rechtsgevolg na een vernietiging door de bestuursrechter wegens schending van een formeel beginsel zou dan zijn, dat het bestuursorgaan inhoudelijk hetzelfde besluit kan nemen als het procedurele gebrek ongedaan is gemaakt. Bij een door de bestuursrechter vastgestelde strijd met een materieel beginsel, moet het bestuursorgaan inhoudelijk een ander besluit nemen. In de literatuur is een nuancering naar voren gebracht ten aanzien van deze gevolgen. Achter een vernietiging op formele gronden kan een inhoudelijk probleem schuil gaan; ook bij een vernietiging op grond van formele zorgvuldigheid kan inhoudelijk een ander besluit moeten worden genomen.⁵

Daarnaast gaat Peter in op de relatie tussen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en

³ P.J.J. van Buuren, *De rechter en onrechtmatige wetgeving*. Preadvies voor de Nederlandse Juristenvereniging 1987, p. 49.

⁴ Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht. *Voorontwerp Algemene wet bestuursrecht*. Eerste deel, 's Gravenhage 1987.

⁵ R.J.N. Schlössels, S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer 2010, p. 390.

pseudowetgeving – we zouden nu spreken van beleidsregels – en de spanning tussen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de gebondenheid aan de wet. In wezen is het artikel een pleidooi om aan ieder afzonderlijk beginsel een eigen inhoud te geven en daarbij het onderscheid tussen formele en materiële beginselen aan te houden. Vervolgens dient de rechter door de keuze van het beginsel duidelijk te maken welke ruimte hij aan het bestuur laat om vervolgens opnieuw te beslissen. Het gaat er om dat de rechter op een rationele wijze inhoud geeft aan de afzonderlijke beginselen en daarmee omgaat waarbij het onderscheid formele en materiële abbb een nuttige functie kan vervullen. Hoewel Duk⁶ en Nicolai⁷ ook nog andere indelingen van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur hebben voorgesteld, is het onderscheid tussen formele en materiële algemene beginselen van behoorlijk bestuur toch het heersende geworden. Daarbij wijs ik op twee aspecten in verband met de verdere ontwikkeling van dit onderscheid.⁸ In de eerste plaats zien we binnen de afzonderlijke beginselen van behoorlijk bestuur zowel inhoudelijke als formele dimensies zich ontwikkelen. Aldus blijkt een bepaald beginsel soms een meer formeel karakter te hebben en in andere gevallen is hetzelfde beginsel meer van materiële aard. In de tweede plaats is er veelal niet een strikte scheiding tussen de verschillende algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De (dimensies van) beginselen van behoorlijk bestuur vloeien in elkaar over waardoor er bijvoorbeeld tussen het redelijkheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en het materiële zorgvuldigheidsbeginsel geen strikte scheiding is te maken. Deze beginselen, en in het algemeen veel van de abbb, vloeien in elkaar over. Dat betekent dat de afzonderlijke beginselen een harde kern hebben, want daarom worden ze als afzonderlijk abbb beschouwd, maar aan de randen overlappen ze veelal met andere beginselen. Een gevolg daarvan is dat niet alleen de inhoud van de afzonderlijke beginselen van belang is, maar ook de positie van de afzonderlijke beginselen ten opzichte van andere beginselen.

3. De ontwikkeling van rechtsbeginselen in het bestuursrecht: tweede fase

In zijn NJV-preadvies uit 1987 gaat Peter in op het thema onrechtmatige wetgeving en bespreekt hij de verhouding tussen wetgever en rechter alsmede de veranderende rol van wetgeving. Hij legt het accent op enkele staatsrechtelijke theoretische vragen rond genoemde verhouding en gaat vervolgens ten aanzien van de beginselen intern-rechtsvergelijkend te werk. Zijn mede-preadviseur Jaap Polak, collega van Peter bij en voorzitter van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State, bespreekt vooral de gevolgen van de rechtspraak voor de rechtspraktijk waarbij ook procesrechtelijke vragen aan de orde komen. Peter laat zien dat de verschillende rechters lagere regelgeving toetsen aan ongeschreven beginselen. De centrale gedachte in zijn preadvies is dat de klassieke gedachte dat wetgeving eigenlijk niet onrechtmatig kan zijn, niet meer van deze tijd is. De wetgeving geeft tegenwoordig – veelal – slechts bevoegdheidsnormen en vormt aldus dan een nog betrekkelijk inhoudsloos juridisch kader of raamwerk, waarmee en waarbinnen het bestuur met een grote mate van beleidsvrijheid aan de slag gaat. Aan de wettelijke beperkingen van bevoegdheden wordt – mede met behulp van (on)geschreven beginselen – door het bestuur nader inhoud gegeven.⁹ Het overgrote deel van de bestuurswetgeving is sterk instrumenteel van aard.¹⁰ Een kleiner

⁶ W. Duk, De zachte kern van het bestuursrecht, *RM Themis* 1978, p. 564-587.

⁷ P. Nicolai, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer 1990, p. 259- 374.

⁸ Ik heb daarbij nog aandacht gevraagd voor de verschillende posities van de rechter, het bestuur en de wetgever: G.H. Addink, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer 1999, p. 33-43.

