

Hoe behoorlijk is de Grondwet?

NTB 2019/44

1. Inleiding

In artikel 41 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (Handvest) is het recht op behoorlijk bestuur opgenomen. Dit recht garandeert een onpartijdige, billijke en tijdige behandeling van zaken door de instellingen van de Europese Unie. De codificatie van dit recht in het Handvest was een belangrijke stap in de richting van constitutionele verankering van het recht op behoorlijk bestuur.² In andere grondrechtendocumenten, zoals het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM), ontbreekt een dergelijk recht vooralsnog. Ook in de Nederlandse Grondwet schittert dit recht door afwezigheid.

De vraag kan worden gesteld of een recht op behoorlijk bestuur ook in de Grondwet moet worden opgenomen. Deze vraag is relevant in het licht van het takenpakket van de uitvoerende macht ('het bestuur'), dat de afgelopen decennia exponentieel is gegroeid. Door technologische, culturele en economische ontwikkelingen heeft het bestuur er steeds meer uitvoerende taken bij gekregen; daarnaast laat de wetgever al langere tijd inhoudelijke normstelling over aan het bestuur.³ Niet voor niets is wel gesteld dat het bestuur de meest omvattende overheidsfunctie is geworden.⁴ Toch besteedt de Grondwet vooralsnog vrijwel geen aandacht aan de bestuursfunctie. Er ontbreekt een definitie en er worden nauwelijks eisen geformuleerd voor de uitoefening het bestuur.⁵ Dat is problematisch als wordt gekeken vanuit het perspectief van de juridisch-normatieve functie van de Grondwet. Deze functie houdt in dat de Grondwet de uitoefening van staatsmacht van een grondslag voorziet (legitimeert) en aan banden legt (normeert en limiteert).⁶ Zij wordt zowel door het kabinet als door burgers als belangrijkste functie van de

Grondwet gezien.⁷ Nog problematischer wordt de gebrekkige grondwettelijke normering van het bestuur als wordt meegenomen dat de bestuursfunctie ook door andere rechtsbronnen buiten de Grondwet niet toereikend wordt gelegitimeerd en begrensd. De normering in instrumenten als de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (abb), de Algemene wet bestuursrecht (Awb), het Handvest en het EVRM is namelijk onvoldoende toegesneden op de maatschappelijke en technologische ontwikkelingen die de bestuurstaak zo hebben doen groeien. Dit leidt tot lacunes in bescherming tegen de uitoefening van bestuursmacht.

In deze bijdrage wordt betoogd dat een en ander noopt tot de opnemng van het recht op behoorlijk bestuur in de Grondwet. Met het opnemen van een dergelijk recht kan de uitoefening van bestuursmacht in al haar facetten van grondwettelijke ankers worden voorzien en worden begrensd. Grondwettelijke codificatie kan zo leiden tot een versterking van het juridisch-normatieve gehalte van de Grondwet.⁸ Daarnaast kan een grondwettelijk recht op behoorlijk bestuur bijdragen aan een versterking van de bescherming van de burger tegen de uitoefening van bestuursmacht. Dat heeft vooral te maken met de legitimatie die hiermee aan de rechter wordt geboden om de abb, en daarmee de notie van behoorlijk bestuur, zodanig te ontwikkelen dat toereikende antwoorden kunnen worden geboden op actuele maatschappelijke en technologische ontwikkelingen. Aan het eind van deze bijdrage worden enkele uitgangspunten gepresenteerd voor de vormgeving van een recht op behoorlijk bestuur in de Grondwet. Op basis van deze uitgangspunten wordt een eerste voorzet gedaan voor een bepaling in de Grondwet.

2. Bestuur en de juridisch-normatieve functie van de Grondwet

De Nederlandse Grondwet wordt vaak gekarakteriseerd als een staatskundige basisregeling die overheidsorganen in het leven roept, daar bevoegdheden aan toekent en de uitoefening van deze bevoegdheden - zowel in de relatie tussen overheidsorganen onderling als in de relatie tussen overheid en burger - begrenst.⁹ De Grondwet heeft zo

1 Manon is als promovenda verboden aan het Montaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging van de Universiteit Utrecht. Haar onderzoek richt zich op de modernisering van de Nederlandse Grondwet in het licht van het EVRM en het EU-Grondrechtenhandvest.

2 R.J.N. Schlössels, 'Constitutionalisering van behoorlijk bestuur', *JBPlus*, afl. 4, 2016a, onder 2.1.

3 Jaarverslag Raad van State 2018, te raadplegen op <https://www.raadvanstate.nl/publicaties/jaarverslagen/>, (hierna: Jaarverslag RvS 2018), p. 7, 12 en 32. Zie uitgebreider paragraaf 2.

4 W.J.M. Voermans, 'De Grondwet - Hoofdstuk 5 - Wetgeving en bestuur', *Nederland Rechtsstaat. Wetenschappelijk commentaar op de Nederlandse Grondwet*, november 2015, p. 28.

5 Idem, p. 29. De Grondwet bevat weliswaar ook weinig normen ten aanzien van wetgeving en rechtspraak, maar deze andere overheidsfuncties worden wel uitgebreid gedefinieerd in hoofdstuk 5 en 6 van de Grondwet. De rechtsprekende functie wordt bovendien nader genormeerd door de in tweede lezing voorliggende verklaringswet tot opnemng van een recht op een eerlijk proces in de Grondwet (*Stb* 2018, 88). Zie hierover ook M.M. Julicher, 'Het recht op een eerlijk proces in het EVRM, het Handvest en... de Grondwet!', *TvCR* 2018.

6 Zie voor nadere definiëring van deze functie paragraaf 2 van deze bijdrage.

7 B. Oomen, 'Constitutioneel bewustzijn in Nederland: van burgerzin, burgerschap en de onzichtbare grondwet', *RdW*, 2009/2, p. 75 en Notitie Herziening Grondwet, *Kamerstukken I*, 2014/15, 31570, L (hierna: Notitie Herziening), p. 3.

8 In het licht van haar doelstelling om de normatieve kracht van de Grondwet te vergroten, kan het dan ook opvallend worden geacht dat de staatscommissie Grondwet in haar rapport niet op dit recht is ingegaan.

9 Advies Raad van State inzake opdrachtverlening aan de staatscommissie Grondwet, *Kamerstukken II* 2007/08, 31570, nr. 3 (hierna: Advies RvS staatscommissie Grondwet), p. 6; Rapport staatscommissie Grondwet, *Kamerstukken II* 2010/11, 31570, nr. 17, bijlage (hierna: staatscommissie Grondwet), p. 23; Notitie Herziening, p. 3; Oomen 2009, p. 56, 63, 73; T. Barkhuysen e.a., *De Nederlandse Grondwet geëvalueerd*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2009, p. 21-24 en 105; C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2016, p. 23 e.v.

een belangrijke functie bij het legitimeren, normeren en limiteren van overheidsmacht: de juridisch-normatieve functie.¹⁰ Deze functie wordt vaak bestempeld als de primaire functie van de Nederlandse Grondwet, die aansluit bij het van oudsher sobere en rigide waarborgkarakter van de Grondwet.¹¹ Inderdaad gaat het bij het legitimeren, normeren en limiteren van overheidsmacht om fundamentele zaken die op de lange termijn moeten worden gegarandeerd en die niet onderhevig mogen zijn aan de waa van de dag.¹² Ook is een grote kenbaarheid wenselijk, omdat het belangrijk is dat zoveel mogelijk mensen op de hoogte zijn van deze gestelde basisnormen.¹³ In het licht van deze uitgangspunten is de Grondwet bij uitstek geschikt om deze juridisch-normatieve functie te dragen. De Grondwet is moeilijker te wijzigen dan andere rechtsbronnen en heeft daardoor de hoogste status in de normenhiërarchie.¹⁴ Tezamen met het feit dat de Grondwet een overzichtelijke vindplaats biedt van de basisnormen die de structuur van de Nederlandse staatsinrichting bepalen, zorgt deze classificatie bovendien voor een bijzondere mate van kenbaarheid.¹⁵

