

Ombudsmanwerk tussen overheid en burger¹.

Philip Langbroek²

1. Inleiding

Naar aanleiding van het boek Ombudsprudentie en recente jaarverslagen van de Nationale ombudsman is er onder bestuursrechtsjuristen kennelijk enige weerstand gerezen tegen het onderscheid tussen beoordeling van het overheidshandelen aan de hand van rechtsnormen en beoordeling van het overheidshandelen aan de hand van behoorlijkheidsnormen.³ Met name wat betreft deze beoordeling door de Nationale ombudsman hebben Schlössels, Marseille en ook Van Montfort twijfels geuit over de zin van het onderscheid en de daaraan verbonden risico's.⁴ Hieronder ga ik in op de functies die een ombudsman kan vervullen in de verhouding tussen overheidsorganisaties en burgers, en vraag ik aandacht voor de bijdrage die een ombudsman kan leveren aan de ontwikkeling van een praktische ethiek voor de verhouding tussen overheid en burger. Het onderscheid tussen behoorlijkheidsnormen en rechtsnormen als maatstaven ter beoordeling van overheidshandelen is daartoe een sine qua non. Aan de hand van voorbeelden uit de on-line database van rapporten van de Nationale ombudsman over de jaren 2005 en 2006 demonstreer ik daarom eerst de zin van het onderscheid, zonder daarbij overigens te beweren dat een ombudsman de rechtmatigheid van het overheidshandelen niet mag beoordelen.

2. Methode

Ombudsprudentie is tegenwoordig zeer goed toegankelijk via de websites van ombudsmannen.⁵ Daardoor is het mogelijk om door middel van integrale analyse of door middel van steekproeven een betrouwbaar beeld te krijgen van de wijze waarop ombudsmannen rapporteren over overheidsgedragingen waarover een klacht is ingediend. Voor de on line jurisprudentiedatabases van de Raad van State geldt hetzelfde. Maar dit geldt niet voor de jurisprudentiedatabases van rechtspraak.nl, omdat die door een (onzichtbare) redactie volgens gepubliceerde criteria worden geselecteerd, en dus niet alle uitspraken bevat. Voor een empirisch jurisprudentieonderzoek is dus toegang nodig tot de databases van de gerechten zelf. Daarmee is in beginsel een beschrijvend jurisprudentie-onderzoek volgens een sociaal wetenschappelijke methodologie onder handbereik gekomen.

Het onderzoek dat ik voor dit artikel heb gedaan is echter niet kwantitatief empirisch van aard, maar kwalitatief en heuristisch. Voor dit artikel ontbrak mij de tijd om

¹ Met dank aan Aleidus Woltjer voor zijn commentaar op een eerdere versie van dit artikel.

² Philip Langbroek is senior docent/onderzoeker bij het Departement Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Utrecht, en houdt zich onder meer bezig met ombudsmanvraagstukken en met (de organisatie van de) rechtspleging. Hij is chair van de EGPA Studygroup on Law and Public Administration. Contact: P.Langbroek@law.uu.nl.

³ Zie de behoorlijkheidswijzer op de website van de Nationale ombudsman.

⁴ A.J.G.M. van Montfort, Klachtvoorzieningen, in: L.J.A. Damen c.s. Bestuursrecht, rechtsbescherming tegen de overheid, bestuursprocesrecht, Den Haag 2005, blz. 352, alinea 1048; R.J.N. Schlössels, Kroniek Beginselen van behoorlijk bestuur, NTB 2005.33 blz. 253; Kroniek Beginselen van behoorlijk bestuur, NTB 2007.32 blz. 220-22 Voor anders geformuleerd onbegrip, zie de bespreking van het jaarverslag van de Nationale ombudsman 2006, door Bert Marseille in Binnenlands Bestuur 15 juni 2007, blz. 41

⁵ O.a. www.nationaleombudsman.nl; www.gemeentelijkeombudsman.nl (Amsterdam). Zie ook de websites van de gemeenten Rotterdam (www.ombudsman.rotterdam.nl), Utrecht (www.utrecht.nl/ombudsman) en Den Haag (www.ombudsman-denhaag.nl).

dergelijk empirisch onderzoek te doen. De hierna gepresenteerde beschrijvende conclusies zijn dus te waarderen als hypothesen die nader empirisch kunnen worden getoetst. Daarbij bouw ik voort op het empirische onderzoek dat de Utrechtse onderzoeksgroep rechtspleging van 2002-2004 in opdracht van de Nationale ombudsman heeft verricht naar diens ombudsprudentie.⁶

Voor de voorbeelden van normen-in-context in de een na laatste paragraaf van dit artikel heb ik gebruik gemaakt van het bestand van 200 rapporten dat de Nationale ombudsman per toeval heeft geselecteerd uit alle rapporten die hij in 2005 en 2006 heeft geproduceerd, maar de keuze van de voorbeelden is niet representatief voor deze steekproef.

In dit artikel kom ik ook met enkele normatieve standpunten. Het is een eigenschap van normen dat die op zichzelf niet empirisch kunnen worden onderzocht. De vraag naar de werkelijkheid is daarbij immers niet aan de orde, maar of zij geldig kunnen zijn. Het ontbreekt mij in dit artikel ook aan ruimte om de geldigheid van mijn normatieve standpunten helemaal aan te tonen. Ik neem dus genoeg met het streven deze standpunten voor de lezer aannemelijk te maken.

3. Ombudsmanfuncties

Voor juristen is het wellicht onnavolgbaar dat een ombudsman iets anders doet dan de situatie van een burger in conflict met een overheidsinstantie rechtens te kwalificeren en daaraan (rechts)gevolgen te verbinden. Een ombudsman is geen rechter en hij kan in tegenstelling tot een rechter ter beslechting van een geschil geen rechtshandeling verrichten.