⁹ G.H. Addink, J.D.M. Steenbergen, Beperkingen van bevoegdheden: een onderzoek van administratieve wetgeving, *Bestuurswetenschappen* 1985, p. 430-442.

¹⁰ P.J.J. van Buuren, *De rechter en onrechtmatige wetgeving*. Preadvies voor de Nederlandse Juristenvereniging 1987, p. 13.

deel van de wetgeving zoals de Awb, heeft de bedoeling om langer – in ieder geval voor onbepaalde tijd – te gelden. Er zijn in de huidige tijd geen in het wetsbegrip ingebouwde waarborgen die voorkomen dat individuele burgers of groepen door wettelijke voorschriften onrechtmatig in hun belangen worden getroffen. Hij laat vervolgens de betekenis zien van ongeschreven rechtsbeginselen en hoe daaraan door de rechter wordt getoetst. Uit zijn overzicht blijkt de principiële bereidheid bij de meeste rechters om wetgeving in materiële zin aan ongeschreven rechtsnormen te toetsen. Dat geldt ook voor beleidsregels. Hieruit kan worden geconcludeerd dat verschillende soorten besluiten al langer door de bestuursrechter aan beginselen worden getoetst.

Vervolgens komt in het preadvies de vraag aan de orde: aan welke soort beginselen – en door middel van welke kwalificatie – dient de toetsing door de rechter plaats te vinden, aan algemene rechtsbeginselen, aan beginselen van behoorlijk bestuur of aan beginselen van behoorlijke wetgeving? Waar het gaat om toetsing van algemeen verbindende voorschriften vindt de toetsing door de rechter in de praktijk aan algemene rechtsbeginselen plaats en ten aanzien van beleidsregels pleegt de rechter aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur te toetsen.

Ten aanzien van de algemene beginselen van behoorlijke wetgeving laat Peter zien dat daaraan door de Raad van State bij zijn adviserende rol over wetsvoorstellen en ontwerp-amvb's wordt getoetst en ook verder tijdens het wetgevingsproces vindt een toetsing aan dergelijke beginselen plaats. Daarna vermeldt hij dat in de literatuur op twee verschillende manieren inhoud wordt gegeven aan de beginselen van behoorlijke wet- of regelgeving. In de eerste plaats de benadering waarbij deze beginselen het karakter van juridische norm hebben bereikt (rechtsbeginselen) en in de tweede plaats de benadering waarbij deze beginselen het karakter van wetenschappelijke desiderata (beginselen van behoorlijke regelgeving) hebben. Peter is geen voorstander van een toetsing door de rechter aan de algemene beginselen van behoorlijke wetgeving omdat, zoals hij schrijft, het inslaan van die weg gemakkelijk zou kunnen gaan betekenen dat rechters te vergaande eisen aan regelgeving zouden gaan stellen. Hij zou dan nog eerder een voorkeur hebben voor een toetsing aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Maar dat stuit bij hem en anderen op terminologische bezwaren omdat deze dan slechts betekenis zou hebben voor wettelijke voorschriften afkomstig van bestuursorganen en niet voor voorschriften die van de formele wetgever afkomstig zijn. Beginselenrecht dat geldt voor door lagere wetgevers (bestuursorganen) vastgestelde algemeen verbindende voorschriften, dient in zijn visie in principe ook van toepassing te zijn op de wetgever in formele zin.¹¹ Om die reden geeft hij de voorkeur aan een verdere ontwikkeling van een toetsing aan algemene rechtsbeginselen.

De in het preadvies voorgestane benadering loopt langs de volgende twee lijnen. Volgens de eerste lijn moet de rechter regelgeving niet aan te veel rechtseisen toetsen en ten aanzien van de inhoud daarvan moet vooral worden gedacht aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De tweede lijn is dat er ten aanzien van de toetsing aan rechtsbeginselen van de verschillende vormen van regelgeving geen onderscheid zou moeten worden gemaakt tussen de regelgeving afkomstig van bestuursorganen en de regelgeving afkomstig van de formele wetgever.

4. De ontwikkeling van de algemene rechtsbeginselen in het bestuursrecht via de Algemene wet bestuursrecht: derde fase

De beginselen van behoorlijk bestuur, en zoals hierna zal blijken ook de beginselen van goed bestuur, komen een jaar later in het werk van Peter nadrukkelijk aan de orde, namelijk in het

¹¹ P.J.J. van Buuren, *De rechter en onrechtmatige wetgeving*. Preadvies voor de Nederlandse Juristenvereniging 1987, p. 50.