De juridisch-normatieve functie van de Grondwet is de laatste jaren echter zichtbaar verzwakt, zeker ten aanzien van de bestuursfunctie.¹⁶ Dit heeft te maken met het al genoemde sobere karakter van de Grondwet en met het grote vertrouwen dat in de Grondwet traditiegetrouw wordt gesteld in de wetgever.¹⁷ De Grondwet laat veel zaken ongeregeld en geeft liever normerende opdrachten aan de flexibelere formele wetgever. De Grondwet gaat daarbij uit van een primaat van de wetgever.¹⁸ Daarin is begrepen dat de wetgever zelf de belangrijkste keuzen over de inhoud van het recht in de wet moet maken en dit niet mag overlaten aan het bestuur (of de rechter). Delegatie aan bestuur vindt vanuit het perspectief van de Grondwet alleen plaats als het (technische) uitvoeringskwesties betreft.¹⁹ Deze uitgangspunten komen steeds minder overeen met de wer-

kelijkheid. In de loop van de tijd heeft een sterke verruiming plaatsgevonden van het takenpakket van het bestuur, zeker door de groei van de verzorgingsstaat die volgde op de industriële revolutie.²⁰ De wetgever heeft daarop veel – uitvoerende, maar ook regelgevende – bevoegdheden aan het bestuur gegeven. Dat heeft geleid tot een zogenaamde instrumentalisering van wetgeving: de wetgever beperkt zich veelal tot het bieden van een wettelijke delegatiegrondslag en besteedt het stellen van inhoudelijke normen steeds meer uit aan het bestuur, dat daardoor veel discretionaire bevoegdheden heeft verkregen.²¹ Zo is een ‘gelede normstelling’ ontstaan, die niet altijd goed verenigbaar is met het primaat van de wetgever.²² De neiging om belangrijke inhoudelijke normstelling over te laten aan het bestuur is bovendien steeds groter geworden. Dat is verklaarbaar vanuit de wens om toekomstbestendige wetgeving tot stand te brengen die flexibel kan omgaan met een tijd waarin technologische ontwikkelingen en innovatie elkaar in rap tempo opvolgen.²³ Om hierop toegesneden wetgeving te maken wordt in toenemende mate gebruik gemaakt van open normen, kaderwetgeving en experimentenwetgeving.²⁴ Deze typen wetgeving kenmerken zich door open normen die door het bestuur moeten worden ingevuld en door delegatiebepalingen.²⁵ Het primaat van de wetgever is daarmee steeds verder verschoven naar het bestuur.²⁶

In de Grondwet is geen rekening gehouden met deze steeds grotere taak van het bestuur. Het bestuur is daar nog steeds een onzichtbare functie. Staatsrechtelijke normen en werkelijkheid zijn daardoor ver uit elkaar komen te liggen, hetgeen ervoor zorgt dat de juridisch-normatieve kracht van de Grondwet op dit punt nog maar heel beperkt is.

10 In sommige bijdragen en parlementaire stukken wordt deze functie ook wel onderscheiden in een institutioneel-organisatorische functie en een waarborgfunctie. Zie bijv. Staatscommissie Grondwet 2010, p. 23; Barkhuysen e.a. 2009, p. 21; Oomen 2009, p. 64.

11 Staatscommissie Grondwet, p. 22-23; Kabinetsreactie advies staatscommissie Grondwet, 24 oktober 2011, *Kamerstukken II* 2011/12, 31570, nr. 20 (hierna: Kabinetsreactie), p. 2; Notitie Herziening, p. 3; Barkhuysen e.a. 2009, p. 18; P.B.C.D.F. van Sasse van Ljssel, *Realisering van grondrechten* (diss. Amsterdam UvA) 2018, p. 59.

12 M. Storme, ‘Lettres Persanes 13. Res publica en rechtsstaat: vrijheid in een onvolmaakte samenleving – Pleidooi voor een functionele (niet te bevolgen) grondwet’, *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 1-2009, p. 51.

13 Staatscommissie Grondwet, p. 25-26, 29 en 33.

14 Notitie Herziening Grondwet, p. 3; Storme 2009, p. 50; Kortmann 2016, p. 24-25; Van Sasse van Ljssel 2018, p. 51.

15 Advies RvS staatscommissie Grondwet, p. 7; Staatscommissie Grondwet, p. 26, 28-29 en 38.

16 Advies RvS staatscommissie Grondwet, p. 7; Staatscommissie Grondwet, p. 14; Barkhuysen e.a. 2009, p. 21.

17 Advies RvS staatscommissie Grondwet, p. 7-8; Staatscommissie Grondwet, p. 22-23; M. Nap, ‘De waardenloze Nederlandse Grondwet’, *Denkwijzer-Kwartalblad Wetenschappelijk Instituut van de ChristenUnie* 2009, p. 5.

18 Eindrapport van de Commissie Wetgevingsvraagstukken, *Orde in de regelgeving*, Den Haag: Staatsuitgeverij 1985 (hierna: Commissie Polak), p. 42-43 en Aanwijzingen 22 en 24 van Aanwijzingen voor de regelgeving.

19 Idem.

20 Commissie Polak, p. 7; Jaarverslag RvS 2018, p. 7; R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Band I*, Deventer: Kluwer 2010, p. 17-21; L.F.M. Verhey & C.S. Aal, ‘Delegatie van regelgevende bevoegdheid in Nederland: tijd voor herbezinning’, *RegelMaat* 2017/4, p. 259.

21 Zie over instrumentalisering van wetgeving o.a. Commissie Polak 1985, p. 7; J.E.M. Polak, ‘Onrechtmatige wetgeving’, in: *De rechter en onrechtmatige wetgeving, Preadviezen Nederlandse Juristen-Vereniging, deel I*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987, p. 106; R.M. van Male, *Rechter en bestuurswetgeving*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 271; J. Van der Hoeven, *De drie dimensies van het bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1989, p. 227 e.v.; R.J.G.M. Widdershoven & M. Remac, ‘General Principles of Law in Administrative Law under European Influence’, *European Review of Private Law*, 2-2012, p. 384-385; E. Hirsch Ballin, ‘De rol van de wetgever, vijftig jaar verder’, *Preadvisen voor de jaarvergadering 2019 van de NVW* 2019; Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven over exceptieve toetsing, ECLI:NL:RVS:2017:3557, p. 80-81; Jaarverslag RvS 2018, p. 7, 28 en 32.

22 Dat betekent dat normstelling plaatsvindt op verschillende niveaus. Zie hierover bijvoorbeeld H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt & R.M. van Male, *Hoofdstukken van het bestuursrecht*, Amsterdam: Reed Business 2014, onder 6.1.

23 Jaarverslag Raad van State 2016, te raadplegen via <https://jaarverslag.raadvanstate.nl/2016/>, p. 45; Jaarverslag RvS 2018, p. 12-13 en 15; Kamerbrief 6 juli 2016, *Kamerstukken II* 2015/16, 33009, nr. 30; Kamerbrief 26 juni 2017, *Kamerstukken II* 2016/17, 33009, nr. 43; Verhey & Aal 2017, p. 259-260.

24 Jaarverslag RvS 2018, p. 20-25; Kamerbrief 6 juli 2016, *Kamerstukken II* 2015/16, 33009, nr. 30; Verhey & Aal 2017, p. 260.

25 Jaarverslag RvS 2018, p. 26; Verhey & Aal 2017, p. 260.

26 Jaarverslag RvS 2018, p. 7 en 32; Widdershoven & Remac 2012, p. 384-385.

3. Lacunes in de normering van bestuur buiten de Grondwet

De leemte in normering van bestuur in de (Grond)wet betekent niet dat bestuursuitoefening aan geen enkele norm is gebonden. Om tegenwicht en bescherming te bieden tegen de toegenomen bestuursmacht zijn in de rechtspraak toetsingsnormen ontwikkeld, die later ook deels zijn gecodificeerd. In de Nederlandse rechtspraak gaat het om de ongeschreven algemene beginselen van behoorlijk bestuur (abb). Verschillende van deze beginselen zijn inmiddels gecodificeerd in bepalingen van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Op Europees niveau heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ) ook algemene rechtsbeginselen erkend. Daarvan maken specifieke beginselen van behoorlijk bestuur deel uit. Sommige van deze beginselen zijn gecodificeerd in het recht op behoorlijk bestuur dat is vastgelegd in artikel 41 van het Handvest. De notie van behoorlijk bestuur heeft in de vorm van een 'principle of good governance' verder nog een plek verworven in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM).