De functie van ombudsmannen kan op verschillende wijzen worden ingevuld, de doelstellingen van ombudsmanwerk kunnen op verschillende wijzen worden gedefinieerd. Zo is het denkbaar om de ombudsman te kwalificeren als een extra check op het openbaar bestuur, en dus een aanvulling op de traditionele checks and balances binnen de onderscheiden maar samenwerkende staatsmachten. Een ombudsman is dan primair controleur, een soort *toezichthouder* op verzoek, die de traditionele verantwoordingswijzen aanvult. Het is ook denkbaar een ombudsman te zien als een *kwaliteitsinstituut*. De ombudsman hanteert vanuit dat perspectief standaarden waaraan overheidsinstanties, ambtsdragers en ambtenaren zouden moeten voldoen. De functie van de ombudsman is dan vooral te laten zien wat er mis gaat en hoe overheidsinstanties daar – met het oog op die standaarden- verbetering in aan zou kunnen brengen. Het begrip “standaard” in dit verband verwijst naar de normalisatienormen die instanties als de ISO en de EFQM⁷ hanteren om organisatieprocessen en hun uitkomsten te beoordelen en door organisatieontwikkeling te verbeteren. Vervolgens is het mogelijk om een ombudsman te zien als een aanvulling op de rechtsbescherming tegen de overheid. Voor al die gevallen waarin een gang naar de rechter geen soelaas kan bieden kan de ombudsman worden aangesproken met een klacht. De ombudsman kan weliswaar geen rechtens bindende uitspraken doen, maar kan wel een oordeel geven over de rechtmatigheid en de behoorlijkheid van het handelen waarover is geklaagd. Een ombudsman is dan vooral een ‘*small claims court*’. De uitkomsten van een onderzoek door een ombudsman kunnen dan eventueel worden ingebracht in een gerechtelijke procedure. Voorts is het mogelijk om een ombudsman te zien als een *bemiddelaar* tussen klagende burger en overheidsinstantie. Daarbij staat het oplossen

⁶ Ph.Langbroek en P.Rijpkema, Ombudsprudentie, Den Haag 2004.

⁷ www.iso.org; www.efqm.org

van het probleem van de burger centraal, los van de vraag of er iemand een fout heeft gemaakt.

In 1991 is al gesignaleerd dat de oordelen van de ombudsman juridiseren, maar dat het werk van een ombudsman niet zou moeten worden opgevat als een ‘small claims court’.⁸ Dat is later ook nog eens bevestigd door de minister van justitie⁹, en bij de totstandkoming van de wet extern klachtrecht.¹⁰

In Nederland spelen ombudsmannen deze rollen in verschillende mate. De ombudsman van Rotterdam, bij voorbeeld, benadrukt het oplossen van problemen voor de klagende burger, maar spant zich ook zeer in om het functioneren van ambtelijke diensten in hun verhouding met de burgers te verbeteren. De ombudsman van Utrecht benadrukt vooral de bemiddelende rol.¹¹ Voor de Nationale ombudsman is door regering en parlement – gedurende de periode dat Oosting ombudsman was – vooral de nadruk gelegd op de aspecten van bemiddeling en van kwaliteitsinstituut. Daarbij is er naast de aandacht van ombudsmannen voor de rechtmatigheid van het overheidshandelen ook wel aandacht besteed aan de behoorlijkheid. De opvolgers van Oosting, en dus ook de huidige ombudsman, leggen dezelfde nadruk, zij het dat de huidige ombudsman, Brenninkmeijer, de bemiddelende rol sterker benadrukt.

4. Rechtmatigheid en behoorlijkheid

De behoorlijkheid heeft van ombudsmannen lange tijd nauwelijks de aandacht gekregen die nodig is om ze als kwaliteitsstandaarden voor de verhouding overheid burger te kunnen laten functioneren. Dat hangt ook samen met de omstandigheid dat deze behoorlijkhedenormen in de opvatting van de regering en de meeste bestuursrechtsjuristen verknoopt zijn met de rechtsgrondslagen van het overheidshandelen. Wie de beperkte hoeveelheid publicaties¹² en de kamerstukken¹³ van de laatste 15 jaar over deze materie leest, krijgt de indruk van een wat moeizame analyse van de verhouding tussen recht en behoorlijkheid. In elk geval wordt in de kamerstukken steeds aangehouden dat de ombudsman zelf de inhoud van de behoorlijkheid bepaalt.¹⁴

De verklaring daarvoor is wellicht dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ten grondslag hebben gelegen aan de ontwikkeling van het bestuursrecht in Nederland, een ontwikkeling die in eerste instantie door rechters is vormgegeven. De wetgever

⁸ E.J. Daalder, De burgerlijke rechter en de Nationale ombudsman, VAR preadvies 1991, varreeks 106, t.a.p. blz. 137.

⁹ TK 1997-1998, 25 650, nr. 1, blz. 6.

¹⁰ Zie onder meer TK 2002-2003, 28747, nr. 3

¹¹ Gemeentelijke ombudsman Utrecht, Jaarverslag 2006, blz. 32-35; Gemeentelijke ombudsman Rotterdam, Verslag van werkzaamheden 2005, Verslag van werkzaamheden 2006, met name blz. 3-4.

¹² Konijnenbelt verwijst naar deze discussie, maar geeft aan dat het hem niet uitmaakt: “Voor de rechtspraktijk is het van weinig belang of men a.b.b.b. als rechtsregels dan wel als ethisch gekleurde beginselen wil kwalificeren of niet; ze gelden en daar gaat het om.”, Van Wijk/ Konijnenbelt Hoofdstukken van Administratief recht, Utrecht 1991, blz 71-72. Ook Wiarda, maakte zich er niet druk om; zie “3 typen van rechtsvinding” in de bewerking van T. Koopmans, Deventer 1999, blz. 61-70; Evenzo: Nicolai in L.J.A. Damen c.s., Bestuursrecht, Den Haag 2005, paragraaf 1.3.; Ten Berge en Michiels, in Besturen door de overheid, Deventer 2001, blz. 42, maken het onderscheid (vereisten van behoorlijkheid versus algemene beginselen van behoorlijk bestuur) wel.

¹³ Zie onder meer TK 2002-2003, 28747, nr. 3, blz. 17; Behoorlijkheid is overigens als toetsingsnorm thans voorgeschreven in artikel 9:27 Awb.

¹⁴ Onder meer TK 1997-1998, Ontwikkeling van het instituut Nationale ombudsman, n.a.v. publicatie: J.B.J.M. ten Berge, M.P. Gerrits-Janssens, R.J.G.M. Widdershoven, Blik op de toekomst van de Nationale ombudsman, Deventer 1997.

heeft die ontwikkeling gevolgd, en de Awb in zijn huidige vorm is het voorlopige eindproduct van een ontwikkeling van meer dan 100 jaar. Vanuit dat perspectief zit de behoorlijkheid in het bestuursrecht ingebakken, en lijkt het niet nodig om een onderscheid te maken tussen rechtsnormen en behoorlijkheidsnormen, tussen recht en ethiek. Deze normen worden immers door rechters toegepast en zijn in wetgeving gecodificeerd. In het positieve bestuursrecht heeft men dus kennelijk ook niet zo'n behoefte om bij het onderscheid stil te staan. Een uitzondering op deze algemene houding betreft de opvatting van Ten Berge. Hij heeft aangegeven dat behoorlijkheidsnormen weliswaar rechtsnormen impliceren, maar dat behoorlijkheid tegelijkertijd meer is dan rechtmatigheid.¹⁵

