

## **De cirkel van goed openbaar bestuur**

*Lezing voor de NVvW-jaarvergadering 3 oktober 2024*

Prof. mr. F.J. (Frank) van Ommeren<sup>1</sup>

### *1. Inleiding: goed bestuur*

Dat algemene bestuursrechtelijke beginselen een meer dominante rol moeten gaan spelen in de alledaagse praktijk van het openbaar bestuur, is een geluid dat op dit moment veel te beluisteren valt. Algemene bestuursrechtelijke beginselen – zoals de algemene beginselen van *behoorlijk* bestuur en meer in het algemeen de algemene beginselen van *goed* bestuur – zijn immers open van aard en dragen bij aan overheidshandelen dat een meer flexibel, voor de burger op maat gesneden en rechtvaardig karakter heeft.

Het behoeft geen betoog dat – onder veel meer, maar toch – met name de *kinderopvangtoeslagaffaire* daar debet aan is. Nu heb ik hét cliché van de laatste jaren meteen laten vallen, dat scheelt weer. Toch belangrijk om het te noemen, want er schuilt veel waars in – zo gaat dat met clichés.

### *2. Wet versterking waarborgfunctie Awb*

De kinderopvangtoeslagaffaire vormt ook de aanleiding voor het conceptwetsvoorstel ‘Wet versterking waarborgfunctie Awb’, dat dit voorjaar in consultatie was. Met een scala aan wat grotere en kleinere wijzigingen van de bestaande wettekst van de Awb beoogt de regering met dit voorstel bij te dragen aan een overheid die meer “betrouwbaar, dienstbaar en rechtvaardig” is. Zij beoogt daardoor ook het responsieve gehalte van het overheidsoptreden te vergroten. Dat wil zeggen dat de bestuursrechtelijke normen het bestuur in staat moeten stellen minder te focussen op strikte regeltoepassing en meer recht te doen aan het individuele geval. Zeer terecht

---

<sup>1</sup> Prof. mr. F.J. (Frank) van Ommeren is voorzitter van de Nederlandse Vereniging voor Wetgeving (NVvW). Hij is decaan van de juridische faculteit en hoogleraar Staats- en bestuursrecht aan de VU en lid van de Raad voor het Openbaar Bestuur (ROB).

overweegt de regering dat dat een “andere denk- en werkwijze van bestuursorganen” vergt.

In bestuursrechtelijke literatuur is terecht van verschillende kanten opgemerkt dat als dit conceptwetsvoorstel inderdaad wet wordt, en overheden en rechters hiermee aan de slag gaan, het bestuursrecht een stuk *rechtvaardiger* wordt, niet alleen in procedureel opzicht maar ook materieel. De bedoeling is dat de materiële rechtvaardigheid toeneemt, doordat het bestuur meer rekening kan houden met de specifieke bestuurlijke normen die maken dat de regels niet steeds zonder meer worden toegepast, maar ruimte bieden voor (genormeerd) maatwerk. Ik denk dat dat waar is, maar dat er dan wel heel wat méér moet gebeuren. Dit wetsvoorstel is, als het wordt aangenomen, niet meer dan een begin dat daarvoor de wettelijke legitimatie moet bieden.

### *3. Karakter en herkomst bestuursrechtelijke beginselen*

In het oog daarbij springt dat de regering uitdrukkelijk zegt dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur “op de eerste plaats een richtsnoer voor het bestuurlijk handelen” zijn. Zij vervolgt:

“Weliswaar kan ook de burger er zich op beroepen en kan de rechter de beginselen als maatstaf aanhouden, maar van de overheid mag worden verwacht dat zij naar deze beginselen handelt.”

Ik deel die opvatting voor de volle 100-procent. Alleen is dit een ideaal, een streven, een wenselijkheid, die hier tot uitdrukking wordt gebracht, of is het een beschrijving van de bestuurlijke werkelijkheid? Ik vrees dat we niet verder komen dan een ideaal dat nog te ver van de werkelijkheid afstaat.

Van de overheid mag inderdaad zonder meer verwacht worden dat zij naar die beginselen handelt. *De vraag is echter: hoe realiseren we dat in de praktijk?* Ik denk dat er veel meer moet gebeuren om in de bestuurlijke praktijk de algemene bestuursrechtelijke beginselen echt voorop te stellen.

In veel gevallen is er gewoon sprake van regeltoepassing en dringen de algemene rechtsbeginselen slechts indirect, namelijk via de rechter, door.

De algemene beginselen van *behoorlijk* bestuur zijn in ons land tot volle wasdom gekomen door de *rechter*. Zij zijn en worden primair in de rechtspraak ontwikkeld. Dat is ook de plaats waar nieuwe rechtsbeginselen worden erkend.