Bovengenoemde - nationale en Europese - rechtsbronnen vormen zeker vangnetten voor het gebrek aan normering van bestuur in de (Grond)wet. Zo hebben de abb een compenserende en aanvullende functie die van groot belang is in het licht van nieuwe digitale en technologische ontwikkelingen.²⁷ Dat blijkt bijvoorbeeld uit het recente ongevraagd advies van de Raad van State over de effecten van digitalisering voor de rechtstatelijke verhoudingen.²⁸ Daarin wordt gesteld dat de abb van extra belang zijn nu de overheid steeds meer gebruik maakt van digitale besluitvorming, wat kan leiden tot een vermindering van mogelijkheden om het overheidsbestuur te controleren.²⁹ Volgens de Raad van State kunnen onder meer een verscherpte interpretatie van het motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel hier soelaas bieden.³⁰ De bescherming die ontleend kan worden aan de abb lijkt daarmee aanzienlijk. Toch kennen de abb

ook tekortkomingen. Allereerst ontbreekt een duidelijke, algemene grondslag voor de vorming en ontwikkeling van de abb. Artikel 8:77, tweede lid, Awb, dat de rechter de opdracht geeft in de uitspraak te vermelden op basis van welke algemene rechtsbeginselen een besluit wordt vernietigd, komt enigszins in de buurt, maar dit artikel heeft alleen betrekking op appellabele besluiten (want alleen deze besluiten kunnen worden vernietigd) en niet op andere bestuurs-handelingen.³¹ Bovendien betreft het slechts een grondslag op wetsniveau. Het is de vraag of rechters zich hierdoor voldoende (democratisch) gelegitimeerd voelen om de abb te ontwikkelen. Nederlandse rechters zijn van nature namelijk voorzichtig als het om rechtsvorming gaat.³² Dat geldt voor de erkenning van volledig nieuwe beginselen nog meer dan voor de verfijning van al bestaande beginselen.³³ Er is echter niet alleen een behoefte om bestaande abb te actualiseren, maar ook om nieuwe abb te erkennen. Deze behoefte blijkt bijvoorbeeld uit het hiervoor aangehaalde advies van de Raad van State, waarin de Raad van State niet alleen adviseert tot verscherping van het motiverings- en zorgvuldigheidsbeginsel, maar ook oproept tot een nieuw te ontwikkelen recht op toegang tot en zinvol contact met de overheid.³⁴ Hieruit volgt dat verfijnde of nieuw erkende abb belangrijke bescherming kunnen bieden op die gebieden waar, bijvoorbeeld door technologische ontwikkelingen, onvoorziene omstandigheden zijn ontstaan waar de wetgever (nog) geen rekening mee heeft gehouden.³⁵

Een ander minpunt van de abb betreft het feit dat de abb ongeschreven normen zijn die hun basis vinden in de rechtspraak. Algemeen kenmerk van dergelijke normen is dat zij minder kenbaar zijn dan geschreven rechtsregels.³⁶ Dat vindt voornamelijk zijn oorzaak in het feit dat deze regels minder goed vindbaar of beschikbaar zijn dan gecodificeerde regels.³⁷ De inhoud en het toepassingsbereik van de abb moet men immers afleiden uit een waaier van rechterlijke uitspraken.³⁸ Het kan daarom lastig zijn zicht te krijgen

27 De abb zijn onder te verdelen in fundamentele rechtstaatbeginselen, zoals het rechtszekerheidsbeginsel en het legaliteitsbeginsel, en meer instrumentele algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het verbod van vooringenomenheid, het zorgvuldigheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel. Zie nader hierover P. Nicolai, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer: Kluwer 1990, p. 211 e.v.; G.M.A. Van der Heijden, *Een filosofie van behoorlijk bestuur. Een verklaring voor de juridische en maatschappelijke functie van beginselen van behoorlijk bestuur* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam 2001, p. 4 e.v.; 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 rechtsbeginselen in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 27 e.v. en J.H. Gerards, 'Meer rechtsbeginselen in de Awb? Gezichts-punten voor toekomstige codificatie', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak, *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Bju 2010, p. 802 (Hierna: Gerards 2010). Vgl. ook Staatscommissie Grondwet 2010, p. 40.

28 Ongevraagd advies van de Raad van State over de effecten van digitalisering voor de rechtstatelijke verhoudingen, 31 augustus 2018 *Kamerstukken II* 2017/18, 26643, nr. 557 (hierna: ongevraagd advies digitalisering RvS 2018).

29 Ongevraagd advies digitalisering RvS 2018, p. 13-14. Zie ook de *AERIUS*-uitspraak (ABRVS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259) en de *Blankenburg*-tunneluitspraak (ABRVS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454) van de ABRvS.

30 Ongevraagd advies digitalisering RvS 2018, p. 14-15 en 19.

31 Zie over deze grondslag ook de memorie van toelichting Awb eerste tranche, *Kamerstukken II*, 1988/ 89, 21 221, nr. 3 (hierna: MvT Awb eerste tranche), p. 155.

32 De voorzichtige houding blijkt bijvoorbeeld uit de manier waarop uitspraken van de Europese Hoven worden uitgelegd. Nederlandse rechters zijn niet snel geneigd de Europese minimumbescherming op te rekken, terwijl dat wel mag. Vgl. J.H. Gerards, 'Samenloop van nationale en Europese grondrechtenbepalingen – hoe moet de rechter daarmee omgaan?', *TvCR* 3-2010, p. 242-243; EHRM 21 juni 1988, 10730/84, *NJ* 1988/746 (*Berrehab t. Nederland*) en HR 10 november 1989 (*post-Berrehab*), *NJ* 1990/628, m.nt. E.A. Alkema.

33 Illustratief in dat kader is de uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State van 2 november 2016 (ECLI:NL:RVS:2016:2927), waarin de Afdeling uit de Conclusie van Staatsraad A-G Widdershoven over schaarse publieke rechten (25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421) wel het advies overnam om uit het al bestaande formele gelijkheidsbeginsel een mededingingsnorm af te leiden, maar niet mee ging in het advies om een nieuw transparantiebeginsel te erkennen. Vgl. R.J.G.M. Widdershoven, 'De Awb binnen het Unierecht: geen rustig bezit', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb: In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 464.

34 Ongevraagd advies digitalisering RvS 2018, p. 19.

35 Jaarverslag RvS 2018, p. 15; Ongevraagd advies digitalisering RvS 2018.

36 Gerards 2010, p. 793-794.

37 Vgl. staatscommissie Grondwet, p. 28-29.

38 MvT Awb eerste tranche, p. 8.

op de normen die uit de abbb kunnen worden afgeleid. Een en ander doet afbreuk aan de voorspelbaarheid en rechtszekerheid van de bescherming die door de abbb verschaft kan worden.³⁹ Dit bezwaar wordt enigszins verzacht doordat verschillende beginselen inmiddels zijn gecodificeerd in de Algemene wet bestuursrecht (Awb).⁴⁰ Dat geldt echter niet voor alle beginselen van behoorlijk bestuur. Het vertrouwensbeginsel ontbreekt bijvoorbeeld en het verdedigingsbeginsel is slechts gedeeltelijk gecodificeerd.⁴¹ Ten aanzien van deze beginselen zal moeten worden teruggevallen op de ongeschreven abbb. Een andere tekortkoming van de beginselen in de Awb is dat zij zijn geformuleerd als taakopdrachten aan het bestuur.⁴² Dat maakt deze normen minder goed herkenbaar als rechten voor de burger, terwijl zij dat wel zijn.⁴³

Ook binnen de Europese rechtsorde wordt de notie van behoorlijk bestuur expliciet erkend. Net als de Nederlandse rechter heeft ook het HvJ algemene rechtsbeginselen erkend en ontwikkeld. Beginselen van behoorlijk bestuur maken daarvan onderdeel uit en hebben de status van primair Unierecht.⁴⁴ Dat betekent dat ze inroepbaar zijn voor de rechter in procedures tegen instellingen van de Unie en in procedures tegen de lidstaten wanneer zij handelen binnen het toepassingsgebied van het Unierecht.⁴⁵ De bevoegdheid van het HvJ om algemene beginselen van Unierecht te ontwikkelen volgt uit artikel 19 Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU).⁴⁶ Het eerste lid van dat artikel bepaalt dat het HvJ de eerbiediging van 'het recht' bij de uitlegging en toepassing van de Verdragen moet verzekeren. Dat impliceert dat er meer 'recht' is dan het geschreven recht in de Verdragen (en het secundaire recht dat gebaseerd is op deze Verdragen). Dat recht bestaat onder meer uit de algemene beginselen van Unierecht.⁴⁷ In tegenstelling tot de

Nederlandse situatie is er voor het HvJ dus een expliciete, algemene legitimatie om rechtsbeginselen te gebruiken en te ontwikkelen.