Een ombudsman kan vanuit het perspectief van de behoorlijkheid weliswaar geen bindend oordeel geven over de rechtsverhouding tussen overheid en burger in een geschil, maar voor de beoordeling van de situatie is het toepasselijke recht een belangrijk richtsnoer, dat de behoorlijkheid constitueert. Het onderscheid tussen rechtmatigheid en behoorlijkheid berust opeen al jaren bestaande traditie bij in elk geval de Nationale ombudsman.¹⁶

In 'Ombudsprudentie' heeft Peter Rijkema uiteengezet dat behoorlijkheidsnormen en rechtsnormen weliswaar als parallelle normen kunnen worden opgevat, maar een verschillend karakter hebben. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur verwijzen naar de grondnorm van de democratische rechtsstaat, de norm dat de overheid voor alle mensen gelijke zorg en respect¹⁷ behoort te hebben, evenzeer als grondrechten en de vereisten van behoorlijkheid zoals gehanteerd door de ombudsman dat doen. Deze grondnorm drukt uit dat de overheid in al haar handelen haar burgers zoveel als redelijk mogelijk is te ondersteunen en te respecteren als autonome mensen die er naar streven om een in hun eigen ogen waardevol leven te leiden. Evenzeer als de a.b.b.b. het gebrek aan juridische normering van het overheidshandelen hebben gecompenseerd (primair ten aanzien van rechtshandelingen), compenseren de algemene beginselen van behoorlijk overheidshandelen de omstandigheid dat vertegenwoordigende lichamen niet in staat zijn om al het andere handelen (primair ten aanzien van feitelijke handelingen) van de overheid te controleren.¹⁸ Door overheidshandelen te toetsen aan de vereisten van behoorlijkheid legitimeren ombudsmannen dat overheidshandelen. Ze demonstreren zo dat de overheid bij al haar handelen gebonden is aan de algemene beginselen van behoorlijk overheidshandelen. De Nationale ombudsman heeft het onderscheid tussen behoorlijkheid en rechtmatigheid aanvaard.¹⁹

Het onderscheid tussen behoorlijkheid en rechtmatigheid leidt er toe dat er logisch de volgende combinaties van oordelen kunnen ontstaan:

¹⁵ J.B.J.M. ten Berge. De betekenis van de Nationale ombudsman voor het bestuursrecht, in VAR reeks 106, De Nationale Ombudsman 1991, blz. 22.

¹⁶ Zie de jaarverslagen van de Nationale Ombudsman 1987-2003

¹⁷ P.P. Rijkema (red.), Grondslagen van het recht, Achtergronden, blz. 154-157.

¹⁸ Ombudsprudentie, blz. 18-19. Zie ook: Demands of proper administrative conduct A research project into the *ombudsprudence* of the Dutch National Ombudsman, in Utrecht Law Review 2006, blz. 81-98 via www.utrechtlawreview.org, en; J.B.J.M. ten Berge and Philip M.Langbroek, The Surplusvalue of the ombudsman, in: The Danish Ombudsman 2005, Kopenhagen 2005, p. 113-140.

¹⁹ De maakbare overheid, verslag van de Nationale ombudsman over 2005, Den Haag 2006, blz. 20. 'Regel is regel' is niet genoeg, Verslag van de Nationale ombudsman over 2006, blz. 15-19.

Oordelen van ombudsmannen

	<i>Behoorlijk</i>	<i>Onbehoorlijk</i>
<i>Rechtmatig</i>	Rechtmatig en behoorlijk	Rechtmatig, maar onbehoorlijk
<i>Onrechtmatig</i>	Onrechtmatig maar behoorlijk	Onrechtmatig en onbehoorlijk

Dat brengt mee, dat ombudsmannen zich zowel over het toepasselijke recht als over de behoorlijkheid kan uitspraken. In veel gevallen doen ze dat ook. Van de gegeven combinatiemogelijkheden is het oordeel ‘onrechtmatig, maar behoorlijk’ de meest zeldzame.

Ik geef hieronder enkele voorbeelden van de beschreven combinaties.

Rechtmatig en behoorlijk

Dit zijn casus waarbij de ombudsman na een klacht tot de conclusie komt dat er door de overheid zowel rechtmatig als behoorlijk is gehandeld. Hier vallen rechtsnormen en behoorlijkheidsnormen dus samen

In rapport 2006/103 wordt de klacht behandeld van een belastingplichtige die klaagt dat het verzoek om correctie van het belastbare inkomen voor het jaar 2000 op 29 januari 2004 is afgewezen. Ook een verzoek om toepassing van de hardheidsclausule is door de belastingdienst in augustus 2004 afgewezen. De reden voor het verzoek is, dat verzoekster in 2001 een koopsom voor een lijfrente heeft betaald, die zij volgens haar mag afwentelen op het jaar 2000. Dat is volgens de belastingdienst niet mogelijk, omdat dan terzake bij de aangifte over 2000 een verzoek moet zijn gedaan, en dat is niet gebeurd. De Nationale ombudsman toetst het handelen van de belastingdienst aan het rechtszekerheidsvereiste.

“Het vereiste van rechtszekerheid houdt onder meer in dat gerechtvaardigde verwachtingen van burgers en organisaties jegens bestuursorganen door die bestuursorganen worden gehonoreerd. Het vereiste van rechtszekerheid impliceert dat de Belastingdienst de door verzoekster gevraagde vermindering diende te verlenen indien de wet daartoe de mogelijkheid biedt of indien op enigerlei wijze bij verzoekster het gerechtvaardigde vertrouwen is gewekt dat de vermindering alsnog zou worden verleend.”

De ombudsman gaat in deze zaak nauwkeurig na, welke wettelijke regels op de beoordeling van het verzoek toepasselijk zijn, en komt tot de conclusie dat de belastingdienst niet anders kon dan zij heeft gedaan. Het feit dat de belastingdienst voorafgaand aan de afwijzing specifieke aanvullende informatie van verzoekster heeft gevraagd en gekregen, doet daaraan niet af, aldus de ombudsman. Verzoekster heeft ook geen bijzondere omstandigheden aangevoerd die een afwijken van de regel zouden kunnen rechtvaardigen. Van opgewekt vertrouwen dat het bedrag van de koopsompolis in mindering zou worden gebracht op verzoeksters belastbare inkomen is dus geen sprake. En dus concludeert de ombudsman dat de klacht niet gegrond is. In casu is dus zowel sprake van rechtmatig als van behoorlijk overheidshandelen.