kader van zijn werkzaamheden voor de Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht. Daarbij staat niet het toetsingsperspectief van de rechter voorop maar het instrumentele perspectief van de wetgever. Het Voorontwerp Algemene wet bestuursrecht, Eerste deel, wordt op 19 januari 1987 aan de Ministers van Justitie en van Binnenlandse Zaken aangeboden. Het andere, instrumentele perspectief van de wetgever blijkt ook uit de doelstellingen van deze wet zoals deze door de Commissie zijn verwoord: het bevorderen van eenheid en het systematiseren van wetgeving, het codificeren van rechtspraak en het treffen van algemene voorzieningen. De wet ziet op de verschillende vormen van bestuursoptreden, hoewel sterk het accent ligt op de bestuursrechtelijke besluiten, en tevens is in hoofdstuk 2 van het voorontwerp een paragraaf voorzien met betrekking tot openbaarheid van bestuur. We zien in het voorontwerp de codificatie van diverse beginselen van behoorlijk bestuur. Belangrijk is de gewijzigde betekenis van de gecodificeerde beginselen van behoorlijk bestuur en de toepassing daarvan. Deze codificatie leidt er toe dat de beginselen van behoorlijk bestuur, voor zover gecodificeerd, vooraf dus bij het bestuursoptreden in acht moeten worden genomen. Daarmee zijn deze beginselen van behoorlijk bestuur wettelijke bestuursnormen geworden. Het normatieve – in de zin van juridisch bindende – karakter van deze beginselen is daarmee aanzienlijk toegenomen. Juristen kunnen dus niet meer volstaan met het kennisnemen van de beginselen als toetsingsnormen maar dienen ook de beginselen in de vorm van wettelijke voorschriften voor bestuursorganen als elementen van het positieve recht in de beschouwingen te betrekken. Voorts mag worden verwacht, hoewel strikt genomen niet noodzakelijk, dat de rechter meer zal gaan toetsen aan de geschreven beginselen dan aan de ongeschreven beginselen.¹² Over de manier waarop¹³ en de mate waarin¹⁴ de (aspecten van de) beginselen van behoorlijk bestuur zijn gecodificeerd is nog veel discussie mogelijk, maar die beginselen nemen in ieder geval een prominente plaats in. Bij de beantwoording van de vraag of er meer rechtsbeginselen in de Awb zouden moeten worden opgenomen, zijn in de literatuur de nodige aandachtspunten geformuleerd.¹⁵

Ik zou nog op iets anders willen wijzen. In de literatuur is al veel gezegd en geschreven over de algemene benadering van de rechtsbetrekking tussen bestuur en burger. Hier is niet de plaats om die discussie te herhalen, maar we zien wel dat de Commissie zeker niet alleen oog heeft voor de klassieke rechtsstatelijke waarden waarvan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur traditioneel een uitvloeisel zijn. Ook wijst de Commissie op de democratische waarden die nader worden ingevuld. Dan gaat het niet zozeer om het al lang gevestigde kiesrecht maar om de openbaarheid (transparantie) van het bestuursoptreden en de betrokkenheid (participatie) van burgers bij het bestuursoptreden, die beide tot de beginselen van goed bestuur worden gerekend. Over beide beginselen maak ik hier enkele opmerkingen. De Commissie heeft vanaf het begin de bedoeling gehad om de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) in de Awb op te nemen. De betrokken ministers hebben die gedachte van de hand gewezen waarbij ik mij niet aan de indruk kan onttrekken dat een rol heeft gespeeld, dat de Awb wordt gezien als een produkt van het ministerie van Justitie terwijl de Wob afkomstig is

¹² Onder andere Damen heeft er op gewezen dat de bestuursrechter nog steeds aan ongeschreven rechtsbeginselen kan toetsen, vgl. L.J.A. Damen, Inleiding, in: L.J.A. Damen e.a. Bestuursrecht, Den Haag 2009, p.46.

¹³ In de literatuur wordt de codificatie van de beginselen in artikel 3:4, tweede lid, wel als mislukt beschouwd; vgl. J.H. Gerards, Meer rechtsbeginselen in de Awb? Gezichtspunten voor toekomstige codificatie, In: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag 2010, p. 788 e.v..

¹⁴ In de literatuur wordt gesteld dat slechts van een beperkte codificatie sprake is: R.J.N. Schlössels, Dimensies van rechtsbeginselen. Enige observaties vanuit het bestuursrecht. In: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In beginsel. Over aard, inhoud en samenhang van beginselen in het bestuursrecht*, Deventer 2004, p. 13.

¹⁵ J.H. Gerards, Meer rechtsbeginselen in de Awb? Gezichtspunten voor toekomstige codificatie, In: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag 2010, p. 787-807.