Op Europees niveau is verder sprake van een constitutionaliseringstendens, waarbij de notie van behoorlijk bestuur steeds meer transformeert van een beginsel waaraan het bestuur zich heeft te houden naar een afdwingbaar recht (subjectiveringstendens) dat is ingebed in het bestaande systeem van grondrechten (integratietendens).⁴⁸ Deze constitutionalisering blijkt duidelijk uit de vastlegging van het recht op behoorlijk bestuur in artikel 41 Handvest.⁴⁹ Aangenomen wordt weliswaar dat dit artikel niet in het algemeen een afdwingbaar (subjectief) recht op behoorlijk bestuur waarborgt, maar enkele specifieke deelrechten wel als zodanig zijn aan te merken.⁵⁰ Het gaat dan om die elementen van het recht op behoorlijk bestuur die voldoende precies en onvoorwaardelijk zijn geformuleerd.⁵¹ Dat is bijvoorbeeld het geval ten aanzien van het recht op een onpartijdige en billijke bestuurlijke behandeling van een zaak binnen een redelijke termijn (het eerste lid van artikel 41 Handvest), het recht om voorafgaand aan besluitvorming te worden gehoord, het inzagerecht en de plicht tot motivering (het tweede lid van artikel 41 Handvest).⁵² De rechten die voortkomen uit artikel 41 Handvest zijn echter niet limitatief opgesomd in het artikel.⁵³ Dat maakt het mogelijk dat het artikel tegelijkertijd fungeert als een basisartikel dat ruimte biedt voor verdere rechtsontwikkeling.⁵⁴ Het artikel wordt daarom ook wel bestempeld als een 'vertretpunt' of 'katalysator' van nieuwe ontwikkelingen met betrekking tot behoorlijk bestuur op EU-niveau, dat ook kan leiden tot een verdergaande erkenning van afdwingbare deelrechten.⁵⁵

Het voorgaande laat zien dat het Unierecht belangrijke juridisch-normatieve waarborgen biedt als het gaat om de notie van behoorlijk bestuur. Opgemerkt moet echter worden dat

39 MvT Awb eerste tranche, p. 8; Advies Raad van State Awb eerste tranche, *Kamerstukken II*, 1988/89, 21 221, B, p. 4; J.H.A. Lokin & W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de Europese Codificatiegeschiedenis*, Den Haag: Bju 2006, p. 1; Gerards 2010, p. 794.

40 MvT Awb eerste tranche, p. 8 en 9. Voorbeelden van abbb in de Awb zijn het zorgvuldigheidsbeginsel (artikel 3:2) en het evenredigheidsbeginsel (artikel 3:4, tweede lid).

41 Gerards 2010, p. 787. Reden voor deze terughoudende codificatie is dat bij veel beginselen de jurisprudentie nog in ontwikkeling is en onvoldoende is uitgekristalliseerd. Codificatie in de wet zou deze ontwikkeling kunnen verstarren. Zie ook MvT Awb eerste tranche, p. 9.

42 Zie bijvoorbeeld de artikelen 2:4 Awb en 3:2 Awb, waarin bestuursorganen worden opgeroepen respectievelijk hun taak zonder vooringenomenheid uit te voeren (2:4) en zorgvuldig kennis te vergaren en belangen af te wegen (3:2).

43 In juridische zin zijn zij bijvoorbeeld wel afdwingbaar voor de rechter.

44 Artikel 6 lid 3 jo. artikel 19 lid 1 Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU).

45 P. Craig, 'Article 41', in: S. Peers e.a. (red.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford: Hart Publishing 2014, p. 1070. Zie onder andere HvJ EG, C-428/05, ECLI:EU:C:2007:368; HvJ EU 8 mei 2014, C-604/12, ECLI:EU:C:2014:302 (*H.N.*) en HvJ EU 5 november 2014, C-166/13, ECLI:EU:C:2014:2336 (*Mukarubega*) waaruit de inroepbaarheid tegen lidstaten blijkt.

46 HvJ 12 juli 1957, C-7/56, ECLI:EU:C:1957:7 (*Algera*) en HvJ EG 5 maart 1996, C-46/93 en C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79 (*Brasserie du Pêcheur*), punt 27.

47 Widdershoven & Remac 2012, p. 387; J.E. van den Brink e.a., 'Rechtsbeginselen en fundamentele rechten', in: S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Inleiding tot het Europees Bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 125.

48 Schlössels 2016a, onder 3.1.; Zie ook R.J.N. Schlössels, 'Kamino en Datema. Recht op behoorlijk bestuur', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB klassiek*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2016b, p. 662-664.

49 Idem.

50 L. Timmermans & R. Schlössels, 'Het Unierecht op behoorlijk bestuur', in: J. Gerards, H. de Waele & K. Zwaan (red.), *Vijf jaar bindend EU-Grondrechtenhandvest. Doorwerking, consequenties, perspectieven*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 251-252.

51 B.C. Mihaescu Evans, *The right to good administration at the crossroads of the various sources of fundamental rights in the EU integrated administrative system* (diss. University of Luxembourg), Baden-Baden: Nomos 2015 p. 121, p. 472-473.

52 HvJ 4 oktober 2006, T-193/04, ECLI:EU:T:2006:292 (*Tillack t. Commissie*), r.o. 127.

53 Volgens de Toelichting bij artikel 41 Handvest komen de rechten en plichten die nu wel expliciet worden genoemd voort uit de rechtspraak van het HvJ (lid 1 en 2) of zijn het weergaven van al bestaande verdragsrechten (lid 3 en 4).

54 R. Bousta, 'Who Said There is a "Right to Good Administration"? A Critical Analysis of Article 41 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union', *European Public Law* 2013, p. 482; Craig 2014, p. 1072; Mihaescu Evans 2015, p. 77.

55 C.H. Hofmann & B.C. Mihaescu, 'The Relation between the Charter's Fundamental Rights and the Unwritten General Principles of EU Law: Good Administration as the Test Case', *European Constitutional Law Review* 2013, p. 75-76; Timmermans & Schlössels 2015, p. 250, 255 en 257. Zie ook Schlössels 2016b, p. 668.

deze bescherming voor het Nederlandse systeem relatief beperkt is. Artikel 41 Handvest is namelijk alleen inroepbaar tegen acties van de instellingen, organen en instanties van de Unie, en niet tegen handelingen van lidstaten.⁵⁶ De algemene beginselen van Unierecht gelden wel ten aanzien van het handelen van de lidstaten, maar dan weer alleen als dat handelen valt binnen het toepassingsgebied van het Unierecht.⁵⁷ Bij zuiver nationaalrechtelijke handelingen kan dan ook geen beroep worden gedaan op de Unierechtelijke bescherming van het recht op behoorlijk bestuur, noch via het algemene EU-beginsel, noch via artikel 41 Handvest.

Mogelijk zou dat laatste nog kunnen worden opgevangen door de rechtspraak van het EHRM. In het kader van het eigendomsrecht (artikel 1 Eerste Protocol EVRM) heeft dit Hof namelijk een 'principle of good governance' ontwikkeld.⁵⁸ Volgens het EHRM volgt uit dit beginsel de eis dat als het recht op eigendom in het geding is (bijvoorbeeld als eigendom wordt ontnomen), bestuursoptreden tijdig, geschikt en bovenal op een consistente manier moet plaatsvinden.⁵⁹ Ook moeten bij eigendomskwesaties procedures in het leven worden geroepen die transparantie, minimalisering van risico's en rechtszekerheid garanderen.⁶⁰ Als laatste geldt dat als overheidsorganen in een eigendomsoverdracht een vergissing maken, ze deze zo spoedig mogelijk moeten corrigeren en daarbij ook een adequate compensatie of een andere geschikte reparatie moeten bieden aan de eigenaar die in goed vertrouwen handelde.⁶¹ Toch moet het praktische belang van het 'principle of good governance' niet worden overschat. De ontwikkeling van dit beginsel is sterk casuïstisch van aard en is meer toevallig dan met een doelbewuste agenda erkend. Het beginsel wordt bovendien (nog) niet als een fundamenteel recht aangemerkt door het EHRM.⁶² De materiële bescherming die op gebied van behoorlijk bestuur aan het EVRM kan worden ontleend, is dan ook (nog) niet van hoog niveau.