*Rechtmatig, maar onbehoorlijk*²⁰

In deze situaties vallen rechtmatigheid en behoorlijkheid niet samen. Deze situaties zijn vrij schaars, maar niet zo schaars als de combinatie van onrechtmatig en behoorlijk.

Volgens rapport 2006/0379 heeft verzoeker geklaagd dat hij terzake van een verdenking van diefstal van een parkeerkaart thuis met onnodig politievertoon is aangehouden. De ombudsman gaat precies na of er een voldoende vermoeden van schuld bestond om verzoeker aan te merken als verdachte van diefstal. Hij komt tot de conclusie dat dit inderdaad het geval was. Nu ook overigens aan de wettelijke voorwaarden voor aanhouden buiten heterdaad was voldaan, is de toestemming tot aanhouding buiten heterdaad van verzoeker in beginsel rechtmatig door de officier van justitie gegeven, aldus de ombudsman. Maar, dit betekent nog niet dat de in deze vorm gegeven toestemming ook behoorlijk is. Vervolgens toetst de ombudsman de gedraging van de officier van justitie aan het evenredigheidsvereiste, en formuleert daarbij de volgende norm-in-context:

“Dit vereiste brengt mee dat bij het verrichten van het opsporingsonderzoek justitie en politie in beginsel dienen te kiezen voor een werkwijze die voor de verdachte het minst bezwarend is. Dit houdt onder meer in dat de aanwending van strafvorderlijke bevoegdheden (zoals aanhouding) in overeenstemming moet zijn met eisen van gematigdheid en evenredigheid. Daarbij dienen politie en justitie er steeds alert op te zijn dat de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van een burger door de toepassing van strafvorderlijke bevoegdheden zo gering mogelijk is”.

De ombudsman gaat vervolgens na of er redenen waren om verzoeker niet eerst op het politiebureau uit te nodigen voor verhoor. Noch in de aard van het delict, noch in de antecedenten van verzoeker, noch in het belang van de opsporing waren er redenen dat niet te doen. De officier had aan de aanhouding buiten heterdaad dan ook de voorwaarde moeten verbinden dat verzoeker als verdachte pas thuis kon worden opgehaald als deze niet vrijwillig op het politiebureau zou zijn verschenen. Het handelen van de officier was dus wel rechtmatig, maar niet behoorlijk, want in strijd met het evenredigheidsvereiste.²¹

Onrechtmatig en onbehoorlijk

Deze combinatie komt vaak voor. Ook hier kunnen rechtsnormen en behoorlijkheidsnormen samenvallen.

Zo is in rapport 2005/033 sprake van een aanbetaling bij aankoop van een auto (een BMW) door verzoeker van dhr M., door inruil van een andere auto (een Alfa Romeo). Deze laatste blijkt van diefstal afkomstig, maar dat kan rechtens niet worden bewezen. In het kader van een opsporingsonderzoek jegens verzoeker worden beide auto's in beslag genomen, in het belang van de waarheidsvinding. De officier van justitie besluit ook na het sepot van het onderzoek jegens verzoeker tot verlenging van de inbeslagname, omdat M. civielrechtelijk een verzoek tot beslaglegging op de BMW bij

²⁰ Zie overigens ook de rapporten van de nationale ombudsman 2005/338, van de ombudsman van Amsterdam d.d. 14 juni 2007, RA0612820 (stage op groenland); en van de ombudsman van Utrecht, 23 april 2007/DGO 07.13073 (proceskosten in bezwaar)

²¹ Een ouder voorbeeld betreft het wegslepen en bewaren van een auto door de politie waarvan een ruitje is ingetikt, zonder de eigenaar te waarschuwen, terwijl de kosten wel op de eigenaar worden verhaald. Rechtmatig volgens Arrondissementsrechtbank Amsterdam van 2 januari 1992, NJ 1994, 219, onbehoorlijk volgens de ombudsman. Rapport nr. 1997/498

de rechtbank heeft ingediend. Dit leidde er toe dat de BMW aan M. kon worden teruggegeven en buiten de macht van verzoeker bleef die rechtmatig eigenaar was.

“De Nationale ombudsman erkent dat aan politie en justitie een zekere beoordelingsruimte toekomt bij het nemen van de beslissing tot inbeslagneming. Echter, gelet op het hierboven genoemde criterium en het feit dat het opsporingsonderzoek van de politie zich uitsluitend richtte op de diefstal dan wel heling van de Alfa Romeo, en er dus ook ten aanzien van de BMW niets ten laste gelegd zou gaan worden, heeft de Nationale ombudsman zelfs binnen deze ruimte in artikel 94 Sv geen basis voor de inbeslagneming van de BMW gevonden.

Ook het antwoord op de uitdrukkelijke vraag van de Nationale ombudsman aan de minister om nader toe te lichten om welke reden inbeslagneming ten behoeve van de waarheidsvinding in deze zaak was aangewezen, heeft de Nationale ombudsman geen opheldering verschaft: de BMW moest worden veiliggesteld om te voorkomen dat hij zou verdwijnen. De mededeling dat dit soort inbeslagnemingen in de praktijk op grote schaal voorkomt, heeft de Nationale ombudsman niet bepaald gerustgesteld.”²²

De ombudsman concludeert dat terzake aan het oordeel van de officier van justitie om de BMW alsnog niet terug te geven motiveringsgebreken kleven. Maar die motiveringsgebreken zijn een consequentie van het feit dat de officier van justitie helemaal niet bevoegd was om dat te doen, nu de BMW niet relevant was voor het onderzoek tegen verzoeker V. In casu werd die beslissing ook niet jegens verzoeker gemotiveerd, maar werd V door de politie van de beslissing van de officier in kennis gesteld. Dus de ombudsman hanteerde hier het motiveringsvereiste, maar het verbod van misbruik van bevoegdheid was zeker mogelijk geweest. Hoe dat ook zij, ook dit is een duidelijk voorbeeld van onrechtmatige inbeslagname in combinatie met behoorlijkheidsgebreken.²³

Onrechtmatig maar behoorlijk

Dit komt niet vaak voor, en als het voorkomt gaat het om situaties waarbij een overheid – de politie – op het scherpst van de snede moet opereren. Het is dan ook niet verwonderlijk dat de wetgever de politie daarbij een steuntje in de rug geeft. Dat is het geval met artikel 2, derde lid van de algemene wet op het binnentreden. Zonder dat artikellid zouden politieagenten die zonder machtiging in het kader van hun hulpverleningstaak een woning binnentreden, weliswaar behoorlijk, maar niet rechtmatig handelen.