Naast de algemene beginselen van *behoorlijk* bestuur kunnen de algemene beginselen van *goed* bestuur worden onderscheiden. Dat is een ruimere categorie – die voor een belangrijk deel met de algemene beginselen van *behoorlijk* bestuur overlapt – maar die uitdrukkelijk *meer* beginselen omvat die niet steeds door de rechter zijn erkend. Denk voor goed bestuur bijvoorbeeld ook aan algemene bestuurlijke normen als transparantie, participatie, verantwoording of rekenschap afleggen en weerbaarheid. Deze normen zijn in de praktijk vooral ontwikkeld door instanties als de Nationale ombudsman en de Algemene Rekenkamer, maar ook dat zijn, net als de rechter, controlerende of toetsende instanties – en geen instanties die zelf de primaire bestuurstaken uitvoeren.

#### 4. *Rechtsstatelijk kompas voor ambtenaren*

Ook de Staatscommissie rechtsstaat, die vlak voor de zomer haar rapport uitbracht, heeft zich over de problematiek van de rechtvaardige en responsieve overheid gebogen. Zij beveelt aan om het “rechtsstatelijk kompas binnen alle onderdelen van de overheid” te versterken. Dat voorstel spreekt aan. Dit rechtstatelijk kompas dient onderdeel te zijn van het ambtelijk vakmanschap. Het moet bij een *keuze* uit conflicterende belangen *richting* geven.

De vraag is natuurlijk wel hoe je dat doet, dat ‘rechtsstatelijk kompas’ versterken. De Staatscommissie kiest voor de toepassing van dit kompas het Grondwettelijke uitgangspunt: ambtenaren zweren of beloven trouw aan de Grondwet. Daaruit vloeit volgens de Staatscommissie voort “dat ze in principe niet de grondbeginselen van de rechtsstaat met voeten zullen treden”. Dat is natuurlijk zo, maar dat lijkt mij veel te mager. Zou uit een

rechtsstatelijk kompas niet vooral moeten voortvloeien dat ambtenaren zich enerzijds aan de wet moeten houden en alleen mogen optreden als de wet hun bestuursorgaan daartoe legitimeert en anderzijds dat zij (onder veel meer) de *algemene bestuursrechtelijke beginselen* – zoals de algemene beginselen van behoorlijk en de algemene beginselen van goed bestuur – in acht moeten nemen?

Ik kom op het rechtsstatelijke kompas aan het eind van deze rede nog even terug.

##### 5. *Wegingskader goed openbaar bestuur*

Al enige tijd voor de kinderopvangtoeslagaffaire constateerde de Raad voor het Openbaar Bestuur in zijn advies ‘Een sterkere rechtsstaat’ (uit 2020) dat er sprake is van een *rechtsstatelijk tekort* en dat het *rechtsstatelijk bewustzijn* van ambtenaren in de praktijk soms tekortschiet. De Staatscommissie rechtsstaat heeft dat uitdrukkelijk overgenomen.

Maar de ROB is inmiddels een stap verder gegaan. In zijn signalement ‘Gezag herwinnen’ (van vorig jaar: uit 2023) analyseert de ROB hoe het komt dat de overheid zoveel aan gezag bij de burger heeft ingeboet en vraag hij zich af wat daaraan is te doen. Eén van de oorzaken van dat gezagsverlies is dat er sprake is van een *moreel tekort*. Met het moreel tekort bedoelt de ROB de ontkenning van het normatieve karakter van het overheidsoptreden en de (meestal onbedoelde) immorele consequenties van dit handelen. Door de nadruk op ogenschijnlijk neutrale bestuursprocessen en interpretatiekaders verdwijnen vragen over rechtvaardigheid van het overheidsoptreden naar de achtergrond of raken zelfs uit zicht. Politiek-bestuurlijke debatten hebben vaak een technisch, regelgeleid karakter en de meer normatieve afweging ter bepaling van het algemeen belang wordt vermeden, aldus de ROB. We zouden wat mij betreft ook over een *normatief tekort* kunnen spreken.

Om dit tekort te herstellen, is het belangrijk dat iedereen die in het openbaar bestuur werkt deze normatieve principes weer expliciet maakt, en de waarden van goed openbaar bestuur serieuzer neemt in besluitvorming.

Om dat te vergemakkelijken en in goede banen te leiden heeft de ROB een wegingskader goed bestuur gemaakt, dat op zijn website is geplaatst.

