

De ondraaglijke lichtheid van de beginselen van behoorlijk bestuur

NTB 2024/93

1. Inleiding

Het is 25 april 1882.² We zijn in Hopkinton, een gehucht in het noorden van de staat New York, op een kleine boerderij die toebehoort aan Francis B. Palmer. Hij kocht die 20, 30 jaar geleden, toen hij nog een jonge man was. Nu is hij een grootvader, met drie volwassen dochters. Eén is al overleden. Haar zoon, zijn kleinzoon, woont nog altijd bij hem op de boerderij. Een jongeman inmiddels, alweer zeventien jaar oud. Francis mag de jongen graag. Maar het is ook een rokkenjager, vindt hij, die zich veel te makkelijk het hoofd op hol laat brengen door de jongedames.

We zien Francis op zijn boerderij, druk in gesprek met Martin Doud, een zakenrelatie. De mannen drinken rum, Francis meer dan Martin, die na een enkele slok de drank laat staan. Het smaakt hem niet. Ook Francis ruikt onraad. Hij roept zijn kleinzoon, Elmer, ter verantwoording. Op luide toon beschuldigt hij de jongen ervan dat hij iets met de rum heeft uitgevreten. Elmer ontkent in alle toonaarden, neemt zelfs nog een slok om te bewijzen dat er niets mis is met de drank.

40 minuten later is Francis B. Palmer dood.

Elmer Palmer erft de boerderij en het grootste deel van zijn geld. De twee nog levende dochters van Palmer erven elk 50 dollar.

Een autopsie wijst uit dat Francis vergiftigd is met strychnine, een gif dat ruim voorhanden was op de boerderij. Palmer gebruikte het regelmatig om vossen te bestrijden. Getuigen verklaren dat zij Elmer, de kleinzoon, in de weer hebben gezien met een wit poeder, vlak voor de moord.

Strychnine?

Er wordt ook getuigd dat Elmer vertelde hoe hij zich van de oude man zou ontdoen, de erfenis zou opstrijken, en het kapitaaltje zou gebruiken om te trouwen met zijn liefje, Myrtie Doud.

Op 11 november 1882 wordt Elmer schuldig bevonden aan de moord op Francis B. Palmer en wordt voor onbepaalde tijd naar de New York State Reformatory in Elmira gestuurd. Maar zijn erfenis mag hij houden. Het testament van Francis is rechtsgeldig, en de wetten van de staat New York bevatten geen bepalingen die een moordenaar ervan weerhouden te erven van zijn slachtoffer.

Dan gebeurt er iets dat deze moord tot een van de beroemdste misdaden in de rechtsfilosofie maakt.³ De dochters van Francis spannen een rechtszaak aan en eisen dat de rechter Elmer de erfenis ontzegt. Die weigert. De wet is duidelijk. Francis heeft zijn testament opgesteld en dat dient te worden uitgevoerd.

Elmer is inmiddels vrijgelaten, na slechts vier jaar in het tuchthuis, en laat zich weer zien in Hopkinton. Maar dat kan toch niet waar zijn! Dat een vuige moordenaar zo kan profiteren van zijn misdaad!

De zaak wordt uitgevochten tot het hooggerechtshof van New York, dat uiteindelijk oordeelt dat Elmer geen recht heeft op de erfenis, al staat in de wetten van de staat niets dat in die richting wijst.⁴

De uitspraak, van de hand van *justice* Earl, staat vol ronkende retoriek. Weliswaar heeft Elmer recht op de erfenis op basis van de wetten van de staat New York, maar, zo schrijft hij:

“Alle wetten, en alle overeenkomsten, kunnen opzij worden geschoven wanneer zij in strijd komen met algemene, fundamentele principes.”⁵

Earl ontwaart in het recht van de staat New York een beginsel dat inhoudt dat niemand mag profiteren van zijn eigen misdaden. Een beginsel dat, zo stelt hij, zijn oorsprong vindt in universele wetten die gelden in alle beschaafde landen. Nergens is een wetgever te vinden die anders heeft besloten! Het zou een schande zijn, voor het recht en voor Amerika, wanneer een moordenaar financieel van zijn acties zou profiteren.⁶ En de wetgever heeft dat ook niet zo gewild, betoogt Earl. Weliswaar heeft hij niet expliciet in het erfrecht opgenomen dat een uitzondering gemaakt kan worden op de regel dat het testament dient te worden uitgevoerd, maar dat was ook niet nodig. Het universele beginsel gold immers altijd al.⁷

1 Prof. mr. A. (Anoeska) Buijze is hoogleraar nationaal en Europees bestuursrecht aan de Universiteit Utrecht. Dit is de tekst van de oratie die zij uitsprak op 8 februari 2024 te Utrecht.

2 De beschrijving van de moord op Francis B. Palmer is ontleend aan W.B. Meyer, ‘The Background to Riggs v. Palmer’, *American Journal of Legal History* 2020, vol. 60, afl. 1, p. 48-75. Zijn beschrijving, gebaseerd op uitgebreid onderzoek van de primaire bronnen, bevat aanmerkelijk meer detail en is zeer lezenswaardig.

3 Niet in de laatste plaats omdat de zaak een prominente rol speelt bij Dworkin. Zie R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, MA: Harvard University Press 1977, hfst. 2 en 3, en R. Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge, MA: Harvard University Press 1986, p. 15-20. Maar al ver daarvoor bracht de zaak de pennen in beweging. Zie bijv. J.A. Gardner, ‘The Supreme Court and Philosophy of Law’, *Villanova Law Review* 1959, vol. 5, afl. 2, p. 200-201; B.N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, New Haven: Yale University Press 1921; H.C. Black, *Handbook on the Construction and Interpretation of the Laws*, St. Paul: West Publishing Company 1911 en W.M. Meigs, ‘Shall the State Courts Adopt the Federal Doctrine of General Principles of Jurisprudence’, *The Central Law Journal* 1889, vol. 29, p. 465.