Meer in het algemeen formuleert de Nationale ombudsman in rapport 2006/073 als concretisering van het redelijkheidsbeginsel de norm in context:

“Het redelijkheidsvereiste houdt in dat bestuursorganen de in het geding zijnde belangen tegen elkaar afwegen en dat de uitkomst hiervan niet onredelijk is. Dit brengt onder meer mee dat een bestuursorgaan alleen dan van bepalingen van dwingend recht dient af te wijken in uitzonderlijke gevallen waarin het vasthouden aan die bepalingen zou leiden tot onevenredig nadeel voor de betrokken burger.”

Aldus erkent hij de mogelijkheid dat een ambt uit overwegingen van behoorlijkheid een gestelde rechtsnorm schendt.

Een voorbeeld van overheidshandelen dat weliswaar onrechtmatig, maar toch behoorlijk werd geoordeeld, is te vinden in rapport 2006/247. Verzoeker klaagt er in deze zaak over dat leden van een arrestatieteam hem meermaals hadden beschoten met zgn. 'bean-bag-munitie'. De Nationale ombudsman constateert dat het vast staat dat de bean-bag-munitie en het vuurwapen waarmee die munitie kan worden afgeschoten beide niet

²² Overweging 10 in rapport 2005/033

²³ Ander voorbeeld: Rapport 2005/ 392

behoren tot de wettelijk toegestane bewapening van een arrestatie team. Maar in casu was het gebruik van scherpe munitie toegestaan, terwijl het risico op zwaar lichamelijk letsel door het gebruik van bean-bag-munitie in plaats van scherpe munitie aanmerkelijk werd verkleind. Daarom vindt de ombudsman de keuze om van de wettelijk niet toegestane munitie gebruik te maken in dit geval te billijken, en oordeelt hij het handelen behoorlijk.

5. Ombudsprudentie en rechtspraak

Zoals uit de bovenstaande voorbeelden blijkt, gaat de toetsing van het overheidshandelen aan vereisten van behoorlijkheid hand in hand met de toetsing van het overheidshandelen aan terzake geldende rechtsnormen. De behoorlijkheidsnormen waaraan een ombudsman het overheidshandelen toetst kunnen niet alleen bronnen zijn voor de rechtsontwikkeling, maar kunnen ook bronnen zijn voor de ontwikkeling van een praktische overheidsethiek. Daarbij is een uitgangspunt dat een ombudsman zich weliswaar kan uitspreken over de rechtmatigheid van een overheidshandelen, maar dat een dergelijke uitspraak uit de mond van een rechter een dwingend gevolg kan krijgen dat niet aan een dergelijke uitspraak van een ombudsman kan worden verbonden. Daarom past het een ombudsman beter om die ethische normen voor het overheidshandelen te formuleren. Dat past bij het bijzondere en onderscheiden karakter van dat ambt. Zoals de bestuursrechtelijke jurisprudentie een verzameling is van ervaringen van overheden en burgers met hun onderlinge conflicten in termen van recht, zo is ombudsprudentie een verzameling ervaringen van overheden en burgers met hun onderlinge conflicten in termen van behoorlijkheid. Door nadrukkelijk aandacht te besteden aan de ethische aspecten van het handelen van de overheid kunnen ombudsmannen concrete normen ontwikkelen voor het handelen van bestuursorganen, ambtsdragere en ambtenaren die een gedetailleerder richtsnoer kunnen vormen voor het overheidshandelen dan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur als rechtsbeginselen kunnen. Dat is zinvol, omdat de bevoegdheid van bestuursrechters is gekoppeld aan het besluitbegrip zoals gedefinieerd in de Awb, terwijl de bevoegdheid van de burgerlijke rechter is gekoppeld aan privaatrechtelijke rechtshandelingen en de rechtsgevolgen van feitelijk handelen. De onderwerpen waar de ombudsman zich op richt betreffen in de meeste gevallen handelingen waar een rechter nooit naar zal kijken, omdat deze niet aan de rechter worden voorgelegd. Die is niet bevoegd, gerechtelijk procederen is te kostbaar of het gaat niet om een op geld waardeerbaar belang dat de inspanning van het voeren van een gerechtelijke procedure de moeite waard maakt. Overigens geeft dit onderscheid ombudsmannen meer dan rechters de vrijheid om zich los te maken van de instrumentele normen die dominant zijn in het bestuursrecht, en die door bestuursrechters moeten worden gehandhaafd.

Het onderscheid tussen rechtmatigheid en behoorlijkheid neemt niet weg dat rapportages van een ombudsman kunnen worden ingebracht in een gerechtelijke procedure, en dat gebeurt ook af en toe. Voor bestuursrechtsjuristen levert dat de vraag op wat dan de verhouding is tussen de ombudsman die behoorlijkheidsnormen hanteert en de rechter die rechtsnormen hanteert. Zo hebben sommigen al aangegeven dat het feit dat enkel deze omstandigheid er toe kan leiden dat oordelen van de ombudsman en rechterlijke oordelen uit elkaar gaan lopen.²⁴ Zij vrezen daarbij voor de rechtszekerheid

²⁴ S.J. Horstink-von Meijenfeldt, de aanvullende rechtsbescherming van de Nationale ombudsman, JB-plus aflevering 1 31 maart 2006.

van de burger.²⁵ Het is voor partijen mogelijk om de bevindingen uit een ombudsmanrapport in te zetten in een gerechtelijke procedure, evenals het voor de ombudsman van belang kan zijn dat in het handelingscomplex waarover is geklaagd ook een rechterlijke uitspraak is gedaan. Beide soorten ambten hebben echter een eigensoortige verantwoordelijkheid. De ombudsman beslist dus welk gewicht hij toe zal kennen aan een rechterlijke uitspraak in een zaak, en een rechter is zelf verantwoordelijk voor de wijze waarop hij bij de beoordeling van een aan hem voorgelegd geschil met een terzake door een partij ingebracht ombudsmanrapport omgaat.