De ROB onderscheidt een 30-tal normen, waarmee het openbaar bestuur rekening moet houden. Dat zijn er natuurlijk best veel. Om het voor de praktijk behapbaar te houden zijn deze normen opgedeeld in drie clusters, drie categorieën, te weten (1) rechtsstaat, (2) democratie en (3) bestuurlijk vermogen.

Het gaat uiteraard te ver dit wegingskader goed openbaar bestuur hier te bespreken en dat is ook niet nodig. In het rechtsstatelijke cluster zijn de algemene beginselen van *behoorlijk* bestuur ondergebracht en verder met name ook de mensenrechten en de internationale verdragen. De algemene beginselen van *goed* bestuur corresponderen voor een belangrijk deel met het *democratische* cluster. Normen als *efficiëntie*, *effectiviteit*, en aanpassings- en zelflerend vermogen zijn (uiteraard) te vinden in het cluster van het bestuurlijk vermogen. Kenmerkend is dat er veel meer bestuurlijke normen in voorkomen dan die louter door de rechter in acht worden genomen bij de beoordeling van de rechtsgeldigheid van overheidsbesluiten.

Het wegingskader goed openbaar bestuur is uitdrukkelijk *niet* bedoeld als een checklist of *afvinklijstje*, maar als een echt wegingskader met een keur aan normatieve gezichtspunten die bij het nemen van overheidsbeslissingen en -besluiten niet uit het oog mogen worden verloren. De verschillende normen kunnen met elkaar op gespannen voet staan en dienen daarom tegen elkaar te worden afgewogen – en dat vergt nogal wat. De gedachte is dat dit wegingskader een hulpmiddel kan zijn om het normatieve gehalte van het overleg, het onderlinge gesprek en het nemen van beslissingen te versterken. Maar het kan ook voor andere doeleinden worden gebruikt. Het wegingskader is overigens niet het enige in zijn soort.

#### 6. *De metamorfose van de ambtenaar*

Dat de algemene bestuursrechtelijke beginselen niet als vanzelf – automatisch – bij het nemen van overheidsbeslissingen worden toegepast hoeft niet te verwonderen. Naar het klassieke beeld van Max Weber is de

ambtenaar een mechanische regeltoepasser. De ambtenaar is neutraal. Hij voert uit wat de politiek hem dicteert. In dit model is er geen plaats voor een nadere afweging door degene die de regel toepast. We weten allemaal dat dit 19<sup>e</sup>-eeuwse model nooit echt heeft bestaan. Het is een archetype. In de praktijk heeft de regeltoepasser altijd al afwegingen moeten maken. Al is het maar omdat de woorden van de wet of de regel heel vaak helemaal niet zo duidelijk zijn; of omdat de situatie waarop de regel moet worden toegepast er toch net wat anders uitziet dan de opsteller van de wet of de regel van tevoren dacht.

Maar voor zover de klassieke ambtenaar al wel bestond, dan is er met de opkomst van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en nog meer met de algemene beginselen van goed bestuur wel iets wezenlijks veranderd. Van een slaafse, mechanische en neutrale toepasser van wet- en regelgeving is hij vooral ook een inhoudelijke afweger van algemene bestuursrechtelijke normen en beginselen geworden. De ambtenaar heeft een *metamorfose* ondergaan.

Die metamorfose was en is een proces van jaren. Eerst kwam de opkomst van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, uitgebreid met de beginselen van goed bestuur, sinds enige jaren gevolgd door de roep om maatwerk. De roep om maatwerk heeft deze verandering versterkt, werkt als een katalysator.

Normen en beginselen vergen een nadere bestuurlijke afweging van de ambtenaar, op een schaal die men zich vroeger niet kon voorstellen. Maar het moet! Want zonder die nadere afweging is het risico op onaanvaardbare consequenties veel te groot. Vandaar dat de regering in het conceptwetsvoorstel terecht kan spreken over een “andere denk- en werkwijze”. Dat staat er wat verscholen, er wordt geen groot nummer van gemaakt, maar dat zijn geen loze woorden!

De bestuursorganen – de minister, de burgemeester, het college van B&W en alle andere – zullen die andere denk- en werkwijze moeten “doorvertalen” en de ruimte en voorwaarden moeten scheppen om die te laten doorwerken naar de medewerkers, naar de ambtenaren. De

ambtenaren zijn in de praktijk immers degenen die de normen daadwerkelijk zullen moeten toepassen.

Dat de metamorfose van de ambtenaar zich nog niet volledig heeft voltrokken, blijkt uit de zoektocht en de moeite om vooral in de uitvoeringspraktijk hiervoor ruimte te creëren.