van ministerie van BZK. Het is jammer dat tot op de dag van vandaag dit er toe heeft geleid dat het voorstel van de Commissie niet door de betrokken ministers is overgenomen. Er is inmiddels wel enige departementale beweging ten aanzien van de Wob waar te nemen.¹⁶ Het zou aanbeveling verdienen de toekomstige meer toegespitste Wob alsnog een plaats te geven in de Awb. Uit onderzoek blijkt dat de uitvoering van de Wob te traag verloopt.¹⁷ Het kabinet is van plan om de personele consequenties bij de uitvoering van de wet te beperken en misbruik van de wet te voorkomen en in het verlengde daarvan een publiek Wob-register te introduceren, zoals in veel andere landen al wordt gebruikt.¹⁸ Dat neemt niet weg dat we nu al bepalingen in de hoofdstukken 2 en 3 van de Awb tegenkomen die we kunnen zien als een (eerste) vertaling van het transparantiebeginsel. Men kan daarbij denken aan artikel 2:4 en aan de bepalingen van afdeling 3.6. Een toevoeging van een hoofdstuk openbaarheid van bestuur zou een verdere uitwerking van het transparantiebeginsel in de Awb betekenen. We zullen hierna nog zien dat dit beginsel niet alleen in de bestuurlijke maar ook in de rechterlijke context aan de orde is. Voorts zijn vanaf het begin de afdeling terzake van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure in hoofdstuk 3 en de regeling met betrekking tot de voorbereiding van besluiten in hoofdstuk 4 onderdelen van de Awb geweest. Aanvankelijk waren er zelfs twee voorbereidingsprocedures in de Awb opgenomen, maar die zijn later geïntegreerd in genoemde uniforme openbare voorbereidingsprocedure. Daarmee heeft het participatiebeginsel ook een eigen plaats in de Awb gekregen. Er is – mede als gevolg van de totstandkoming in het kader van de Raad van Europa van een recht op participatie op decentraal niveau – een discussie aan de gang of meer specifieke participatievormen een wettelijke plaats zouden moeten krijgen.¹⁹ Verschillende gemeenten hebben de inspraakverordening hierop aangepast. De ontwikkeling van deze rechtsbeginselen in de Awb – de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, het transparantiebeginsel en het participatiebeginsel – maken duidelijk dat er zich verschillende soorten rechtsbeginselen terzake van het bestuursoptreden hebben ontwikkeld. Daarnaast kennen we ook buiten de Awb in diverse wettelijke regelingen algemene rechtsbeginselen met betrekking tot het bestuursoptreden. Men kan zeggen dat dit beginselenrecht vooralsnog tamelijk gefragmenteerd in het bestuursrecht voorkomt. Om tot een meer samenhangende benadering van het beginselenrecht te komen, verdient het aanbeveling om een conceptuele benadering van het beginselenrecht te ontwikkelen. Dus het ontwikkelen van een conceptuele benadering van het beginselenrecht betekent niet automatisch een pleidooi voor meer codificatie. Het gaat er juist om de verschillende rechtsbeginselen ook buiten de Awb in een bestuursrechtelijk samenhangend kader te brengen. De hiervoor genoemde bijdragen van Peter vormen belangrijke bouwstenen daarvoor; een kernvraag daarbij is: welke beginselen rekenen we precies tot de rechtsbeginselen?

¹⁶ Er wordt gewerkt aan zowel een beperking van de Wob als een algemeen register voor Wob-stukken. Zie de brief van Minister Donner aan de Tweede Kamer van 31 mei 2011, kenmerk 2011-2000224719; A.P.W. Dijkersloot, I.T. Tappeiner, *Vexatious requests: anti-misbruikregelingen van openbaarheidswetgeving*, Utrecht: Afdeling Staats- en bestuursrecht Universiteit Utrecht 2010; idem, *NTB* 2011, 21, p.152-162.

¹⁷ W. Hins, A. Klingenberg, *Persvrijheidsmonitor* 2010, mei 2011; A.M. Klingenberg, M. Herweijer, K. Spanninga, *Ervaringen van journalisten bij het zoeken naar nieuwswaardige overheidsinformatie*, Groningen: RUG 2011; <http://www.nvj.nl/docs/beleving-wob-verzoeken.pdf>

¹⁸ Brief van de Minister van Minister Donner aan de Tweede Kamer, 31 mei 2011, kenmerk 2011-2000224719..

¹⁹ Zie mijn rapport in opdracht van de provincie Utrecht ten behoeve van de Raad van Europa. De Nederlandse versie is opgenomen als bijlage bij mijn oratie: G.H. Addink, *Goed Bestuur*, Deventer 2010.

5. Een eerste verkenning van een conceptuele benadering van het beginselenrecht in het bestuursrecht: van beginselen van behoorlijk bestuur naar beginselen van goed bestuur

Hiervoor is de ontwikkeling geduid van de ongeschreven beginselen van behoorlijk bestuur naar de geschreven algemene rechtsbeginselen in de Awb. Bovendien zien we rechtsbeginselen buiten de Awb zowel in de wet- en regelgeving als in de (bestuurs)rechtspraak.

Als bestuursrechtjuristen zijn we er natuurlijk niet door slechts te kijken welke inhoud wordt gegeven aan de rechtsbeginselen in de rechtspraak en de wetgeving in het kader van de Awb. Ook buiten de Awb worden er – nationaal, Europees en internationaal – rechtsbeginselen ontwikkeld.

Nationaal wijs ik op het werk van de Nationale ombudsman, van de Afdeling Advisering Raad van State en van de Algemene Rekenkamer. In de rapporten en adviezen zijn diverse rechtsbeginselen terug te vinden die in de meeste gevallen niet het karakter hebben van beleidsmatige desiderata maar als gekwalificeerde rechtsbeginselen kunnen worden beschouwd. Over de vraag of daarbij steeds rechtsbeginselen worden ontwikkeld, kom ik hieronder nog te spreken. Het gaat daarbij om de vraag: wat rekenen we tot het recht en wat niet?