4. Codificatie van het recht op behoorlijk bestuur in de Grondwet

Uit de vorige paragraaf blijkt dat de regels die volgen uit de abbb, de Awb, de algemene beginselen van Unierecht, artikel 41 Handvest en de jurisprudentie van het EHRM weliswaar belangrijke vangnetten vormen voor het tekort aan legitimering en normering van de bestuursmacht in de Grondwet, maar deze vangnetten op hun beurt ook enkele

hiaten bevatten. Deze hiaten zijn dusdanig dat deze instrumenten niet toereikend zijn om een antwoord te bieden op de in paragraaf 2 geschetste ontwikkelingen. Om voldoende bescherming tegen bestuursmacht te bieden en daarbij de juridisch-normatieve functie van de Grondwet te versterken, zal de Grondwet zelf normering en legitimatie van bestuursmacht moeten verschaffen. Daarin kan worden voorzien door in de Grondwet een recht op behoorlijk bestuur op te nemen. De juridisch-normatieve kracht van de Grondwet zal daarmee worden verstevigd. Tegelijkertijd kan een grondwettelijk recht op behoorlijk bestuur de hiaten in de hiervoor besproken rechtsbronnen opvullen.

Zo heeft de Grondwet niet te maken met de reikwijdtebeperkingen van artikel 41 Handvest en de algemene beginselen van Unierecht. Een recht op behoorlijk bestuur in de Grondwet kan bovendien van toegevoegde waarde zijn op de gebrekkige bescherming die door het EHRM wordt geboden. Dat kan alleen al door een meer concreet recht op behoorlijk bestuur te formuleren dat niet alleen op eigendomskwesaties van toepassing is, maar specifieke bescherming garandeert inzake alle bestuursuitoefening. Van groot belang is daarnaast de aanvullende rol die een grondwettelijk recht op behoorlijk bestuur kan spelen inzake de bescherming die wordt geboden door de abbb. Met een gecodificeerd, grondwettelijk grondrecht kan namelijk een gewichtige, algemene legitimatie aan rechters worden geboden om de abbb te gebruiken en deze door te ontwikkelen. Zoals hiervoor aan de orde is gekomen is dat nodig, omdat Nederlandse rechters hier niet vanzelf toe geneigd zijn en hiertoe een extra stimulans nodig hebben. In dit verband kan ook worden gewezen op de toelichting bij de recente verklaringswet tot opnemings van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet.⁶³ Daarin wordt aan de rechter (en de wetgever) meermaals specifiek meegegeven dat grondwettelijke codificatie van het recht op een eerlijk proces een expliciete legitimatie betekent om de notie van een eerlijk proces nader vorm te geven en te ontwikkelen.⁶⁴ In die zin zal een grondwettelijk recht op behoorlijk bestuur de functies kunnen vervullen die artikel 19, eerste lid, VEU en artikel 41 Handvest nu tezamen vervullen voor de algemene beginselen van Unierecht. Artikel 19 VEU vormt een grondslag voor de vorming van de EU-beginselen door het HvJ. Artikel 41 Handvest vormt een bevestiging van het bestaan van deze beginselen en maakt ze tegelijkertijd meer kenbaar zodat ze doorontwikkeld kunnen worden.⁶⁵ Niet voor niets is het aantal beroepen op de Europese notie van behoorlijk bestuur toegenomen sinds dit recht is gecodificeerd in het Handvest.⁶⁶ Codificatie van het recht op behoorlijk bestuur in de Nederlandse basisnorm kan op een vergelijkbare manier zorgen voor een betere legitimatie en

56 Zie de tekst van het eerste lid van artikel 41 Handvest.

57 Artikel 51 lid 1 Handvest en de Toelichting bij dit artikel. Zie ook Craig 2014, p. 1070.

58 Zie hierover o.a. de annotatie van H. Addink bij EHRM 16 mei 2013, 49317/07 (*Maksymenko & Gerasymenko t. Oekraïne*), EHRC 2013/153; D.G.J. Sanderink, 'Het 'principle of good governance' in het bestuursrecht', *Trema* 2014; Timmermans & Schlössels 2015, p. 257-259; D.G.J. Sanderink, 'De raakvlakken tussen het EVRM en de Awb', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb: In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 450-452.

59 EHRM 15 september 2009, nr. 10373/05, EHRC 2009/120, m.nt. Pennings (*Moskal t. Polen*), r.o. 51 en 72.

60 EHRM 20 oktober 2011, nr. 29979/04 (*Rysovskyy t. Oekraïne*), r.o. 70.

61 EHRM 20 oktober 2011, nr. 29979/04 (*Rysovskyy t. Oekraïne*), r.o. 71.

62 Timmermans & Schlössels 2015, p. 159.

63 *Kamerstukken II 2015/16*, 34517, nr. 3.

64 Idem, p. 4, 9 en 31. Eerder heb ik geconcludeerd dat deze legitimatie de voornaamste reden is waarom de opnemings van het recht op eerlijk proces in de Grondwet van toegevoegde waarde is op de bescherming die nu al geboden wordt door het Handvest en het EVRM. Zie M.M. Julicher, 'Het recht op een eerlijk proces in het EVRM, het Handvest en... de Grondwet!', *TvCR*, 2018.

65 Zie ook Timmermans & Schlössels 2015, p. 250.

66 Schlössels 2016b, p. 665; Widdershoven 2019, p. 460.

een sterkere ontwikkeling van de notie van behoorlijk bestuur. De potentieel grote bescherming die abbb in het digitaliseringstijdperk kunnen bieden, zal daarmee realiteit kunnen worden.

5. Codificatie in de Grondwet: hoe?

5.1 Inleiding

In het voorgaande is aan de orde gekomen dat codificatie van een recht op behoorlijk bestuur in de Grondwet geboden is. Dat laat nog verschillende vragen open betreffende de vorm van deze codificatie. Zo kan de bepaling algemeen worden geformuleerd, maar is het ook mogelijk om specifieke deelrechten vast te leggen. Daarnaast kan het gaan om een subjectief recht dat afdwingbaar is voor de rechter of juist om een niet-afdwingbaar recht dat slechts fungeert als taakopdracht aan het bestuur. In deze paragraaf wordt betoogd dat een algemeen geformuleerd recht dat afdwingbaar is voor de rechter het beste past bij de hiervoor genoemde redenen om het recht op behoorlijk bestuur in de Grondwet op te nemen. Een dergelijke vorm sluit bovendien goed aan bij verwante bepalingen in de Grondwet en andere (Europese) regelingen. Aan het eind van deze paragraaf zal een eerste voorzet worden gedaan voor de beoogde nieuwe Grondwetsbepaling.

5.2 Algemeen of specifiek?

Een algemene formulering van het recht op behoorlijk bestuur is te vinden in het eerste lid van artikel 41 Handvest. Onder de behoorlijkheidsaspecten die in deze bepaling worden genoemd (onpartijdig, bilijk en binnen een redelijke termijn) kunnen alle aspecten van behoorlijk bestuur worden geschaard. Een specificering van een dergelijke algemene bepaling kan bestaan uit de nadere formulering van concrete rechten of plichten. Ook daarvan bevat artikel 41 Handvest een voorbeeld, maar dan in het tweede lid van deze bepaling. Daarin worden het recht om te worden gehoord, het recht op inzage en de plicht te motiveren uitgelicht als specifieke (niet-uitputtende) deelrechten van het in het eerste lid genoemde recht.⁶⁷

Ten aanzien van het recht op behoorlijk bestuur in de Grondwet zijn er goede redenen om te kiezen voor een algemeen geformuleerde codificatie. Allereerst past een algemene formulering bij het karakter en de systematiek van de Grondwet. Die is sober. De meeste grondrechten in de Grondwet zijn dan ook algemeen en niet-uitputtend geformuleerd. In dit kader is het relevant de al eerder genoemde verklaringswet tot opneming in de Grondwet van een recht op een eerlijk proces te noemen.⁶⁸ Juist vanwege het sobere karakter van de Grondwet heeft de indiener (de regering) gekozen voor een formulering waarbij niet alle specifieke deelrechten worden gecodificeerd.⁶⁹ Een andere reden

waarom een algemeen geformuleerde bepaling wenselijk is, is dat specifieke codificatie kan leiden tot ongewenste rigiditeit. Over veel beginselen van behoorlijk bestuur bestaat namelijk geen consensus. Er is een voortdurende behoefte deze te ontwikkelen en te actualiseren. Dat blijkt niet alleen uit het eerdergenoemde ongevraagde advies van de Raad van State over digitalisering.⁷⁰ In de literatuur is ook ten aanzien van andere beginselen, zoals het voorzorgbeginsel en het transparantiebeginsel, betoogd dat ze in ontwikkeling zijn.⁷¹ Codificatie van specifieke deelaspecten kan dan zoveel dichttimmeren dat de rechtsontwikkeling van het beginsel bevroren wordt en de nodige flexibiliteit verloren gaat. Met een algemene codificatie kan dat worden voorkomen, nu daardoor meer ruimte bestaat voor de vrije ontwikkeling van beginselen.⁷²