### 7. *De positie van de jurist bij de overheid*

Nu zouden we kunnen denken dat juist bestuursrechtjuristen een belangrijke rol bij de verdere voltooiing van deze metamorfose zouden kunnen vervullen. Bestuursrechtjuristen zijn immers bij uitstek de *kenners* van de algemene bestuursrechtelijke beginselen. De werking en toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de algemene beginselen van goed bestuur behoren tot de kern van hun expertise.

Idealiter worden deze beginselen echter door *alle* ambtenaren, *alle* medewerkers bij de overheid, in acht genomen. De algemene bestuursrechtelijke beginselen moeten direct of indirect meewegen bij iedere overheidsbeslissing en onderdeel uitmaken van het overleg, het ambtelijke gesprek, dat wordt gevoerd om tot deze beslissingen te komen.

Hier doet zich in de praktijk wel een wezenlijk knelpunt voor. Want hoe raken deze beginselen zo wijdverspreid en vooral ook voldoende geïnternaliseerd, dat ze zo breed op de juiste wijze en op het juiste moment worden toegepast?

Een probleem hierbij is dat de *natuurlijke uitdragers* van de algemene bestuursrechtelijke beginselen – de juristen – om het eufemistisch te zeggen niet steeds een heel sterke positie innemen in de overheidsdienst. Juristen zijn, in de woorden van de bestuurskundige Mark Bovens, “van het centrum van de macht naar de periferie” verdreven.

Overheidsjuristen worden in de praktijk helaas (nog steeds) vaak laat – te laat – in het beleidsproces betrokken, terwijl deze beginselen naar hun aard nu juist van begin af aan moeten worden meegewogen. Het achteraf herstellen of terugdraaien van een verkeerd ingeslagen beleidstraject, is nu

eenmaal veel lastiger dan van meet af aan, na zorgvuldige afweging, de goede koers kiezen.

Dit alles draagt bepaald niet bij aan een gemakkelijke receptie, herkenning en erkenning van algemene bestuursrechtelijke normen in de overheidsorganisatie.

#### 8. *De geringe impact van rechtspraak*

Denk vooral niet dat het voldoende is om de naleving van de normen door de rechter te laten toetsen. Natuurlijk is dat wel heel essentieel, maar de *prikkel* die daarvan uitgaat om die normen aan de voorkant in acht te nemen is veel te *indirect*. Dat een besluit van een bestuursorgaan wordt vernietigd vanwege schending van een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur komt, zoals bekend, regelmatig voor. Maar wat leert het bestuursorgaan daarvan? Het vernietigde besluit wordt indien mogelijk vervangen door een nieuw verbeterd besluit, maar het risico is groot dat het daarbij blijft. De kans dat *binnen* het bestuursorgaan *daardoor* wordt gekomen tot structurele oplossingen, of dat de ambtenaar daardoor normen zwaarder mag laten wegen dan de regel, is gering.

Het is moeilijk om via rechtspraak structureel het lerend vermogen van ambtenaren te versterken. Rechtspraak is daarvoor te incidenteel en te versnipperd, te fragmentarisch, te veel ad hoc van aard. Rechtspraak biedt voor organisaties, ook voor overheidsorganisaties, te weinig *structurele* lessen om direct op te pakken en de normen echt goed te in het werk van de ambtenaren te verankeren. Daarvoor zijn andere zaken nodig, zoals een bestuurlijk wegingskader dat in de praktijk wordt herkend en gebruikt en tot internalisering leidt.

#### 9. *De wetgever*

Nu zou u, als wetgevingsambtenaar, wellicht kunnen denken: ja maar, wat moeten wij als wetgevers hier nu mee? Is het streven dat bestuursorganen en hun ambtenaren bij de toepassing van de wet meer de algemene bestuursrechtelijke beginselen van tevoren in acht moeten nemen, wel een



probleem van de wetgever? Ik zou denken van *wel*; al is het uiteraard óók en vooral iets wat de bestuursorganen zelf direct raakt.

Daarbij is het relevant te onderscheiden tussen de totstandkoming van bijzondere en algemene wetgeving. Het is vast algemeen wetgevingsbeleid dat bij de totstandkoming van (*bijzondere*) wetgeving rekening wordt gehouden met de *uitvoering*; (denk o.a. aan de U&H of huf-toets: handhaafbaarheid, uitvoerbaarheid en fraudebestendigheid). In het kader van de *uitvoering* – als ex ante evaluatie of, zoals ik liever zeg, als prognostische toets – zou uitdrukkelijk bezien moeten worden of er voldoende ruimte is voor normatieve afwegingen door de overheidsinstanties en de personen die de wet moeten gaan toepassen, zodat de, op basis van de nieuwe wet, te nemen beslissingen niet materieel onrechtvaardig zullen uitpakken.