Het participatiebeginsel is niet alleen aan de orde bij de hiervoor genoemde uitgebreide voorbereidingsprocedure maar ook bij de uitleg van het begrip belanghebbende – wie en welke organisaties worden door de rechter als belanghebbende gekwalificeerd? – en dat is een vraag die niet alleen speelt in de beroepsfase maar ook in de fase van het primaire bestuursoptreden.²⁰ Het participatiebeginsel speelt ook bij de door de rechter te beantwoorden vraag of de gemeente Zutphen terecht heeft besloten om terzake van een bepaald project een referendum te houden.²¹

De toepasselijkheid van het transparantiebeginsel gaat verder dan slechts bij vragen in het kader van de Wob. Ook is aan de rechter de vraag voorgelegd of de Voedsel en Warenautoriteit terecht heeft besloten om tot openbaarmaking van inspectierapporten over te gaan.²²

Overigens wijs ik in dit verband op de eerste principiële uitspraak over betekenis en werking van de Wob die door de Afdeling is gedaan terzake van het criterium “goede en democratische bestuursvoering”.²³ Over de verhouding van deze elementen valt ook nog wel wat te zeggen, maar belangrijker is hier de invulling die de Afdeling geeft aan een goede bestuursvoering. Die bestuursvoering omvat ook het belang van controle op integriteit van de besluitvorming.²⁴ Een uitspraak van een andere rechter laat zien dat het transparantiebeginsel niet alleen in de context van de Wob aan de orde kan zijn, maar ook in het kader van de effectieve rechtsbescherming: openbaarmaking van stukken voor partijen in het kader van rechterlijke procedures.²⁵ Naast effectiviteit in de sleutel van de rechtsbescherming kennen we ook effectiviteit als eis van bestuursoptreden die in het verlengde kan worden gezien van het evenredigheidsbeginsel.²⁶

Het voorgaande maakt duidelijk dat niet alleen de klassieke abbb maar ook de meer moderne beginselen zoals het transparantiebeginsel, het participatiebeginsel en het

²⁰ ABRvS 1 oktober 2008, LJN: BF3911.

²¹ ABRvS 22 juni 2011, LJN: BQ8971.

²² Vzg. Rb. Breda 20 juni 2011, LJN: BQ9227.

²³ ABRvS 23 juni 2010, LJN: BM8796.

²⁴ Zie de noot van collega Overkleef-Verburg onder deze uitspraak in *JB* 2010, 191

²⁵ Vzg CBb 29 juli 2010, LJN: BN4119.

²⁶ A. Buijze, Effectiviteit in het bestuursrecht, *NTB* 2009, p. 228-237.

effectiviteitsbeginsel in de Nederlandse bestuursrechtspraak een plaats hebben gekregen. Dit proces wordt versterkt door de doorwerking van het Europese recht – in het bijzonder bestuursrechtelijke beginselen – in het Nederlandse bestuursrecht.²⁷

Op Europees niveau is de doorbraak van het beginselenrecht al veel langer aan de gang en zijn door de wetgever, het bestuur, de rechtspraak, de ombudsman en de rekenkamer talloze rechtsbeginselen ontwikkeld. Er zijn talloze publicaties op dit gebied verschenen, maar voor één publicatie zou ik uw bijzondere aandacht willen vragen en die betreft de toepassing van de algemene beginselen van goed bestuur door het Europese Hof van Justitie. Het betreft het artikel van Von Danwitz, rechter bij het Hof van Justitie, die een fraai overzicht geeft van de wijze waarop het Hof invulling geeft aan het concept van Goed Bestuur door middel van een toetsing aan de “Principles of Good Governance”.²⁸ Nadat hij eerst ingaat op de prominente plaats van dit concept in het Verdrag van Lissabon, wijst hij vervolgens op de fundamentele rechten samenhangend met dit concept in het Europees Handvest en de juridische status die het concept nu heeft gekregen. Door de toetreding van de EU tot het EVRM zal de wisselwerking tussen bestuursbeginselen en fundamentele rechten in de toekomst stellig toenemen. Tridimas plaatst de beginselen van goed bestuur op Europees niveau in de sleutel van the rights of defence.²⁹

Internationaal zijn er in diverse mensenrechtenverdragen beginselen verankerd die op Europees en nationaal niveau van bijzondere betekenis zijn. De meeste mensenrechtenverdragen bevatten thans al de zes beginselen van goed bestuur. Ik heb een inventarisatie daarvan gemaakt en kom dan tot het volgende overzicht.³⁰

Treaty	UDHM	ICCPR	ICESCR	ECHR	ESC	CSCE	
Due care		(13)		6(1, due care)			
Legal certainty			4, 8(1d,2)				
Equality	1, 2	3, 14(1)	Preamble par. 2, 2(2), 3, 7bi	14	20, 27		
Public participation	6, 8, 14(1), 21(1,2), 29(1)	6, 9(4,5), 13, 16, 25		5(4), 6(3b-e), 13, EP3	15, 22		
Transparency		8, 40 ff.			21, 29		
Accountability	30	1, 5, 40 ff.		19ff.			
Effectiveness	22, 25(1)	2, 3, 17(2), 22(3), 23(4)		5(2,3), 13, 17			
General			Preamble	1(shall secure),	Part I		

²⁷ Zie over doorwerking van het effectiviteitsbeginsel: ABRvS 23 juni 2010, LJN: BM8827.