4 Court of Appeals of New York (Verenigde Staten) 8 oktober 1889 *Riggs v Palmer*, 115 N.Y. 506.

5 *Riggs v Palmer*, 511.

6 *Riggs v Palmer*, 512. Earl citeert hier uit een eerdere uitspraak, U.S. Supreme Court 5 april 1886, *New York Mutual Life Insurance Company v Armstrong* (117 U. S. 591), waar de vraag centraal stond of een moordenaar aanspraak kon maken op het uitkeren van een levensverzekering die hij had afgesloten op het leven van zijn slachtoffer. Quod non.

7 *Riggs v Palmer*, 513.

De uitspraak van het Hooggerechtshof in de zaak *Palmer versus Riggs* wordt nog altijd gebruikt als illustratie van de rol die beginselen kunnen spelen in het recht.⁸

Het recht bestaat in die visie uit meer dan de regels in wetboeken en uit meer dan de uitspraken van hoogste rechters. Rechtsbeginselen, ongeschreven normen met een sterke morele lading, maken deel uit van het recht en kunnen er zelfs toe leiden dat wetten, opgesteld door democratisch gelegitimeerde wetgevers, opzij moeten worden gezet wanneer dat nodig is om gerechtigheid te realiseren. Scholten formuleert het als volgt:

“Het rechtsbeginsel is dus een uitspraak omtrent positief recht, die onmiddellijk evident is. We vinden het *in* het positieve recht, in het systeem van regels, beslissingen en instellingen in zijn geheel, doch het wijst boven het positieve uit naar het zedelijk oordeel, de scheiding van goed en kwaad, waarin het recht is gegrondvest.”⁹

Beginselen bieden de rechter dus een krachtig wapen, een soort heilig zwaard dat hij kan hanteren wanneer de wetten en regels die die beginselen ten uitvoer brengen, tekortschieten.

2. Crisis in het bestuursrecht

In de afgelopen jaren kwam steeds onomstotelijker vast te staan hoe ook het bestuursrecht alle goede bedoelingen ten spijt in de praktijk tot apert onrechtvaardige uitkomsten kan leiden.¹⁰ De volledige terugvordering van al uitgekeerde voorschotten op de kinderopvangtoeslag dreef gezinnen tot de rand van de afgrond – en soms daarover. Het onbehagen groeide, over een overheid die bijstandsgerechtigden kort op hun uitkering omdat ze boodschappen krijgen van familie,¹¹ over een burgemeester die een woning sluit omdat een oudste zoon in drugs handelt, waarna het hele gezin, jonge broertjes en zusjes inclusief, op straat belandt.¹²

Het was tijd om een flinke portie zedelijkheid en besef van goed en kwaad in het bestuursrecht te injecteren. Juristen groeven in hun gereedschapskist en ze vonden er beginselen.

Althans, ze vonden er de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en dat is niet helemaal hetzelfde, al is het maar omdat de reikwijdte ervan beperkt is.¹³

Maar toch, beginselen! Die wonderlijke normen die redding kunnen brengen wanneer de toepassing van het recht tot onrechtvaardigheid lijkt te leiden. Geen wonder dat we intensiever zijn gaan toetsen aan het evenredigheidsbeginsel,¹⁴ dat we ervoor pleiten de algemene beginselen van behoorlijk bestuur steviger te verankeren, te constitutionalisieren misschien,¹⁵ en dat we ons de hersens breken over nieuw te introduceren beginselen die nog beter kunnen waarborgen dat de overheid haar burgers niet onrechtvaardig behandelt.¹⁶

Maar er knaagt iets. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn al decennia in ontwikkeling.¹⁷ De bestuursrechter introduceerde ze om de macht van het bestuur te begrenzen, in een tijd waarin de wetgever zich steeds meer beperkt tot wetgeving op hoofdlijnen en het maken van afwegingen vaak delegeert aan het bestuur:¹⁸ “*De Minister van EZK kan uw vergunning weigeren; maar het hoeft niet. Het college van B&W kan energietoeslag uitkeren, maar het hoeft niet. En het mag zelf bepalen hoeveel, en wie er precies voor in aanmerking komt.*”¹⁹ Die manier van wetgeven heeft grote voordelen: het bestuur staat dicht bij de burger en heeft expertise die de wetgever mist. Het kan de speelruimte die de wetgever biedt gebruiken om het algemeen belang in

8 Zie recent in het bestuursrecht G.H. Addink, *Algemene beginselen van bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 54. De zaak wordt ook opgevoerd in het Utrechtse bachelor onderwijs.

9 P. Scholten, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht: Algemeen Deel*, Zwolle: Tjeenk Willink 1931.

10 *Ongekend onrecht* (Verslag Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag), bijlage bij *Kamerstukken II 2020/21*, 35510, nr. 2 en 3.

11 M.W. Venderbos, ‘De boodschappenaffaire’, *Gst.* 2021/46 en CRvB 26 oktober 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:2616, AB 2022/55, m.nt. M.W. Venderbos.

12 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, AB 2022/120, m.nt. M. van Zanten.

13 Zij binden immers alleen bestuursorganen. Het ongeschreven evenredigheidsbeginsel en gelijkheidsbeginsel zijn, als algemene rechtsbeginselen, wel van toepassing op het handelen van de wetgever, maar de rechter kan de formele wet daar nog altijd niet aan toetsen, alleen de toepassing van die formele wet in het concrete geval: ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772. Misschien belangrijker: de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn geen beginselen in de zin van Dworkin. Zie J. Kiewiet, ‘Beginselen in het bestuursrecht’, in: E. Bauw, R. Widdershoven & A. Buijze, *Met recht, raad en daad, Liber Amicorum Philip Langbroek*, Den Haag: Boom juridisch 2023. Desalniettemin heeft de Dworkiniaanse opvatting over rechtsbeginselen wel degelijk invloed op de ontwikkeling van het bestuursrecht, zie bijv. de expliciete verwijzing van de A-G in ECLI:NL:RVS:2016:1421, r.o. 6.13.