Ik vraag mij af of het ‘Wegingskader goed openbaar bestuur’ van de ROB geen onderdeel zou moeten zijn van het *Beleidskompas*. Preciezer gezegd: zou dit wegingskader geen onderdeel moeten uitmaken van het in kaart brengen van de gevolgen van het wetsvoorstel voor de *uitvoering*? Het kader zou gebruikt kunnen worden door de beoogde uitvoerders van de wet om (eerst) eens heel kritisch te bekijken wat ze nodig hebben om de maatregelen, die ze op grond van het wetsvoorstel moeten gaan nemen, – in het licht van de algemene bestuursrechtelijke beginselen – uit te voeren. Het zou helpen als – via het *Beleidskompas* – de algemene bestuursrechtelijke beginselen niet alleen aan de juristen maar vooral ook aan de beleidsmakers, die met de wet moeten gaan werken, meegegeven zouden worden.

Naast bijzondere wetgeving kan de wetgever hiermee iets in *algemene wetgeving*. Het al genoemde conceptvoorstel ‘Wet versterking waarborgfunctie Awb’ is daar uiteraard een voorbeeld van. Met het oog op algemene wetgeving zou ook aan versterking van de Grondwet kunnen worden gedacht, namelijk door het recht op behoorlijk bestuur in de Grondwet te verankeren. Al is een wijziging van de Grondwet, zoals bekend, in ons land wel een proces van zeer lange adem.

### 10. Operationaliseren van het rechtsstatelijk kompas

Ik keer ten slotte, zoals aangekondigd, nog even terug naar het rechtsstatelijk kompas van de Staatscommissie rechtsstaat. Zij doet een aantal aanbevelingen om dat rechtsstatelijk kompas te versterken, waarbij zij een onderscheid maakt in aanbevelingen voor gewone medewerkers van de overheid en topambtenaren.

- (1) Alle medewerkers van de overheid moeten hierin *jaarlijkse trainingen* gaan volgen.
- (2) Daarin moet ook ruimte zijn voor frequente reflecties op *dilemma's* uit de eigen praktijk (vaker dan nu gebeurt). Interessant is dat (welhaast weggemoffeld in een bijzin), wordt opgemerkt dat ook juristen een rol zouden moeten spelen bij die reflecties.
- (3) Omdat leidinggevendenden meestal geen contact met de burger hebben, terwijl de commissie dat wel nodig acht voor een goed gevoelig kompas, beveelt zij aan dat ook leidinggevendenden in contact treden met de burger voor wie hun organisatie zich inzet.

De Staatscommissie zegt het niet, maar mij lijkt het dat juist bij die aanpak – en vooral bij de reflectie op de dilemma's – de weging aan de hand van de *algemene bestuursrechtelijke beginselen* een grote rol moeten spelen. Daar moet het belang van de toepassing van die normen met een open karakter worden onderstreept en vooral de gevoeligheid voor de werking van die normen worden aangekweekt en versterkt.

Daarin zullen inderdaad juristen een rol moeten spelen. Maar zij niet alleen. De oplossing kan niet anders zijn dan dat we meer moeten *samenwerken*: bestuursrechtexperts, bestuurskundigen en andere gedragsdisciplines. In de gedragsdisciplines heeft men volstrekt onvoldoende kennis van het bestuursrecht en de algemene bestuursrechtelijke beginselen. Zonder samenwerking gaan we het na te streven doel – het toepassen van algemene bestuursrechtelijke beginselen aan de voorkant, met het oog op het realiseren van materiële rechtsvaardigheid in het openbaar bestuur – nooit bereiken. De juristen zullen hun expertise van de werking van de algemene bestuursrechtelijke

beginselen 'naar de voorkant' moeten brengen. En de gedragsdisciplines zullen ook deze normatieve kant moeten omarmen.

Pas door de algemene bestuursrechtelijke beginselen niet alleen via de rechter ingang te doen vinden, kan tijdig echte materiële rechtvaardigheid van het overheidsoptreden worden bereikt. De algemene bestuursrechtelijke beginselen zullen veel meer moeten worden geïnternaliseerd in alle lagen van het openbaar bestuur. Zij zijn allang geen exclusief speeltje voor bestuursrechtjuristen meer. De rechter komt nu eenmaal aan het einde, aan de achterkant, van het bestuursproces. Doorwerking van deze beginselen aan het begin, aan de *voorkant*, maakt de *cirkel* van goed openbaar bestuur rond.

Veel dank voor uw aandacht!