Wie “ombudsman” intikt in de jurisprudentiedatabase van rechtspraak.nl krijgt 180 hits. Het gaat daarbij voor een deel om uitspraken waarbij een klaagschrift als bezwaar of beroepschrift door een ombudsman is doorverwezen; voor een deel om uitspraken waar partijen ter adstructie van hun standpunt hebben verwezen naar uitspraken van een ombudsman en voor een klein deel gaat het om uitspraken in zaken waarin een ombudsman in hetzelfde geschil een onderzoek heeft verricht en een rapport heeft uitgebracht.²⁶ Daarbij valt op dat rechters uit alle juridische velden (kanton, civiel, strafrecht, bestuursrecht, inclusief Centrale Raad van Beroep en de Raad van State), de rapporten van de Nationale en andere ombudsmannen serieus nemen. Steeds valt daarbij op dat de verschillende rechters daarbij hun eigen verantwoordelijkheid nemen. Een paar illustraties:

“Het oordeel van de Nationale Ombudsman dat de klacht van [eiser] - namelijk "dat een ambtenaar van het regionale politiekorps Drenthe na verzoekers aanhouding op 10 februari 2004 disproportioneel geweld jegens hem heeft gebruikt, als gevolg waarvan verzoeker letsel heeft opgelopen" - gegrond is, levert een ernstige aanwijzing op voor het onrechtmatige karakter van de bedoelde gedraging, maar is in casu voor het in rechte komen vast te staan van de juistheid van de grondslag van de vordering van [eiser] onvoldoende, gelet op de gemotiveerde betwisting ervan door Politiekorps.”²⁷

Hier volgt de kantonrechter dus terzake van de vaststelling van de feiten zijn eigen oordeel.

“De gemeentelijke ombudsman Amsterdam heeft op verzoek van eiseres onderzoek gedaan naar de bejegening van haar door een medewerker van de sociale dienst, welke bevindingen zijn neergelegd in een rapport van 19 december 2000. Blijkens die rapportage is de directeur van de sociale dienst tot de slotsom gekomen dat de wijze waarop een en ander tot stand is gekomen de toets der kritiek niet kan doorstaan en heeft de gemeentelijke ombudsman geoordeeld dat de onderzochte gedraging niet behoorlijk is, omdat de desbetreffende medewerker door zijn opstelling tegenover eiseres het beginsel van correcte bejegening heeft geschonden. De sociale dienst heeft blijkens dit rapport de gemeentelijke ombudsman voorts medegedeeld dat met de desbetreffende medewerker is gesproken en dat hernieuwde richtlijnen worden opgesteld voor samenwoningsonderzoeken en huisbezoeken..... Uit de rechtspraak (CRvB 28 november 1995, RSV 96/89 en ABRS 4 februari 2000, AB 200/242) leidt de rechtbank af dat gebruik van bewijsmiddelen niet is toegestaan, indien zij zijn verkregen op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht, dat dit gebruik onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht.”²⁸

De rechter volgt in casu echter de door hemzelf gevonden feiten, en paste de regeling van de Awb toe.

²⁵ Zie noot 4.

²⁶ Een klein deel van de uitspraken verwijst naar een niet-overheid ombudsman.

²⁷ LJN: AZ8836, Sector kanton Rechtbank Assen, 186580 CV EXPL 06-2544 19-02-2007

²⁸ LJN: AF4814, Rechtbank Amsterdam , AWB 01/479 NABW 18-02-2003

“De rechtbank deelt het oordeel van de Nationale Ombudsman dat de politie onder deze omstandigheden, gelet op artikel 32 van de Ambtsinstructie, zondermeer gehouden was een arts te raadplegen. Of de arts vervolgens informatie zou hebben gegeven over de medische verzorging van [eiser] gedurende zijn insluiting en of over de wijze van behandeling bij eventuele calamiteiten dan wel raadpleging van de behandelend arts geboden was, stond niet te beoordeling van de politie maar was ter beoordeling van de geraadpleegde arts geweest.2.7. Uit het voorgaande volgt dat nu de politie deze op haar rustende zorgplicht heeft verzaakt zij onrechtmatig jegens [eiser] heeft gehandeld en dientengevolge verplicht is de schade die hij daardoor heeft geleden aan [eiser] te vergoeden.”²⁹

Hier volgt de rechter dezelfde rechtmatigheidstoetsing als de ombudsman, ook al heeft de ombudsman terzake van het geen contact opnemen met een arts een behoorlijkheidsoordeel gegeven.³⁰

“De door de Nationale Ombudsman aangewezen tekortkoming in motivering, erin bestaande dat het bij dupliek aangevoerde in de beslissing te summier is weergegeven en niet terugkeert in een kenbare motivering, leidt op zichzelf niet tot de conclusie dat aan de verleende toestemming een zwaarwegend gebrek kleeft.”³¹

Onbehoorlijk betekent voor de kantonrechter hier dus niet automatisch onrechtmatig.

“Het vorenstaande leidt tot de conclusie dat appellant bevoegd was gedaagde met toepassing van artikel 1122, aanhef en onder d, van het ARA te ontslaan, zij het dat, gezien de context waarbinnen een en ander zich heeft afgespeeld en het aandeel dat de gemeente blijkens het rapport van de gemeentelijke ombudsman daarin heeft gehad, gedaagde zijn ontslagbevoegdheid alleen kan gebruiken indien aan het ontslag een adequate financiële tegemoetkoming wordt verbonden.”³²

Het rapport van de ombudsman van Amsterdam werd door de Centrale Raad van Beroep dus als bewijs aanvaard.

De omstandigheid dat veel van deze uitspraken stammen uit de periode van voor 2005 en rechters toen ook al de inbreng van een ombudsmanrapport in een gerechtelijke procedure toelieten maar daarbij zelf de verantwoordelijkheid namen voor de vaststelling van de feiten en voor de waardering van de feiten in rechte³³, betekent dat voor een afbreuk van de rechtszekerheid van burgers niet hoeft te worden gevreesd. De beoordeling van een overheidshandelen aan de hand van het recht vormt een soort minimum waaraan steeds behoort te zijn voldaan. Slechts in uitzonderingssituaties kan als onrechtmatig te kwalificeren handelen behoorlijk zijn.

In die lijst met hits valt overigens op dat de Hoge Raad nimmer naar een rapport van de Ombudsman verwijst; dat doet de Advocaat Generaal in zijn conclusies wel regelmatig. Daar de Hoge Raad cassatie rechter is en geen feitenrechter, is dit ook een belangrijke indicatie voor de waardering van de ombudsman door de Hoge Raad als onderzoeker van feiten, en niet als rechtsvormer.