14 Schlössels e.a., *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Band 1 (SBR Wetenschap)* 2024/320; J.L. Verbeek, ‘Op weg met evenredigheid’, *JBplus* 2023/11; F.M.A. van der Loo, ‘Evenredigheidsbeginsel in stroomversnelling (deel I)’, *Tijdschrift voor Praktisch Bestuursrecht* 2022, p. 13–25 en F.M.A. van der Loo, ‘Evenredigheidsbeginsel in stroomversnelling (deel II)’, *Tijdschrift voor Praktisch Bestuursrecht* 2022, p. 4–23.

15 Zie ook J. Goossens, *De terugkeer van het staatsrecht* (oratie Utrecht), 13 oktober 2023.

16 R.J.N. Schlössels, ‘Het recht op toegang tot het bestuur’, *NTB* 2017/23; Raad van State, *Ongevraagd Advies over de effecten van de digitalisering voor de rechtstatelijke verhoudingen, Kamerstukken II 2017/18*, 26643, nr. 557 en M. Claessens, ‘Het (on)nut van een recht op toegang tot de overheid als nieuw algemeen beginsel van behoorlijk bestuur’, *NTB* 2021/105. Ook het dienstbaarheidsbeginsel staat opnieuw in de belangstelling. R.J.N. Schlössels & C.L.G.F.H. Albers, ‘Over rechtspolitieke vloedgolven, maatwerk en verbouwingen aan de Algemene wet bestuursrecht’, *JBplus* 2023/7, p. 108. Een nieuw op te nemen art. 2:4a Awb zoals voorgesteld in de consultatieversie van het Wetsvoorstel versterking waarborgfunctie Awb zou moeten gaan benadrukken dat het bestuursorgaan zich bij het uitvoeren van zijn taak dienstbaar opstelt.

17 Schlössels e.a., 2024/282.

18 E.M.H. Hirsch Ballin, ‘Dynamiek in de bestuursrechtspraak. Over de betekenissen van veranderingen in economie, politiek en samenleving voor de bestuursrechtelijke rechtsontwikkeling’, in: E.M.H. Hirsch Ballin, R. Ortlep & A. Tollenaar, *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter. Preadviezen (Handelingen Vereniging voor Bestuursrecht, VAR-reeks 154)*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2015, p. 25.

19 Art. 35 lid 4 PW.

concrete gevallen zo goed mogelijk te behartigen.²⁰ Maar het geeft het bestuur ook ongekende macht.

Beginselen stelden de rechter in staat te garanderen dat het handelen van het bestuur niet in strijd was met de fundamentele waarden die ten grondslag liggen aan het recht, ook als de wetgever op bepaalde punten weinig sturing gaf.

De rechter droeg het bestuur op zijn besluiten zorgvuldig voor te bereiden, deugdelijk te motiveren, zijn beloften gestand te doen en burgers gelijk te behandelen. Hij verbood het bestuur zijn macht te misbruiken en stelde vast dat het bestuur ervoor moest zorgen dat de belangen van individuele burgers niet geofferd werden aan het algemeen belang. Formele beginselen die normeren hoe het bestuur een besluit moet nemen en materiële beginselen die de inhoud van het besluit normeren. Inmiddels zijn veel van deze beginselen opgenomen en uitgewerkt in de Algemene wet bestuursrecht.

Maar kennelijk is dit alles niet voldoende, om onrecht te voorkomen.

Waarom niet?

Misschien was de rechter te terughoudend met het toepassen van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.²¹ Misschien is het probleem dat de wetgever er niet aan gebonden is.²²

Maar misschien is er iets anders aan de hand. Misschien gaat de gedachte dat beginselrecht 'goed' recht is, voor de algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet altijd op. Ze maken immers een belangrijk deel uit, van een bestuursrecht dat volgens velen gierend uit de bocht is gevlogen. Misschien zijn zij niet zo geschikt als we hopen om onrechtvaardig recht te voorkomen. Misschien maken ze zelf deel uit van het probleem.

Ik heb drie kanttekeningen bij de wens de algemene beginselen van behoorlijk bestuur te versterken, in de hoop dat daardoor een 'beter' bestuursrecht ontstaat: één over de procedurele beginselen van behoorlijk bestuur (vooral over het zorgvuldigheidsbeginsel), één over de materiële beginselen van behoorlijk bestuur (vooral over het gelijkheidsbeginsel), en één over evenredigheid.²³

Maar voor ik daar aan toekom, is het nodig iets te zeggen over het gewicht van beginselen. Want het is het gewicht van een beginsel dat rechtvaardigt dat het regels opzijzet.

Want beginselen hebben een gewicht. Zij ontleen dat gewicht aan fundamentele waarden.²⁴

In *Riggs versus Palmer* formuleerde de rechter het beginsel dat niemand zou mogen profiteren van zijn eigen misdaden. Het beginsel is een bijna een-op-een vertaling van een fundamentele waarde. *The divine law*,²⁵ de goddelijke wet, in de woorden van justice Earl, die Elmer verbood de vruchten van zijn misdaad te plukken. En dat beginsel woog zo zwaar dat het hof bereid was de geschreven wet opzij te zetten om het te realiseren.