De bepaling moet echter ook weer niet zo algemeen worden dat alles van nadere uitwerking afhangt. Dan bestaat het risico dat het recht als containerbegrip wordt gebruikt en daardoor ongrijpbaar wordt. Dat kan leiden tot interpretatievraagstukken.⁷³ De bepaling moet dus ruimte openlaten, maar wel – uit zichzelf – voldoende normatieve kracht hebben.⁷⁴ Dat kan bijvoorbeeld door in de toelichting bij de codificatie de betekenis van het algemeen geformuleerde recht te verduidelijken.⁷⁵ Dat biedt richtsnoeren die kenbaar zijn, maar die minder in steen gebeiteld zijn dan de bepaling zelf. Dat kan ook door in de bepaling het recht met elementen te omschrijven die weliswaar algemeen zijn, maar die wel grenzen en kaders aangeven. Een goed voorbeeld is zichtbaar in het eerste lid van artikel 41 Handvest. Daarin wordt het recht op behoorlijk bestuur geconcretiseerd in drie elementen. Die elementen geven aan in welke richting men moet denken bij het recht op behoorlijk bestuur: het gaat om onpartijdig, bilijk en tijdig bestuur. Daarmee worden grenzen afgebakend. Met deze elementen is bijvoorbeeld duidelijk dat de reikwijdte van dit recht beperkter is dan de notie van *goed* bestuur. Die notie omvat namelijk ook mensenrechten en participatiebeginselen en die vallen niet onder de genoemde elementen.⁷⁶ Tegelijkertijd is niet alles dichtgetimmerd.

67 Craig 2014, p. 1072; HvJ 4 oktober 2006, T-193/04, ECLI:EU:T:2006:292 (*Tillack t. Commissie*), r.o. 127.

68 *Stb.* 2018, 88.

69 *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3, p. 27.

70 Ongevraagd advies digitalisering RvS 2018.

71 Gerards 2010, p. 790, 804. Zie over de ontwikkeling van het transparantiebeginsel o.a. A. Buijze, 'Het transparantiebeginsel naar Nederlands recht: een visie geïnspireerd op het EU-recht', *JBPLUS* 2016/4; Widdershoven 2019, p. 464-465. Zie over de ontwikkeling van het voorzorgbeginsel o.a. Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Onzekere Veiligheid. Verantwoordelijkheden rondom fysieke veiligheid*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2008, p. 130 en R. Pieterman & T. Arnoldussen, 'Het voorzorgbeginsel: over ideologie en onzekerheid', *R&R* 2008, afl. 3.

72 Gerards 2010, p. 799; R.J.N. Schlössels, 'Rechtsbeginselen en de Algemene wet bestuursrecht: tevreden met een codificatie 'light'?', *JBPlus* 2012, p. 87. Juist een codificatie met algemene gezichtspunten die nader uitgewerkt kunnen worden zal voor verdere ontwikkeling een uitnodiging bieden.

73 Schlössels 2012, p. 90.

74 Zie hierover ook de afweging van de Staatscommissie Grondwet ten aanzien van de formulering van het recht op een eerlijk proces, staatscommissie Grondwet, p. 63-64.

75 Gerards 2010, p. 796.

76 Vgl. H. Addink, 'Het concept van 'goed bestuur' in het bestuursrecht en de praktische consequenties daarvan', *Ars Aequi*, april 2012 en H. Addink, *Good governance: concept and context*, Oxfords: Oxford University Press 2019.

De specifieke criteria die bijvoorbeeld worden gesteld aan onpartijdig bestuur – denk onder andere aan de onderverdeling in subjectieve en objectieve onpartijdigheid – worden in de bepaling bijvoorbeeld niet nader geconcretiseerd.⁷⁷ Dat laat ruimte voor ontwikkeling van dergelijke criteria in de rechtspraak, met als resultaat dat hierop, in het kader van het recht op behoorlijk bestuur, geregeld een beroep wordt gedaan en door de rechter aan deze specifieke invulling wordt getoetst.⁷⁸

Een laatste reden voor een algemeen geformuleerde codificatie kan gevonden worden in het gegeven dat de wetgever zich daarmee geen ongewenste *a contrario*-redeneringen op de hals haalt. Bij specificatie van deelrechten zullen er namelijk altijd bepaalde aspecten van een recht zijn die niet worden gecodificeerd. Op het moment dat sommige deelrechten wel zijn gespecificeerd en andere niet, bestaat het risico dat ten onrechte wordt aangenomen dat die andere deelrechten minder belangrijk zijn en geen bescherming verdienen.⁷⁹ Illustratief in dit kader is de discussie omtrent de expliciet genoemde discriminatiegronden in artikel 1 Grondwet en het voorstel om dit artikel uit te breiden met de gronden handicap en seksuele gerichtheid.⁸⁰ De indieners wilden hiermee het signaal afgeven dat deze nieuwe gronden ook belangrijk zijn.⁸¹ Kennelijk leefde bij hen de overtuiging dat expliciete codificatie nodig is om uitdrukking te geven aan dit belang. Volgens deze gedachte zouden alle andere discriminatiegronden die nu niet in artikel 1 Grondwet zijn opgenomen en evenmin in het wijzigingsvoorstel worden genoemd (bijvoorbeeld leeftijd en inkomen) dan ook minder bescherming verdienen, maar het is zeer de vraag of dat terecht is.⁸² Bij een algemene codificatie speelt het risico op dergelijke *a contrario*-redeneringen minder, omdat daarbij meteen duidelijk is dat in de formulering niet gestreefd wordt naar een volledige weergave van alle elementen van het recht die beschermd worden.⁸³

5.3 Afdwingbaar recht of niet-afdwingbare taakopdracht?

Het is mogelijk het recht op behoorlijk bestuur zodanig precies en onvoorwaardelijk te formuleren dat het kan fungeren als een grondrecht dat afdwingbaar is voor de rechter.⁸⁴ Er kan echter ook gekozen worden voor een grondrecht waarbij aan de overheid een opdracht wordt meegegeven die niet

afdwingbaar is. Het karakter dat het recht op behoorlijk bestuur krijgt, zal consequenties hebben voor het hoofdstuk waar het grondrecht in de Grondwet opgenomen zal worden. Bij een afdwingbare norm ligt plaatsing in hoofdstuk 1 van de Grondwet voor de hand. Dat hoofdstuk bevat immers ook andere, voor de rechter inroepbare, grondrechten. Wordt echter gekozen voor een opdracht karakter, dan ligt plaatsing in hoofdstuk 5 over wetgeving en bestuur meer voor de hand.⁸⁵

Er zijn verschillende redenen om te kiezen voor een afdwingbaar grondrecht. Allereerst sluit een dergelijk recht aan bij de ontwikkeling richting constitutionalisering van behoorlijk bestuur op Europees niveau. Werden behoorlijkeheidsnormen van oudsher vooral gezien als niet-afdwingbare opdrachten aan het bestuur, inmiddels zijn deze steeds meer rechtstreeks inroepbaar voor de rechter (vgl. artikel 41 Handvest).⁸⁶ Een andere reden voor een codificatie als afdwingbaar recht is dat dit aansluit bij de verklaringswet tot opnemng van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet. Ook dit recht is geformuleerd als grondrecht dat de burger een aanspraak geeft jegens de rechter.⁸⁷ Het recht op behoorlijk bestuur en het recht op een eerlijk proces vertonen verwantschap, in die zin dat het beide procedurele rechten zijn die vergelijkbare eisen stellen.⁸⁸ Zo kennen beide rechten de eis van onpartijdigheid, de eis van tijdigheid, het verdedigingsbeginsel en het inzagerecht.⁸⁹ Het verschil is alleen dat het recht op behoorlijk bestuur deze eisen stelt aan bestuurlijke procedures, terwijl het recht op een eerlijk proces primair gaat over de procedure voor de rechter.⁹⁰ De uitwerking van bepaalde eisen kan daarbij verschillen.⁹¹ Schlössels signaleert – in ieder geval op Europees niveau – wel een uniformeringstendens, waarbij de scheiding tussen de eisen die volgen uit het beginsel van behoorlijk bestuur en de eisen die volgen uit het beginsel van behoorlijke rechtspleging (eerlijk proces) minder scherp wordt.⁹² De eisen die het recht op een eerlijk proces stelt ten aanzien van de rechterlijke procedure worden steeds meer analoog