Rechtsnormen vormen in veel gevallen een richtsnoer voor de behoorlijkheidstoetsing door ombudsmannen, maar de ombudsman dient het overheidshandelen in elk geval tenminste te toetsen aan het eigen normenkader. Dat impliceert dus niet dat zij daarbij

²⁹ LJN: AP5823, Rechtbank 's-Hertogenbosch, 98961 / HA ZA 03-1641 23-06-04. het ombudsmanrapport waarnaar wordt verwezen is No 2002/135

³⁰ Zie ook: LJN: BA7763, Gerechtshof Amsterdam, K06/1444 19 06 2007

³¹ LJN: AZ8220, Sector kanton Rechtbank Maastricht, 197476 CV EXPL 05-4082 08-03-2006

³² LJN: AO4171, Centrale Raad van Beroep, 01/1348 AW 19-02-2004

³³ Deze uitkomst strookt met de bevindingen van Daalder, t.a.p. blz. 130; zie ook: N.A.M.Schipper, Nationale ombudsman 2000, in: J.B.J.M. ten Berge, M.P. Gerrits-Janssens, R.J.G.M. Widdershoven, Blik op de toekomst van de Nationale ombudsman, Deventer 1997, blz. 174-179.

het zicht op het recht verliezen, maar wel dat zij naast het recht primair de behoorlijkheid hanteren om het overheidshandelen te beoordelen waarover is geklaagd. Daarom is het ook wenselijk dat een ombudsman de rechtsontwikkeling inzake geschillen tussen overheid en burger volgt. Want het behoort tot de taak van een ombudsman om te beoordelen of in het concrete geval rechtmatig overheidshandelen desalniettemin niet behoorlijk is, ofwel onrechtmatig handelen toch behoorlijk. De behoorlijkheidsnormen van een ombudsman worden toegepast in het zicht van het recht, maar hebben toch een eigen karakter. Van een doorbreking van het legaliteitsbeginsel kan daarom door een toetsing aan behoorlijkheidsnormen door een ombudsman geen sprake zijn.

6. Bijdrage van ombudsmannen aan de ontwikkeling van een praktische overheidsethiek

De zin van een toetsing aan behoorlijkheidsnormen is niet de verwijzing naar de algemene beginselen van behoorlijk bestuur of naar de vereisten van behoorlijkheid zoals de Nationale ombudsman die thans formuleert. De zin ervan is, dat zij vooralsnog voor bijna elke situatie die de ombudsman te beoordelen krijgt, een algemene norm bieden aan de hand waarvan een overheidshandelen in een concrete context kan worden beoordeeld. Een noodzakelijke tussenstap daarbij is de formulering van een norm-in-context, waarin de ervaring naar aanleiding van de gedraging van de overheid en de klacht daarover wordt vastgelegd. In zoverre vormen rapportages van ombudsmannen waarin het overheidshandelen wordt beoordeeld een bron van praktische overheidsethiek.³⁴ Daartoe is echter vereist dat ombudsmannen in de gevallen die niet door bemiddeling of interventie kunnen worden opgelost een actieve houding aannemen wat betreft het formuleren van deze normen in context. Door dat te doen en door deze contextnormen te inventariseren en te systematiseren is het mogelijk om duidelijker normen te creëren dan alleen maar een behoorlijkheidswijzer of een code van goed bestuur. Zulke in algemene normen vormgegeven gedragscodes vervullen zeker een functie, maar evenals het mogelijk is om aan de hand van jurisprudentie tot codificatie over te gaan, is het mogelijk om aan de hand van ombudsprudentie een code van goed bestuur te ontwikkelen, waarin voor verschillende contexten van het optreden van bestuursorganen, publieke rechtspersonen, ambtsdragere en ambtenaren in hun verhouding tot burgers concrete normensets kunnen worden neergelegd. Het is van belang dat verschillende ombudsmannen diezelfde normen hanteren, omdat zij daarmee hun gezag kunnen versterken, terwijl deze normen ook als handelingsstandaarden kunnen functioneren voor ambten, ambtsdragere en ambtenaren.

7. Behoorlijkheidsnormen en normen in context.

Het spreekt vanzelf dat de ontwikkeling van de beoogde praktische overheidsethiek alleen tot ontwikkeling kan komen indien ombudsmannen de moeite nemen om hun oordelen te motiveren met een toepassing van de door hen gekozen behoorlijkheidsnorm³⁵ op het gedrag waarover is geklaagd. Overigens ligt er ook voor (academische) juristen werk op de plank, omdat zij met name in staat moeten worden geacht om de normen in context goed te formuleren en te ordenen. Ik geef hieronder enkele voorbeelden van normen in context bij een korte gevalbeschrjving.

³⁴ Ombudsprudentie is dus niet noodzakelijk de enige bron van overheidsethiek.

³⁵ Die normkeuze is een ander onderwerp, waarover Peter Rijkema en ik in een door de Nationale ombudsman te publiceren bundel schrijven.

Het huisrecht is een grondrecht. In artikel 2, derde lid van de Wet op het binnentreden wordt een uitzondering geformuleerd op de voorschriften krachtens welke op dit huisrecht een inbreuk mag worden gemaakt. De wijze waarop deze uitzondering wordt gehanteerd is een regelmatig terugkerend onderwerp in de ombudsprudentie.

“Het huisrecht brengt mee dat een politieambtenaar zonder machtiging en zonder toestemming van de bewoner een woning slechts mag binnentreden om hulp te verlenen, indien de politieambtenaar voldoende diepgaand heeft onderzocht of de mogelijke hulpbehoefte reëel is en of dit onderzoek concrete aanwijzingen oplevert dat ernstig en onmiddellijk gevaar bestaat voor de veiligheid van personen of goederen”³⁶

Daarmee sluit de ombudsman dus in het belang van het grondrecht nauw aan bij de formulering van de wet. De aard van grondrechten en het grondwettelijke beperkingsregime brengen mee dat de ombudsman uit oogpunt van behoorlijkheid vaak niet zo heel veel meer kan dan de wijze van hantering van de wettelijke voorschriften ten aanzien van het maken van een inbreuk op een grondrecht uit behoorlijkheidsoogpunt te beoordelen. Daarbij valt bij de bestudering van ombudsmanrapporten op dit punt op dat de Nationale ombudsman soms moeite heeft met formuleringen van normen-in-context. De verleiding is steeds, om het bij de wettelijke formuleringen te laten. Dat is echter niet nodig, het is vrijwel altijd mogelijk om de ervaring van een geschil met de overheid in een contextgebonden regel te vangen:

Het grondrecht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer brengt mee dat de Visadienst geen informatie mag inwinnen over de "consummatie" van het huwelijk van degene die een machtiging voorlopig verblijf heeft aangevraagd.³⁷

“Indien politieambtenaren bij de rechtmatige aanhouding van een persoon deze persoon handboeien aandoen ten einde de aanhouding te effectueren, brengt het zodanig strak aanzetten van de handboeien dat daarmee pijn en letsel ontstaat mee dat deze politie ambtenaren een inbreuk maken op het recht op onaantastbaarheid van het lichaam.”³⁸

Een andere verleiding is om de normen in context te standaardiseren, zodat over de goede formulering verder niet hoeft te worden nagedacht. Daarmee blijft die formulering echter te dicht bij het algemeen vereiste van behoorlijkheid om te kunnen dienen als voeding voor de ontwikkeling van een praktische overheidsethiek:

De officier van justitie had naar aanleiding van een aanvraag voor het verkrijgen van een ligplaats voor een boot ter huisvesting van 120 asielzoekers in de gemeente Amsterdam, informatie over de aanvrager doorgespeeld aan de burgemeester. Deze informatie was afkomstig uit het CIE-register, het register Zware Criminaliteit, waarin verzoeker 33 maal was genoemd.