²⁸ T. von Danwitz, *Good Governance in the hands of the judiciary: Lessons from the European example*, PerPelj 2010 (131) 1.

²⁹ T. Tridimas, *The General Principles of EU-law*, p. 410-417, Oxford 2006. Zie ook: A. Buijze, R. Widdershoven, De Awb en EU-recht, transparantie. In: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag 2010. p. 589 e.v.

³⁰ G.H. Addink, *Human Rights and Good Governance*, Utrecht 2010, p. 6 en p. 61.

			par. 2, 2(3)	2(1,protected by law),			
--	--	--	--------------	------------------------	--	--	--

UDHR = Universal Declaration of Human Rights, ICCPR = International Covenant on Civil and Political Rights, ICESCR = International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, ECHR = European Convention on Human Rights, ESC = European Social Charter.

Uit dit overzicht blijkt dat diverse aspecten van de zes beginselen van goed bestuur een basis hebben gevonden in de mensenrechtenverdragen. Goed bestuur, niet alleen als beginsel maar ook als fundamenteel recht is in opkomst. Over het fundamenteel recht op goed bestuur zijn in ons omringende landen al drie proefschriften verschenen³¹ en het krijgt in steeds meer publicaties de nodige aandacht.

6. Beginselen van goed bestuur: rechtsbeginselen of wetenschappelijke desiderata? Enkele ervaringen vanuit het Engelse bestuursrecht

In een discussie over de beginselen van goed bestuur wordt al snel naar voren gebracht dat dit meer een wetenschappelijk wensenlijstje is dan dat deze het karakter hebben van rechtsbeginselen. Peter heeft dat standpunt in zijn NJV-advies ook ingenomen bij de vraag of de rechter regelgeving toetst aan algemene beginselen van behoorlijk regelgeving. Nu kan een reactie hierop zijn dat het de taak van de wetenschap is de rechtsontwikkeling kritisch te volgen en een dergelijk goed gefundeerd wensenlijstje is dan zeker nuttig. Maar er blijkt meer te zijn. Hiervoor heb ik al laten zien dat de beginselen van goed bestuur in het positieve (Europese en Nederlandse) bestuursrecht al een eigen plaats hebben verworven. Een ander punt, dat zowel in de theorie als vanuit de praktijk naar voren wordt gebracht, is dat het wel een breed concept is waardoor het gevaar van een (te) geringe diepgang dreigt en bovendien dat dit concept niet op alle bijzondere gebieden van het bestuursrecht van toepassing is. Dit lijkt mij een reëel gevaar.

Ik heb het voorrecht gehad om zowel vorig jaar als dit jaar gedurende een langere tijd in Engeland voor mijn onderzoek te verblijven en te werken aan het boek “Good Governance: Concept and Context”. Oxford was de thuishaven en Paul Craig was mijn *sparring partner*. Twee aspecten waaraan ik tijdens mijn beide verblijven aandacht heb geschonken zijn in deze context van bijzonder belang. In de eerste plaats de meer rechtstheoretische vraag: wat beschouwen wij als recht en waarom? En in de tweede plaats: hoe wordt in het Engelse bestuursrecht omgegaan met rechtsbeginselen? Op beide vragen ga ik hier zeer kort in, maar in een ander verband zal ik op meer diepgaande wijze deze vragen behandelen.

Bij de vraag wanneer er sprake is van een rechtsbeginsel zijn er twee overheersende stromingen: de positivistische en de cultuurgerichte.³² Het gaat er daarbij om het recht een plaats te geven tussen enerzijds de reductie van recht tot louter macht en anderzijds de reductie van het recht tot de moraal. Bij de positivistische stroming vermeld ik – mede vanwege de context van Oxford – vooral Hart en – om dezelfde reden – bij de cultuurgerichte stroming Dworkin. Bovendien heb ik gedurende het eerste verblijf inspirerende colleges van Dworkin bijgewoond. Tijdens het tweede verblijf is gedurende vier weken in colleges van drie uur (door drie verschillende hoogleraren) het boek van Hart “Concept of Law” uitvoerig besproken en bediscussieerd door onder meer Endicott, Finnis, Gardner and Waldron.

³¹ K. Pfeffer, *Das Recht auf eine gute Verwaltung*, Jena 2005; J. Wakefield, *The Right to Good Administration*, Alphen aan den Rijn, 2007. K. Classen, *Gute Verwaltung im Recht der Europäischen Union*, Berlin 2008.

³² Zie: R.J.N. Schlössels, Dimensies van rechtsbeginselen. Enige observaties vanuit het bestuursrecht. In: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In beginsel. Over aard, inhoud en samenhang van beginselen in het bestuursrecht*, Deventer 2004, p. 13.