77 In de Awb wordt wel een onderscheid gemaakt in objectieve en subjectieve onpartijdigheid, zie het eerste en het tweede lid van artikel 2:4 Awb.
 78 Zie bijvoorbeeld HvJ 11 juli 2013, C-429/11 P, ECLI:EU:C:2013:513 (Ziegler), r.o. 145 en HvJ 20 december 2017, C-521/15, ECLI:EU:C:2017:982 (Spanje t. de Raad en Commissie), r.o. 85 e.v.
 79 Gerards 2010, p. 799; Schlössels 2012, p. 99.
 80 Zie voor dit voorstel *Kamerstukken II* 2009/10, 32411, nr. 2. Zie voor de discussie de verschillende opvattingen van Gerards en Loenen in het *Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten*: J.H. Gerards, 'Artikel 1 Grondwet – Goede gronden voor wijziging?', *NTM* 3-2016, p. 304-318 en M.L.P. Loenen, 'Wijziging of handhaven artikel 1 Grondwet: Bij twijfel niet inhalen', *NTM* 3-2016, p. 319-326.
 81 *Kamerstukken II* 2009/10, 32411, nr. 3, p. 2-3.
 82 Gerards 2016, p. 315.
 83 Idem, p. 316.
 84 Mihaescu Evans, p. 472-473.

85 Vergelijk de redenering die werd gehanteerd in de toelichting bij de recente verklaringswet tot opnemng van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet. Gekozen is om dit recht in hoofdstuk 1 te plaatsen wegens het grondrechtelijke karakter ervan. Er waren echter ook argumenten om dit recht in Hoofdstuk 6 (Rechtspraak) te plaatsen. Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3, p. 8 en 10 en *Julicher* 2018, p. 39-40.
 86 Schlössels 2016a, onder 1. Zie ook hiervoor onder paragraaf 3.
 87 *Stb.* 2018, 88 en *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3, p. 8.
 88 Craig 2014, p. 1072. Craig stelt zelfs dat het wenselijk zou zijn geweest als het recht op behoorlijk bestuur en het recht op een eerlijk proces in het Handvest in dezelfde bepaling zouden zijn opgenomen. Zie ook A. Prechal, 'The Court of Justice and Effective judicial Protection: What Has the Charter Changed?', in: Ch. Paulussen e.a. (red), *Fundamental Rights in International and European Law* 2016, p. 150-151.
 89 Timmerman & Schlössels 2015, p. 274; Prechal 2016, p. 150.
 90 Hoewel de eisen die worden gesteld bij het recht op een eerlijk proces ook van invloed kunnen zijn op de eisen die worden gesteld aan de bestuurlijke procedure. Zie bijv. EHRM 8 oktober 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:1008JUD007721212, AB 2016/167, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik (*Korošec/Slowakije*).
 91 Dat is bijvoorbeeld het geval ten aanzien van het onpartijdigheidsvereiste, zie hierna onder 5.4.
 92 Schlössels 2016a, onder 3 en 3.4.

toegepast op het bestuur.⁹³ Aansluiting van het grondwettelijk recht op behoorlijk bestuur bij het recht op een eerlijk proces past bij deze tendens. Als laatste is het logisch om te kiezen voor de vorm van een afdwingbaar recht in het licht van de doelstelling om lacunes in de huidige bescherming op te vullen. Alleen als afdwingbaar grondrecht kan een grondwettelijk recht op behoorlijk bestuur de aanvullende bescherming bieden waarvoor in het voorgaande is gepleit. De zwaardere bescherming die de Grondwet biedt ten opzichte van de bescherming in de Nederlandse abbb, de Awb, de Europese algemene beginselen van Unierecht, artikel 41 Handvest en het EVRM levert immers niet veel op als mensen zich daarop niet rechtstreeks kunnen beroepen voor de rechter.

5.4 Voorzet voor een bepaling

In het licht van voorgaande uitgangspunten verdient het aanbeveling in de Grondwet een bepaling op te nemen die in algemene zin het recht op behoorlijk bestuur garandeert en direct inroepbaar is voor de rechter. Vanwege het gewenste afdwingbare karakter van het recht dient de bepaling te worden opgenomen in hoofdstuk 1 van de Grondwet en moet de bepaling voldoende precies en onvoorwaardelijk geformuleerd zijn. Een voorbeeld van een bepaling die aan deze voorwaarden voldoet, is het eerste lid van artikel 41 Handvest: 'Eenieder heeft er recht op dat zijn zaken onpartijdig, billijk en binnen een redelijke termijn door de instellingen, organen en instanties van de Unie worden behandeld'.⁹⁴ Als startpunt voor een bepaling kan bij dit artikel aansluiting worden gezocht, waarbij enige aanpassing aan de Nederlandse situatie nodig is. Een bepaling in de Grondwet zou er dan als volgt uit kunnen zien:

'Eenieder heeft er recht op dat zijn zaken onpartijdig, behoorlijk en binnen een redelijke termijn door een bestuursorgaan worden behandeld.'

Net als in artikel 41, eerste lid, Handvest is hier sprake van een bepaling die precies en onvoorwaardelijk is geformuleerd. Daarmee wordt een afdwingbaar recht op onpartijdige, behoorlijke en tijdige besluitvorming gegarandeerd. Het gaat ook om een algemeen geformuleerde bepaling. Er worden immers wel enkele elementen genoemd (onpartijdig, behoorlijk en binnen een redelijke termijn), maar dit zijn geen specifieke deelrechten, zoals de rechten genoemd in het tweede lid van artikel 41 Handvest. De genoemde elementen zijn overkoepelend van aard en kunnen zowel processuele als materiële en uitkomstgerichte aspecten van behoorlijk bestuur omvatten.

Met de genoemde elementen wordt ook aangesloten bij de termen die gebruikelijk zijn in het huidige bestuursrechtelijke discours. Ten opzichte van artikel 41 Handvest is wel de term 'billijk' (als officiële vertaling van het Engelse 'fairly') vervangen door de term 'behoorlijk'. De term 'billijk', zoals

uitgelegd in de Toelichting bij artikel 41 Handvest en gehanteerd in de jurisprudentie van het HvJ, verleent namelijk niet meer of andere bescherming dan de term 'behoorlijk',⁹⁵ terwijl met de laatste term een betere verbinding kan worden gelegd met het begrippenkader dat in het Nederlandse bestuursrecht gebruikelijk is. Niet alleen binnen de beginselendoctrine (algemene beginselen van *behoorlijk* bestuur), maar ook in de Awb en bij de Ombudsman heeft de term 'behoorlijk' immers een centrale plaats.⁹⁶ Onder de term 'behoorlijk' kunnen bovendien alle abbb worden geschaard die inmiddels in de rechtspraak zijn erkend en/of zijn opgenomen in de Awb.⁹⁷ Ook nieuw te ontwikkelen beginselen zullen onder deze elementen kunnen vallen. Er is tegelijkertijd geen sprake van een onbegrensde vergaarbak voor beginselen. Door expliciet de term *behoorlijk* op te nemen wordt bijvoorbeeld duidelijk dat geen bescherming van het concept van *goed* bestuur is beoogd. Zoals al eerder vermeld sluit dat concept ook noties als mensenrechten en participatiebeginselen in, maar die vallen buiten de bescherming van het recht op behoorlijk bestuur.