Het verband tussen rechtsbeginselen en de onderliggende fundamentele waarde waar ze hun gewicht aan ontleen is niet altijd zo duidelijk. Sommige normen die we beginselen noemen, hebben het karakter van *intermediate values*. Het naleven van het beginsel draagt meestal wel, maar niet altijd, of niet altijd in dezelfde mate, bij aan het realiseren van de fundamentele waarde waaraan het zijn gewicht ontleend.²⁶

Het beginsel dat iedereen zoveel mogelijk toegang moet hebben tot informatie die bij de overheid berust, illustreert mooi hoe het gewicht van dergelijke beginselen kan variëren. Het beginsel ontleent zijn gewicht voor een groot deel aan de fundamentele waarde dat iedere burger zou moeten kunnen meepraten en meebeslissen over het reilen en zeilen van de gemeenschap waarin hij leeft.²⁷ Draagt het openbaar maken van informatie niet bij aan het realiseren van deze fundamentele waarde, dan verliest het beginsel gewicht. Daarom is het begrijpelijk dat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in de zaak *Tarsasag tegen Hongarije* aanneemt dat onder artikel 10 EVRM een recht kan bestaan op toegang tot informatie die van belang is voor het *maatschappelijk debat*, maar dat het nog altijd geen algemeen recht heeft aangenomen op toegang tot informatie die bij de overheid berust.²⁸

Nu terug naar de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Aan welke fundamentele waarden ontleen zij hun gewicht? En hoe nauw is de relatie tussen die fundamentele waarden en de beginselen eigenlijk?

De algemene beginselen van behoorlijk bestuur hebben een tweeledig doel. Aan de ene kant beschermen zij de rechten van burgers, aan de andere kant vergroten ze de kwaliteit van de besluitvorming van het bestuur.²⁹

Dat zijn gewichtige doelstellingen, maar ze zijn ook abstract. En het is duidelijk dat de band tussen in elk geval de formele beginselen van behoorlijk bestuur en de fundamentele waarden waar zij hun gewicht aan ontleen, niet heel nauw is. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur

20 R.J.N. Schlössels, 'Beleidsruimte als zwart gat? Bestuurlijke discretie en rechterlijke toetsing: een never ending story', in: J.A.F. Peters, R.J.N. Schlössels, R.J.B. Schutgens, J. Krommendijk, A.B. Terlouw, C.D.J. Bulten & E.G.A. Werf, *Toetsingsintensiteit. Een vergelijkende studie naar het variëren van de toetsingsintensiteit door de rechter*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 52.

21 De conclusie waar de Afdeling toekomt in haar reflectierapport ABRvS, *Lessen uit de kinderopvangtoeslagzaken*, november 2021, p. 30, 44.

22 Of liever, de rechter kan niet toetsen of de wet in formele zin evenredig is.

23 Het evenredigheidsbeginsel wordt tot de materiële beginselen van behoorlijk bestuur gerekend, maar dat is m.i. niet terecht. Het verwijst naar andere normen en zegt iets over de wijze waarop die moeten worden afgevoerd.

24 N. Teifke, 'Human Dignity as an Absolute Principle?', in: M. Borowski (ed.), *On the Nature of Legal Principles*, Franz Steiner Verlag: Stuttgart 2010, p. 93-104 en 101, en H. Ávila, *Theory of Legal Principles*, Dordrecht: Springer 2007, p. 28.

25 *Riggs v Palmer*, 512.

26 Teifke 2010, p. 101 en A. Buijze, *The Principle of Transparency in EU Law* (diss. Utrecht), Utrecht 2013, p. 67.

27 Buijze 2013, hfst. 3.

28 EHRM 14 april 2009, appl. 37374/05 (*Társaság a Szabadságjogokért v Hongarije*), par. 28; het Hof zet die lijn door in EHRM 8 november 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:1204JUD001125716 (*Magyar Helsinki Bizottság v Hongarije*), par. 160-163.

29 Addink 2023, p. 94; J.H. Jans, 'Proportionality revisited', *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 27, afl. 3, 2000, p. 243; N. Emiliou, *The principle of proportionality in European law; a comparative study*, London: Kluwer 1996, ch. 1; H.P. Nehl, *Principles of Administrative Procedure in EC Law*, Oxford: Hart Publishing 1999, p. 22 en G. De Burca, 'The principle of proportionality and its application in EC law', *Yearbook of European law* 1993, vol. 13, p. 106-107.

zijn intermediate values bij uitstek. Er is geen 'goddelijke wet' die vereist dat bestuursorganen hun besluiten motiveren, maar er is wél een fundamentele waarde die inhoudt dat burgers hun rechten moeten kunnen verdedigen wanneer zij geconfronteerd worden met een besluit van een bestuursorgaan. En dat lukt alleen wanneer zij weten waarom het bestuursorgaan juist dat besluit heeft genomen, en daarom moeten zij dat besluit motiveren.³⁰

Voeren we deze benadering door in het bestuursrecht, dan betekent dit dat de rechter een besluit kan vernietigen wegens strijd met een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, wanneer de fundamentele waarde waaraan dat beginsel zijn gewicht ontleend dat rechtvaardigt. Is een besluit niet zorgvuldig voorbereid maar heeft dat geen negatieve impact op de kwaliteit van de besluitvorming of de rechten van betrokkenen, dan zou er geen reden zijn om het te vernietigen.

In de praktijk werkt het niet zo. De rechter gaat niet in elk concreet geval na of het naleven van het zorgvuldigheidsbeginsel wel toegevoegde waarde heeft. Vuistregels zijn niet te vermijden. En er is niets mis mee om aan te nemen dat het zorgvuldig voorbereiden van een besluit meestal noodzakelijk is om kwalitatief hoogwaardige besluiten die de rechten van burgers respecteren te nemen. Maar als blijkt dat het bestuursrecht er stelselmatig niet in slaagt de rechten van burgers voldoende te waarborgen, of dat de kwaliteit van de besluitvorming in gevaar komt, dan is het zaak die vuistregels opnieuw onder de loep te nemen. Dragen ze wel echt bij aan het realiseren van onderliggende waarden, of gaat er ergens iets mis?