Volgens de positivistische stroming dient een rechtsbeginsel gepositieerd te zijn door een rechtsvormend orgaan. Daarmee ontstaat een formeel onderscheid tussen wat recht is en wat niet. Bij Hart gaat het bij de analyse van het recht om een samenstel van (verschillende soorten) regels met een extern en een intern aspect.³³ Zij vormen voor degenen die ze naleven een reden voor gedrag en een maatstaf voor de beoordeling van het gedrag van anderen. Een rechtsregel geldt indien zij aan de criteria van een herkenningregel beantwoordt. Die herkenningregel is ongeschreven (een sociale norm) en zij blijkt uit het gedrag van burgers en gezagsdragers. Deze herkenningregel is in zekere zin de hoogste regel van het rechtssysteem (*ultimate rule of recognition*), aangezien zij gelding verleent aan de rechtsregels, maar zelf geldig noch ongeldig is. Voor Hart is het bestaan van recht dus een sociologische kwestie: het gaat erom wanneer dat bestaan constateerbaar is in de sociologische werkelijkheid. Voor Hart is er geen logische en noodzakelijke verbinding tussen recht en moraliteit.

Voor Dworkin is een rechtsoordeel waar en bestaat het daarin uitgedrukte recht, wanneer het binnen de context van de betreffende rechtscultuur, met alle wetten, rechtspraak, rechtsbeginselen die daartoe behoren, beter verdedigbaar is dan concurrerende rechtsoordelen. Zijn rechtsopvatting vooronderstelt een theorie over (juridische) interpretatie. Voorts gaat hij er vanuit dat rechtsbeginselen – naast de rechtsregels – deel uitmaken van het positieve recht. Rechtsregels en rechtsbeginselen zijn interpretatieve fenomenen en het recht is meer dan een bestaande sociale praktijk, het is een interpretatieve praktijk.³⁴ Iedere omschrijving van bestaand recht is reeds interpretatie.

Aldus bezien heeft Dworkin niet alleen een ander, maar ook een veel ruimer rechtsbegrip dan Hart. Tegelijkertijd is het rechtsbegrip ook zo ruim dat bijna alles wat met normen te maken heeft als recht wordt gekwalificeerd. Ik geef er de voorkeur aan om weliswaar de beginselen onderdeel van het recht te laten zijn en aldus een ruimer rechtsbegrip te hanteren dan Hart, maar beperkter dan Dworkin.³⁵ Met name onderliggende waarden, in het bijzonder ethische waarden, zou ik niet tot het recht willen rekenen. Uiteraard zijn de waarden wel een bron van waaruit rechtswaarden in de vorm van rechtsbeginselen ontwikkeld kunnen worden, maar daarmee zijn ze nog geen onderdeel van het recht geworden.

Daarmee ben ik bij het tweede punt gekomen: de betekenis van rechtsbeginselen en – ruimer – van publieke waarden in het Engelse bestuursrecht. Er zijn grosso modo drie wetenschappelijke benaderingen die we in de literatuur van het Engelse bestuursrecht in relatie tot rechtsbeginselen tegenkomen. Bij de eerste, klassieke, benadering staat de rechtspraak centraal en de beginselen spelen daarbij slechts een ondergeschikte rol, namelijk slechts voor zover daarvan door de rechter melding wordt gemaakt. Bij de tweede, meer moderne, benadering wordt het bestuursrecht meer instrumenteel benaderd en vooral vanuit het perspectief van het openbaar bestuur. In de derde benadering is er meer aandacht voor de beginselen en wordt daaraan ook verder een uitwerking gegeven. De beginselen vormen daar ook deels een ordeningscriterium bij de bespreking van het bestuursrecht. Interessant in dit verband is de opvatting waarbij het “principle of good government” wordt beschouwd als een constitutioneel beginsel.³⁶

³³ M.A. Loth, Hart, in: *Rechtsfilosofen van de Twintigste eeuw*, Arnhem 1992, p.123; de kern is terug te vinden in H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 2nd edition 1994.

³⁴ A. Soeteman, Dworkin, in: *Rechtsfilosofen van de Twintigste eeuw*, 1992 Arnhem, p.170; met name in R. Dworkin, *Law's Empire*, London: Fontana Press, 1986.

³⁵ Vanuit het Hart-perspectief is een brug te vinden bij J. Raz, *Between Authority and Interpretation*, Oxford 2009. De beginselenlijn, en grondrechten zijn beginselen, is uitgewerkt door: R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford 2002; hij heeft een optimalisatie van beginselen ontwikkeld aan de hand van het proportionaliteitscriterium. Een meer recente benadering voor het wegen van beginselen is te vinden bij: Kai Möller, *Balancing and the structure of constitutional rights*, Oxford 2007.

³⁶ T. Endicott, *Administrative Law*, Oxford 2010, par. 1.4, p. 13-14.

Enkele jaren geleden heeft er zich een in dit verband relevante discussie in het Engelse bestuursrecht voorgedaan over het onderwerp “Theory and Values in Public Law”.³⁷ Het gaat om de vragen: wat zijn de publiekrechtelijke (bestuursrechtelijke) waarden en hoe kunnen deze verbeterd worden vanuit de politieke theorie? Cane heeft een positiefrechtelijke benadering en meent dat de politieke theorie los staat van het recht en dat deze bovendien te abstract is. Craig meent dat het onmogelijk is om het recht los te zien van de onderliggende waarden en dat de politieke theorie daarbij een element vorm. Bovendien heeft het recht de taak om een bijdrage te leveren aan de oplossing van meningsverschillen.