Strikt genomen omvat de term 'behoorlijk' ook al de vereisten van onpartijdigheid en tijdigheid. In de voorgestelde formulering zijn deze vereisten echter uitdrukkelijk genoemd om hierop extra nadruk te leggen. Onpartijdigheid en tijdigheid zijn namelijk niet de eerste normen waar mensen aan denken bij de notie van behoorlijk bestuur, in die zin dat ze in veel klassieke lijstjes van abbb ontbreken.⁹⁸ Daarnaast zijn deze elementen expliciet opgenomen om de verwantschap van het recht op behoorlijk bestuur met het recht op een eerlijk proces aan te geven. Onpartijdigheid en de redelijke termijnseis hebben namelijk ook specifiek een plek in het recht op een eerlijk proces, zowel in het Handvest (artikel 47) en het EVRM (artikel 6 EVRM) als in de verklaringswet tot opneming van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet.⁹⁹ Een dergelijke expliciete erkenning van de verwantschap tussen het recht op behoorlijk bestuur en het recht op een eerlijk proces past bij de uniformiseringstendens die plaatsvindt tussen de noties van behoorlijk bestuur en behoorlijke rechtspleging.¹⁰⁰ Een en ander neemt niet weg dat ten aanzien van deze vereisten andere accenten kunnen worden gelegd. Zo kent het vereiste van (objectieve) onpartijdigheid bij het recht op behoorlijk bestuur andere criteria dan bij het recht op een eerlijk proces. Dat heeft ermee te maken dat, in tegenstelling tot wat geldt ten aanzien van rechters, de benoeming en samenstelling van bestuursorganen vaak politiek van aard is, net als hun werkzaamheden en de belangen die zij in hun besluitvor-

93 Idem. Zie ook Mihaescu Evans 2015, p. 79.

94 Zie hiervoor onder paragraaf 3 van deze bijdrage.

95 Zie de Toelichting bij artikel 41 Handvest en de aldaar genoemde jurisprudentie.

96 Zie bijvoorbeeld de artikelen 9:2, 9:27 lid 1 en 9:36 lid 2 Awb.

97 Dat kan in een toelichting bij de nieuwe grondwetsbepaling verder worden verduidelijkt.

98 Zie bijv. Nicolai 1990, p. 140 e.v. over de abbb die in enkele klassieke lijstjes (waaronder het eerste lijstje van Wiarda) staan genoemd. Onpartijdigheid en tijdigheid staan daar niet bij. Zie ook Widdershoven & Remac 2012, p. 396 over de late erkenning van het aspect tijdigheid.

99 Stb. 2018, 88.

100 Schlössels 2016a, onder 3 en 3.4.

ming betrekken.¹⁰¹ Rechters behoren zich daarentegen geheel te onthouden van het najagen van belangen. Volgens het vereiste van onpartijdigheid dient de benoeming van rechters daarom apolitiek te zijn. De (objectieve) onpartijdigheidseisen die worden gesteld aan de samenstelling en benoeming van rechters kunnen dan ook niet één op één worden toegepast op bestuursorganen.¹⁰²

Als laatste is in de voorgestelde bepaling de notie van 'bestuursorgaan' opgenomen. Ook daarmee wordt aangesloten bij het bestuursrechtelijke discours in Nederland. Het bestuursorgaanbegrip heeft in het Nederlandse bestuursrecht een centrale positie. De Awb is volledig om deze term heen gebouwd.¹⁰³ Met de opneming van dit element kan dus worden aangesloten bij de terminologie die gebruikelijk is in het Nederlandse bestuursrecht. Het recht op behoorlijk bestuur in de Grondwet wordt daarmee van toepassing op alle entiteiten die voldoen aan de criteria die gesteld worden in artikel 1:1, eerste lid, Awb (het gaat dan zowel om a-organen als om b-organen).¹⁰⁴ Vanzelfsprekend geldt dit recht niet alleen als bestuursorganen publiekrechtelijk handelen, maar ook als zij privaatrechtelijke of feitelijke handelingen verrichten.¹⁰⁵

6. Conclusie

In deze bijdrage is gepleit voor het opnemen van een recht op behoorlijk bestuur in de Grondwet. Met de opneming van een dergelijk recht zal de uitoefening van bestuursmacht van grondwettelijke ankers kunnen worden voorzien en kunnen worden begrensd. De zichtbaarheid en normering van de bestuursfunctie in de Grondwet worden zo vergroot, hetgeen van belang is voor de versterking van de juridisch-normatieve kracht van de Grondwet. Een grondwettelijk recht op behoorlijk bestuur kan daarnaast bijdragen aan een versterking van de juridische vangnetten die op dit moment al waarborgen bieden bij de uitoefening van bestuursmacht. Dit heeft te maken met het feit dat de elders al erkende nor-

men van behoorlijk bestuur (de abbb, de Awb, het Handvest en het EVRM) allemaal beperkingen in hun materiële normeringskracht kennen en de Grondwet deze kan aanvullen. Belangrijkst in dat kader is dat met codificatie van het recht op behoorlijk bestuur in de Grondwet kan worden voorzien in een bevestiging van het gebruik van abbb en een algemene legitimatie aan de rechter wordt gegeven voor de doorontwikkeling van deze beginselen. Een dergelijke bevestiging en legitimatie zijn nu op nationaal niveau nog afwezig.

Het karakter van de Grondwet, de constitutionaliserings- en uniformeringstendens op Europees niveau en de verwantschap met het recht op een eerlijk proces pleiten voor codificatie van het recht op behoorlijk bestuur in een bepaling die in algemene zin het recht op behoorlijk bestuur garandeert en die direct inroepbaar is voor de rechter. Een bepaling zou er dan als volgt uit kunnen zien: 'Eenieder heeft er recht op dat zijn zaken onpartijdig, behoorlijk en binnen een redelijke termijn door een bestuursorgaan worden behandeld.' Deze bepaling is zodanig precies en onvoorwaardelijk geformuleerd dat sprake is van een rechtstreeks inroepbaar recht. De bepaling is algemeen in die zin dat drie algemene aspecten van de notie van behoorlijk bestuur worden genoemd. Hieronder kunnen alle abbb worden geschaard die reeds zijn gevormd, maar is er ook ruimte voor nieuwe ontwikkelingen. Met de genoemde elementen wordt bovendien aangesloten bij het begrippenkader dat in het – zowel nationale als Europese – bestuursrecht gebruikelijk is.

Codificatie van het recht op behoorlijk bestuur zoals hierboven geformuleerd zal eraan bijdragen dat de Grondwet weer een belangrijke rol kan vervullen in het legitimeren, normeren en limiteren van overheidsmacht. Zeker nu het bestuur de meest omvangrijke overheidsmacht is geworden, en het bovendien in de lijn der verwachting ligt dat deze omvang door technologische en maatschappelijke ontwikkelingen alleen maar verder toeneemt, is dit een toevoeging die niet langer uit ons staatskundige basisdocument weg kan blijven. Op naar een behoorlijke Grondwet!

101 Schlössels 2016a, onder 4.1.

102 Timmersmans & Schlössels 2015, p. 271; Schlössels 2016b, onder 4.1.

103 Zo staat alleen tegen besluiten van bestuursorganen rechtsbescherming bij de bestuursrechter open (artikel 8:1 Awb) en zijn de in de Awb gecodificeerde abbb alleen van toepassing op bestuursorganen. Dat laatste geldt eveneens voor de ongeschreven abbb. Zie Conclusie Staatsraad A-G R.J.G.M. Widdershoven over het begrip 'bestuursorgaan', ECLI:NL:RVS:2014:2260, p. 9 en N. Jak, 'Semipublieke instellingen en de Algemene wet bestuursrecht', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb: In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019 p. 104.

104 Er is discussie mogelijk over de vraag of de organen die volgens het tweede lid van artikel 1:1 Awb van het bestuursorgaanbegrip zijn uitgezonderd daarmee ook moeten worden uitgezonderd van het grondwettelijk recht op behoorlijk bestuur. Als het recht op een eerlijk proces in de Grondwet wordt gecodificeerd lijkt dat in ieder geval te rechtvaardigen ten aanzien van de in het tweede lid genoemde rechterlijke colleges. Deze worden dan immers al genormeerd. Voor wat betreft organen als de Algemene Rekenkamer en de Ombudsman kan daarentegen, naar analogie met de Europese situatie, betoogd worden dat het recht op behoorlijk bestuur ook van toepassing moet zijn. Het Europese recht op behoorlijk bestuur is namelijk ook van toepassing op het handelen van de Europese Rekenkamer en de Europese Ombudsman, zie bijv. HvJ EU 4 april 2017, C-337/15 P, ECLI:EU:C:2017:256 (*Europese Ombudsman t. Claire Staelen*).

105 Vergelijk artikel 3:1 lid 2 Awb en HR 27 maart 1987, NJ 1987/727 (*Amsterdam/Ikon*).