Om die vraag te beantwoorden, is het van groot belang om twee dingen scherp te hebben.³¹ Ten eerste: welke waarden willen we nu precies realiseren? Dat is niet eenvoudig, vooral niet in het bestuursrecht, dat immers ook een instrument is om overheidsbeleid te realiseren. En dat is niet gebaseerd op natuurwetten, de scheiding tussen goed en kwaad, of onveranderlijke morele waarheden, maar op ongemakkelijke compromissen die het resultaat zijn van democratische besluitvorming. Over welke belangen van burgers precies gewaarborgd moeten worden en over wat kwalitatief goede besluitvorming is, kan uiteraard verschil van mening bestaan.

Ten tweede, als we die waarden dan toch geïdentificeerd hebben: in hoeverre dragen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur bij aan het realiseren van die waarden? Onder welke omstandigheden wel, wanneer niet? En voor wie wel, en voor wie niet?

We moeten dus onderzoeken welke belangen van welke burgers wel, en welke niet, worden gewaarborgd door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. En we moeten

onderzoeken wat de impact is van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur op de inhoud van besluitvorming. Zo voorkomen we een overdreven focus op de intermediate value, die zelf geen noemenswaardig gewicht heeft, maar gewicht ontleend aan onderliggende fundamentele waarden.

Dat brengt mij bij mijn belofde kanttekeningen. De eerste gaat over de formele beginselen van behoorlijk bestuur, met name over het zorgvuldigheidsbeginsel.

3. De eerste kanttekening, over de formele beginselen van behoorlijk

Voor een bestuursorgaan een besluit neemt, moet het de relevante feiten en af te wegen belangen in kaart brengen. Besluitvorming moet gebaseerd zijn op relevante en accurate informatie. Als dat niet gebeurt, kan het goed misgaan.

Neem de harde aanpak van het fraudebeleid. De parlementaire enquêtecommissie Fraudebeleid en Dienstverlening constateerde gedurende haar onderzoek dat er weinig aanwijzingen waren dat er daadwerkelijk op grote schaal gefraudeerd werd met uitkeringen en toeslagen.³² In zijn verhoor legt voormalig minister Henk Kamp uit dat hij ook rekening moest houden met 'gevoelens uit de samenleving', het gevoel van frauderechercheurs dat er meer fraude voorkwam dan daadwerkelijk werd gemeld en zijn eigen overtuiging dat fraude een groot probleem was.³³

Was hij maar bij de relevante feiten gebleven!

Maar wat zijn nu precies de relevante feiten die bij besluitvorming betrokken moeten worden om goede besluiten te nemen en te voorkomen dat burgers vermalen worden door het overheidsapparaat?

Is het daadwerkelijk een probleem bij besluitvorming rekening te houden met gevoelens uit de samenleving? Of is dat juist nodig om democratisch gelegitimeerde besluiten te garanderen? Het groeiend onbehagen in de maatschappij over de harde uitwerking van de alles-of-niets-lijn in de kindertoelagenaffaire droeg er uiteindelijk ook aan bij dat die lijn werd verlaten.³⁴ Maar hoe stellen we dan vast welke gevoelens er überhaupt leven in de samenleving?

Ik heb geen pasklaar antwoord.

Ik heb wel twee voorbeelden waaruit blijkt dat het zorgvuldigheidsbeginsel er niet steeds in slaagt de onderliggende fundamentele waarden waaraan het zijn gewicht ontleend te realiseren.

De eerste: maatschappelijk wenselijke initiatieven kunnen moeilijk doorgang vinden. Dat is niet uitsluitend te wijten aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Maar zij kunnen daar wel aan bijdragen.

30 Schlössels et al. 2024/323.

31 Deze benadering is ook terug te vinden in Buijze 2013 en in A.W.G.J. Buijze, 'Transparant waartoe? Over de toegevoegde waarde van transparantie voor het realiseren van publieke waarden', in: A.W.G.J. Buijze, A. Drahmman, C.J. Wolswinkel, N.N. Bontje & E.C. Pietermaat, *Transparantie en openbaarheid. Preadviezen Vereniging voor Bestuursrecht (VAR)*, vol. 168, Den Haag: Boom juridisch 2022.

32 Het rapport van de enquêtecommissie verschijnt helaas net na het afronden van deze publicatie. Parlementaire enquêtecommissie Fraudebeleid en Dienstverlening, Verslag van een openbaar verhoor, 2023, <https://files.tweedekamer.nl/sites/default/files/2023-09/20230913%20PEFD%20openbaar%20verhoor%20Kamp.pdf>.

33 Parlementaire enquêtecommissie Fraudebeleid en Dienstverlening, Verslag van een openbaar verhoor, 2023, p. 8.

34 ABRvS 2021, p. 43.

Misschien wel de meest duurzame manier om woningen te verwarmen is met behulp van aquathermie, een techniek waarbij met een warmtewisselaar warmte wordt onttrokken aan bijvoorbeeld oppervlaktewater.³⁵ Deltares berekende in 2018 dat in 43% van de warmtevraag van de gebouwde omgeving voorzien kan worden door warmte uit oppervlaktewater.³⁶

Wie warmte wil onttrekken aan bijvoorbeeld een rivier, om een nieuw te bouwen woonwijk te verwarmen, heeft een vergunning nodig om koude te lozen in het oppervlaktewater.³⁷ Het besluit die vergunning te verlenen, moet zorgvuldig worden voorbereid. Alle relevante feiten en betrokken belangen moeten in kaart worden gebracht.

Nu kleven zelfs aan aquathermie nadelen. De afkoeling van het water kan effect hebben op het paaigedrag van vissen.³⁸ Hun jongen kunnen later in het seizoen worden geboren, met onvoorzienbare gevolgen voor het ecologische systeem. Aan de andere kant: door het veranderende klimaat warmt het oppervlaktewater sowieso op. Misschien is de afkoeling juist wel gunstig voor het ecologisch systeem.³⁹ Ook daarvoor zijn aanwijzingen. Maar het fijne weten we er niet van. Nu is het effect van de koudelozing op de waterkwaliteit zonder meer een relevant feit dat dus in kaart moet worden gebracht. Maar met de kennis die we op dit moment hebben, is dat nagenoeg onmogelijk. Het resultaat: onderzoeksrapporten die gemakkelijk ter discussie kunnen worden gesteld en monitorings- en evaluatieprogramma's die de kosten van de projecten opdrijven.⁴⁰

Partijen ervaren bovendien een risico dat de rechter zal oordelen dat de vergunning niet verleend had mogen worden, omdat het bestuursorgaan niet zorgvuldig alle relevante feiten in kaart heeft gebracht: de impact van het project op de visstand is immers niet duidelijk.