Artikel 15 van de Wet Politierregisters (Wpolr) dat bepaalt, dat de gegevens uit een politieregister kunnen worden verstrekt aan de burgemeester in het kader van diens taakuitoefening. Het doet niet terzake of de politie die gegevens direct aan de burgemeester verstrekt of dat dit via het Openbaar Ministerie gebeurt.

De Hoge Raad heeft in een andere zaak overwogen dat voor de verstrekking van gegevens aan derden artikel 30, eerste lid Wpolr van belang is, bepalend dat een ieder

³⁶ Rapport 2005/364

³⁷ Rapport 2006/046 (formulering van mij)

³⁸ Rapport 2006/070 (formulering van mij)

die krachtens deze wet de beschikking krijgt over gegevens met betrekking tot een derde, verplicht is tot geheimhouding daarvan, behoudens voor zover een bij of krachtens deze wet gegeven voorschrift mededelingen toelaat, dan wel de uitvoering van de taak met het oog waarop de gegevens zijn verstrekt tot het ter kennis brengen daarvan noodzaakt. Dat was volgens de Nationale ombudsman hier niet het geval, omdat de informatie over verzoeker niet hard was en nimmer tot vervolging had geleid. De informatie had dus niet mogen worden verstrekt. De ombudsman formuleert:

“Waar de wet de bevoegdheid tot het (door)verstrekken van gevoelige informatie beperkt tot de uitoefening van een bepaalde taak, mag die informatie niet met een ander oogmerk worden verstrekt.”³⁹

Maar een meer concrete formulering van de contextnorm zou kunnen luiden:

Het verbod van misbruik van bevoegdheid brengt mee dat informatie uit het CIE register door het OM op basis van artt. 30 en 15 Wet op de politieregisters aan de burgemeester ten behoeve van de beoordeling van een aanvraag om een ligplaatsvergunning voor een asielzoekersboot, niet mag worden verstrekt als die informatie geen grondslag bevat dat de aanvrager strafbare feiten zal begaan dan wel de openbare orde zal verstoren.

Met het oog op de normontwikkeling is het met name bij toepassing van het redelijkheidselement van groot belang dat de ombudsman hier goede contextnormen formuleert, maar ook hier slaat de ritualisering toe:

“Dit vereiste houdt onder meer in dat een bestuursorgaan het individuele belang van een burger mag achterstellen ten opzichte van andere, algemenere belangen”⁴⁰

Dat dit niet de strekking van het redelijkheidselement is daargelaten, zijn beter geslaagde pogingen:

Het redelijkheidselement brengt mee dat het CWI bij de beoordeling van een ontslagaanvraag de belangen van de aanvragende werkgever en van de werknemers tegen elkaar af moet kunnen wegen met ruimte voor de beleidsvrijheid van de werkgever in deze. Aan die voorwaarde is niet voldaan indien de belanghebbende (de werkgever) inadequate informatie verstrekt.⁴¹

Een gestandaardiseerde operationalisering van behoorlijkheidsnormen is onverenigbaar met de *raison d'être* van contextnormen. Die is de ervaring omtrent het betreffende conflict tussen overheid en burger te conserveren. Niet de algemene norm dient dat doel, maar de concrete norm. In zoverre vormen de contextnormen de praktische database voor de ethische normering van het overheidshandelen. Zij moeten voor dat doel dus niet abstract, maar concreet zijn, en er is enig volume – in aantallen gevallen – nodig alvorens uit een analyse van die contextnormen kan worden geconcludeerd tot een nieuw, meer algemeen vereiste van behoorlijkheid, of alvorens redelijk complete verzamelingen normen-in-context ontstaan die concreet en algemeen genoeg zijn om in een bepaalde context herhaald toepasbaar te zijn.

8. Conclusie

In de ombudsprudentie van ombudsmannen is de maatschappelijke ervaring gestold van geschillen tussen overheid en burger over de aanspraak van burgers op behandeling door

³⁹ 2005/117

⁴⁰ Rapport 2005/202; 2005/267

⁴¹ Rapport 2006/336

de overheid met gelijke zorg en respect. Door deze geschillen te beoordelen aan de hand van behoorlijkheidsvereisten, bevestigen ombudsmannen het bijzondere karakter van hun ambt en kunnen zij een belangrijke bijdrage leveren aan de ontwikkeling van een praktische overheidsethiek. De vrees van sommige bestuursrechtsjuristen voor een dejuridisering van het bestuursrecht door het onderscheid tussen rechtmatigheidstoetsing en behoorlijkheidstoetsing door ombudsman lijkt niet gegrond te zijn, nu ombudsmannen vrijwel altijd het recht als richtsnoer gebruiken bij de opbouw van hun rapportages over een overheidsgedraging.

Ook voor rechtsonzekerheid ten gevolge van de invoering van dit onderscheid door ombudsmannen sinds de invoering van de wet extern klachtrecht hoeft niet te worden gevreesd, nu rechters ook al voorafgaand aan 1 januari 2005, bij de inbreng van ombudsmanrapporten in gerechtelijke procedures steevast zowel ten aanzien van het vaststellen van de feiten – de bewijsvoering- als ten aanzien van de rechtmatigheidstoetsing hun eigen verantwoordelijkheid voorop hebben gesteld.

Discrepanties tussen ombudsmanoordelen en rechterlijke oordelen kwamen daaraan voorafgaand ook al voor.

Met het oog op de bruikbaarheid van ombudsmanrapportages voor de ontwikkeling van een praktische overheidsethiek is het wenselijk dat ombudsmannen bij de beargumentering van hun behoorlijkheidsoordeel in een casus de norm in context voldoende concreet formuleren. Overigens kunnen academische (bestuursrechts)juristen daaraan ook een bijdrage leveren door meer werk te maken van de bestudering van ombudsmanrapporten voor dat doel.⁴²

⁴² Zie bij voorbeeld de annotaties van P.J.Stolk in Jurisprudentie Administratiefrechtelijke Beslissingen.