Ik haal deze discussie hier (te) kort aan om op een punt te wijzen dat ook voor het Nederlandse bestuursrecht van belang is en dat betreft de positie van de publieke waarden in het bestuursrecht. Men kan stellen dat deze publieke waarden een onderdeel vormen van de onderliggende waarden van beginselen. Als dat zo is dan is er de vraag: behoren deze publieke waarden tot het publiekrecht?

Deze discussie heeft op dit moment actuele betekenis naar aanleiding van de constatering dat steeds vaker bij maatschappelijke vraagstukken en problemen in ons land twijfel wordt geuit of de onderliggende publieke waarden nog wel voldoende worden geborgd. Het borgen van publieke waarden staat onder sterke druk.³⁸ Ik ben ingegaan op het onderscheid tussen publieke waarden en beginselen en constateer een verschil in abstractie en beschouw de groep van de abbb en groep van beginselen van goed bestuur als waarden, maar zie het resultaat van de uitwerking van beide groepen in het kader van afzonderlijke beginselen als rechtsbeginselen.³⁹ Dit laat ook goed zien dat de publieke waarden de afzonderlijke beginselen beïnvloeden. Op een soortgelijke wijze kwalificeert Zijlstra de beginselen van rechtsstaat, democratie en effectiviteit als waarden.⁴⁰ Mijn indruk is dat de publieke waarden voor wat betreft de beginselen in de kern niet worden bedreigd; wel is er sprake van een duidelijke overgang van de beginselen van behoorlijk bestuur naar de beginselen van goed bestuur.

7. Concluderende opmerkingen

Ter afronding enkele concluderende opmerkingen. Peter heeft in verschillende bijdragen aandacht gevraagd voor rechtsbeginselen in het bestuursrecht. Bovendien heeft hij laten zien dat niet alleen de rechter deze beginselen als toetsingsnormen hanteert maar ook dat bestuursorganen de beginselen in acht hebben te nemen, niet op basis van vrijwilligheid maar op basis van het recht. Dat geldt nog eens extra na de codificatie in de Awb. In zijn preadvies voor de NJV uit 1987 spreekt hij over een doorbraak van het beginselenrecht waarbij hij in het bijzonder de rechtsbeginselen op het oog heeft. Met zijn werkzaamheden in het kader van de Commissie Algemene regels van bestuursrecht heeft hij ook meegewerkt aan de introductie van beginselen van goed bestuur in het Nederlandse bestuursrecht. Daarbij zien we de beginselen van goed bestuur met inbegrip van de beginselen van behoorlijk bestuur steeds vaker terugkomen in de Nederlandse bestuursrechtspraak. In het Europese en het internationale recht zijn de beginselen van goed bestuur al veel langer in gebruik en als gevolg daarvan ook sterker ontwikkeld. Vanuit het Europese recht vindt er ook een verdere doorwerking in het Nederlandse bestuursrecht – zowel in de wetgeving als in de rechtspraak – plaats.

³⁷ Zie de bijdragen van Peter Cane en Paul Craig in: *Law and Administration in Europe, Essays in honour of Carol Harlow*, Oxford 2003.

³⁸ H.D. Stout, *Weerbare waarden, borging van publieke belangen in nutssectoren*, Den Haag, BJU, 2007.

³⁹ G.H. Addink, Borgen van publieke waarden: behoorlijk of goed bestuur, *Themanummer Goed Bestuur, Bestuurskunde*, 2011-2, p.12-22.

⁴⁰ S. Zijlstra, Eenzijdige waardering. In: *Het wegen van publieke waarden*, Den Haag 2009, p.119-132.

Interessant is dan om te kijken naar de plaats van beginselen in het Engelse bestuursrecht. In de literatuur komen grosso modo drie benaderingen voor waarbij één benadering zich in het bijzonder richt op de ontwikkelingen van beginselen in het bestuursrecht. De beginselen van goed bestuur worden in het Engelse bestuursrecht als constitutionele beginselen gekwalificeerd.

Een ander aandachtspunt in het Engelse bestuursrecht betreft de discussie over de verhouding tussen beginselen en publieke waarden. In de kern gaat het om de vraag: op welke wijze zouden de politieke theorie en het bestuursrecht in de context van de publieke waarden met elkaar moeten omgaan? Twee opvattingen staan tegenover elkaar: de scheiding versus de interactie tussen beide aspecten. Die discussie is ook voor Nederland van belang omdat in ons land wordt gesteld dat het borgen van publieke waarden onder sterke druk staat. Gewezen is op de overgang van behoorlijk naar goed bestuur en de indruk bestaat dat de waarde van goed bestuur niet onder sterke druk staat.

In de Nederlandse discussie is een conceptueel beginselenrecht, waarbij hier wordt gekozen voor het concept van Goed Bestuur, van groot belang omdat aldus duidelijkheid wordt verschaft terzake van de eisen waaraan het openbaar bestuur in een moderne en mondige samenleving heeft te voldoen. Dat beginselenrecht zal in toenemende mate sturend blijken te zijn bij de ontwikkeling van het toekomstige bestuursrecht. Op de betekenis daarvan en in het bijzonder de doorbraak van het beginselenrecht heeft Peter ons al ruim twintig jaar geleden gewezen.