Eventuele juridische procedures spitsen zich toe op de vraag of het besluit om de vergunning te verlenen wel zorgvuldig genoeg is voorbereid en of er geen gaten te schieten zijn in de onderbouwing van het besluit.

Is de kwaliteit van de besluitvorming daar nu daadwerkelijk mee gediend? Ik weet het niet. Want verwarmen we onze huizen niet met warmte uit oppervlaktewater, dan moeten we iets anders: biomassa, gas, warmtepompen. Allemaal technieken waaronder de natuur ook te lijden heeft en waarschijnlijk een heel stuk meer. Maar dat zijn geen relevante feiten die het bestuur kan meenemen wanneer het besluit op de vergunningaanvraag.

De nadruk komt te liggen op de procedurele verplichting onderzoek te doen naar de effecten van het project

op de ecologische kwaliteit van het oppervlaktewater, de kwaliteitseisen die aan dat onderzoek gesteld worden en, wanneer er verschillende opvattingen zijn over die effecten, naar de vraag hoe we moeten bepalen wie er gelijk heeft, terwijl de inhoudelijke discussie – is het toestaan van aquathermie in dit water de beste manier om vorm te geven aan de warmtetransitie – op de achtergrond verdwijnt.

Dit is geen geïsoleerd geval, maar een patroon. Uit het door Willem Salet en Marleen van Rijswijk geleide contextproject kwam keer op keer naar voren dat het voldoen aan uit het zorgvuldigheidsbeginsel voortvloeiende onderzoeksverplichtingen een doel op zich werd. De waarden die overheden en andere stakeholders wilden realiseren, raakten uit het zicht.⁴¹

Steeds wanneer dat het geval is, slaagt het zorgvuldigheidsbeginsel er niet in bij te dragen aan het realiseren van de fundamentele waarden waaraan het zijn gewicht ontleend. Een andere invulling is dan aangewezen.

Het tweede voorbeeld heeft betrekking op de vraag wie relevante feiten en belangen voor het voetlicht kunnen brengen. Van welke burgers worden de belangen eigenlijk gewaarborgd?

Het zorgvuldigheidsbeginsel schept een verplichting voor het bestuur, maar het schept ook rechten voor burgers. Wanneer zij een belang hebben dat geraakt kan worden door het besluit, moeten zij het bestuur daarover kunnen informeren.

Daartoe is het zorgvuldigheidsbeginsel uitgewerkt in concrete regels, die bijvoorbeeld het bestuur verplichten belanghebbenden te horen voordat zij een besluit nemen,⁴² of een inspraakprocedure te organiseren waarbij burgers hun zienswijzen op een voorgenomen besluit met het bestuur kunnen delen.⁴³

Die verplichtingen zouden eraan moeten bijdragen dat de belangen van die burgers beter geborgd zijn en dat de kwaliteit van besluiten wordt vergroot.

Maar de wijze waarop burgers hun belangen voor het voetlicht kunnen brengen, waarborgt niet van alle burgers de belangen even goed.

Ik baseer me voor die constatering op het rapport dat de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (hierna:

35 K. Kruit, B. Schepers, R. Roosjen & P. Boderie, *Nationaal potentieel van aquathermie. Analyse en review van de mogelijkheden*, Delft: CE Delft/Deltares 2018, p. 8-9.

36 Kruit et al. 2018, p. 19.

37 Art. 5.1 lid 2 sub c onder 1 Ow.

38 STOWA, *Deltafact Ecologische effecten koudelozingen*, 2017, p. 15.

39 STOWA 2017, p. 13.

40 Deze beschrijving van de praktische problemen rond de implementatie van aquathermie is voor een belangrijk deel ontleend aan gesprekken tijdens de bijeenkomst 'Draai de warmtekraan open' die op 14 september 2023 werd georganiseerd te Utrecht door Rijkswaterstaat en Alliander in samenwerking met de Bouwcampus. Mijn dank gaat uit naar alle deelnemers aan deze bijeenkomst.

41 W. Salet & J. de Vries, *The Innovative Potential of Contextualising Legal Norms in Governance Processes of Urban Governance: The Case of Sustainable Area Development*, CONTEXT Report 1, AISSR programme group Urban Planning, Amsterdam 2013. Zie URD_Factsheet_IPDD.pdf (vervus.nl) en in meer detail: S. Dembski, *Case Study Amsterdam Buiksloterham, the Netherlands: The Challenge of Planning Organic Transformation*, CONTEXT Report 2, AISSR programme group Urban Planning, Amsterdam 2013. A. Buijze, 'Promoting Sustainable Water Management in Area Development: a Regulatory Approach', *Journal of Water Law* 2014, afl. 3, p. 166-173; A. Buijze, W. Salet & M. van Rijswijk, 'How to Contextualize Legal Norms in Practices of Sustainable Development? Distinguishing Principles, Rules and Procedural Norms', in: *The Routledge Handbook of Institutions and Planning in Action*, New York: Routledge 2018, p. 196-211 en A.W.G.J. Buijze, 'Mogelijke vormen van regulering bij gebiedsontwikkeling', in: N. Teesing (red.), *Duurzame gebiedsontwikkeling: over vormen van regulering en de rol van aanbesteding*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2012, p. 13-30.

42 Afd. 4.1.2 Awb.

43 Afd. 3.4 Awb.

WRR) in 2017 uitbracht: “*Weten is nog geen doen.*”⁴⁴ Een rapport dat vaak wordt aangehaald om te illustreren waar het misgaat in het bestuursrecht.⁴⁵ In het rapport constateert de WRR dat van burgers in steeds sterkere mate zelfredzaamheid wordt verwacht.⁴⁶ Ook de overheid, en het recht, gaan er steeds meer van uit dat burgers zelfredzaam zijn.⁴⁷

Die veronderstelling gaat voor veel burgers niet, of niet altijd, op.

Het ontbreekt hen aan het vereiste denk- of doenvermogen.⁴⁸ Om mee te komen in de maatschappij moeten burgers informatie verzamelen en wegen, plannen kunnen maken, in actie komen, omgaan met tegenslagen en volhouden.⁴⁹ Of ze dat kunnen, hangt af van persoonlijkheidskenmerken,⁵⁰ maar ook van hun situatie. Stress, armoede en mentale vermoeidheid kunnen het doenvermogen, en dus de zelfredzaamheid van burgers, al dan niet tijdelijk, verkleinen.⁵¹

De veronderstelling dat burgers zelfredzaam zijn, is ook terug te vinden in het bestuursrecht. In het sociale zekerheidsrecht bijvoorbeeld, waar burgers overstelpt worden met administratieve verplichtingen en zij veranderingen in hun situatie moeten melden op straffe van zware sancties. Dat weten we inmiddels en daar sleutelen we aan.⁵² Maar het zit zeker niet alleen in bijzondere wetgeving. De Awb-mens, en daarmee bedoel ik hier iemand die goed uit de voeten kan met de Algemene wet bestuursrecht, is een alert mens. Hij houdt voortdurend in de gaten of de overheid

geen besluiten neemt die zijn belangen kunnen raken. Dat vereist dat hij informatie verzamelt en weegt. Wil hij zich verzetten tegen zo'n besluit, dan moet hij een plan maken, (wellicht rechtshulp inschakelen, argumenten verzamelen om het bestuur te overtuigen een ander besluit te nemen, een contra-expertise laten uitvoeren), in actie komen, want daadwerkelijk een bezwaarschrift schrijven, omgaan met tegenslagen (het bestuursorgaan wijst zijn bezwaar af) en volhouden (ook nog in beroep gaan).

Hoe dat uitwerkt in de praktijk, en hoe frustrerend dat is, toont de uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland over termijnoverschrijdingen bij de afhandeling van de toeslagenaffaire.⁵³ De rechtbank verzucht in die uitspraak dat de bescherming van burgers met de tegenwoordigheid van geest bij de bestuursrechter aan de bel te trekken nóg meer vertraging en ellende oplevert voor burgers die geen actie ondernemen – misschien omdat zij zich in een nog kwetsbaardere positie bevinden. Maar het valt buiten de bevoegdheid van de bestuursrechter daar wat aan te doen, oordeelde de Afdeling later.⁵⁴

Dat roept de vraag op of ook de invulling die we aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn gaan geven besmet is geraakt met het ‘virus’ van de zelfredzaamheid. Ik denk dat wel. De vuistregel dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur bijdragen aan betere besluitvorming en de rechten van burgers waarborgen, klopt vooral als burgers beschikken over zelfredzaamheid, denk- en doenvermogen. Wie gebruikmaakt van zijn inspraakmogelijkheden, kan invloed uitoefenen op besluitvorming, en het bestuursorgaan wijzen op zijn persoonlijke belangen, waar het uiteraard rekening mee dient te houden. Wie gebruik wil maken van zijn inspraakmogelijkheden, dient te beschikken over een gezonde dosis denk- en doenvermogen. Wie dat niet heeft, krijgt dus ook niet de kans zijn belangen voor het voetlicht te brengen.

Platgeslagen: de wijze waarop het bestuursrecht is ontworpen – of liever geëvolueerd –, leidt tot verschillen tussen burgers. Niet van iedereen worden de belangen evengoed gewaarborgd. En het is goed denkbaar dat dit ook invloed heeft op de inhoud (en dus op de kwaliteit) van besluitvorming. Het bestuursorgaan kan immers gemakkelijk relevante informatie missen.

Organisatie van inspraak bij besluitvorming in het ruimtelijk domein werkt in het voordeel van bureaucratisch vaardige burgers en kan leiden tot een minder optimale locatiekeuze voor bijvoorbeeld de aanleg van een nieuw stuk snelweg, omdat inwoners nabij locatie A minder gebruikmaken van hun inspraakrecht dan inwoners van locatie B, en de nadelen die kleven aan locatie A minder goed op het netvlies staan bij het bestuur.

Als het zorgvuldigheidsbeginsel niet bijdraagt aan een betere kwaliteit van besluitvorming, en de invulling van dat beginsel ervoor zorgt dat de belangen van bepaalde groepen burgers consequent minder goed gewaarborgd zijn, dan

44 WRR, *Weten is nog geen doen: Een realistisch perspectief op redzaamheid*, Den Haag: Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2017.

45 Zie, onder nog veel meer: M. Scheltema, ‘Schulden van de burger in de responsieve rechtsstaat: het regeerakkoord biedt perspectief’, *NTB* 2017/28; M. Scheltema, ‘De responsieve rechtsstaat: het burgerperspectief’, *NTB* 2019/24; M.H. Ippel, ‘Het beginsel van de dienende overheid als grondslag voor responsief bestuursrecht’, *NTB* 2020/73; G. Vonk, ‘Inkomensafhankelijke toeslagen in zwaar werk’, *NJB* 2020/1050; P.J. Huisman & N. Jak, ‘Verschillende gezichten van bestuursrechtelijk maatwerk: interactie tussen wetgever, bestuur en bestuursrechter’, *Gst.* 2021/45; M.H. Ippel, ‘De mens als maatstaf voor de regels van het algemeen bestuursrecht’, *NTB* 2018/63; K. Giezeman & N. Jak, ‘Bestuursrechtelijk maatwerk; de wetgever en het bestuur aan zet’, *NJB* 2020/572 en J. Esser & R. Becker, ‘Maak van maatwerk de regel’, *NTB* 2021/106. Ook de Afdeling verwees naar het rapport in de uitspraken waarin zij de alles-of-nietsbenadering vaarwel zei: ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535, r.o. 8.10 en ABRvS 24 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3536, r.o. 5.10.

46 WRR 2017, p. 56.

47 WRR 2017, p. 12-14, 20 en 28.

48 WRR 2017, p. 12-14.

49 WRR 2017, p. 10.

50 WRR 2017, p. 64.

51 WRR 2017, p. 85.

52 Zie bijv. het wetsvoorstel Wet proactieve dienstverlening SZW dat momenteel in consultatie is: <https://www.internetconsultatie.nl/wetproactivedienstverleningszw/b1/>; het wetsvoorstel Handhaving sociale zekerheid, het wetsvoorstel Participatiewet in balans, het initiatief-wetsvoorstel maatwerk bij terugvordering. De voorstellen volgen op een hausse aan onderzoek naar de (on)mogelijkheden voor maatwerk in het sociaal domein. Zie o.m. A. Meuwese & J. Wolswinkel, *Maatwerk en bijzondere wetgeving: ondanks of dankzij? Een inventarisatie van het maatwerkgehalte van SZW- en VWS-wetten*, Universiteit Tilburg 2020, pdf (<https://open.overheid.nl/repository/ronl-c1270247-2342-4db4-85fe-f367b63b4db0/1/pdf/rapportage-vervolgonderzoek-maatwerk-in-wetgeving-szw-vws.pdf>) en A. Meuwese & J. Wolswinkel, *Maatwerk en bijzondere wetgeving: een vervolgstudie*, Universiteit Tilburg 2021, pdf (<https://open.overheid.nl/repository/ronl-d2eea4f5-81ac-4b84-9a5b-3717ccc2559d/1/pdf/rapportage-vervolgonderzoek-maatwerk-in-wetgeving.pdf>); R. Oomkens & A. Drijvers, *Aandacht voor vrouwen en oog voor de menselijke maat binnen de Participatiewet*, Panteia 2021 en A. Frankowski, H. den Uijl, W. Hendriks, P. Frissen & M. Huiting, *Tussen staat en menselijke maat; Handhaving in de sociale zekerheid*, NSOB 2021.

53 Rb. Midden-Nederland 14 april 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:1702, r.o. 44-46.

54 ABRvS 23 augustus 2023, ECLI:NL:RVS:2023:3209, r.o. 28.

moeten we op zoek naar een andere manier om die fundamentele waarden te realiseren door een andere invulling te geven aan dat beginsel. We mogen niet op voorhand aannemen dat nog zorgvuldiger besluiten tot verbetering zal leiden. Zorgvuldigheid kost tijd en moeite, en als het zijn doel voorbijschiet, is het niet te rechtvaardigen.

We moeten ons niet laten misleiden door de halo dat om beginselen heen hangt. Ja, ze hebben een morele lading. Maar de claim dat ze bijdragen aan een rechtvaardig bestuursrecht, kunnen ze alleen waarmaken wanneer in hun ontwikkeling en interpretatie steeds aandacht is voor de vraag, of dat ook daadwerkelijk lukt. Om dat mogelijk te maken, is meer kennis nodig over de precieze effecten die het zorgvuldigheidsbeginsel heeft.

4. De tweede kanttekening: over de materiële beginselen van behoorlijk bestuur

Voor de formele beginselen van behoorlijk bestuur geldt dat zij bijdragen aan het realiseren van fundamentele waarden en gewicht ontlenen aan die fundamentele waarden wanneer zij daadwerkelijk bijdragen aan het realiseren daarvan. Doen ze dat niet, dan hebben ze geen gewicht en is er geen rechtvaardiging van bestuursorganen te eisen dat ze eraan voldoen.

Ze kunnen wel helpen de fundamentele waarden te realiseren die ten grondslag liggen aan ons recht, maar we moeten wel waakzaam blijven en onderzoeken of ze dat daadwerkelijk doen en hoe we ze vorm moeten geven om dat te realiseren.

Voor de materiële beginselen van behoorlijk bestuur ligt dat anders. Het beginsel dat de overheid haar burgers gelijk dient te behandelen, is misschien wel net zo nauw verbonden met fundamentele waarden als het beginsel van justice Earl dat niemand zou mogen profiteren van een moord die hij eigenhandig gepleegd heeft.

Ongelijke behandeling leidt net zozeer tot morele verontwaardiging als Elmer Palmer die na een kort verblijf in een tuchthuis door de straten van Hopkinton paradeert. In een prachtige nieuwe jas bovendien, zo stel ik me voor, die hij heeft aangeschaft van het geld van de grootvader die hij eigenhandig ombracht.

Wanneer bestuursorganen burgers ongelijk behandelen, dan is toch zonneklaar dat de rechter een dergelijk besluit met een beroep op het gelijkheidsbeginsel van tafel kan vegen? En dat het recht daar rechtvaardiger van wordt? Wanneer de Belastingdienst,⁵⁵ of meer recent: DUO,⁵⁶ burgers met een migratieachtergrond stelselmatig achterstelt, dan vereist het gelijkheidsbeginsel toch dat we zo'n praktijk onrechtmatig verklaren.

Ja.

55 Autoriteit Persoonsgegevens, *Belastingdienst/Toeslagen. De verwerking van de nationaliteit van aanvragers van kinderopvangtoeslag*, Onderzoeksrapport | z2018-2245.

56 B. Belleman, B. Heilbron & A. Kootstra, *De discriminerende fraudecontroles van Duo*, Investico, 21 juni 2023, Investico Onderzoeksjournalisten (platform-investico.nl).

Maar dat brengt mij bij mijn tweede kanttekening. Ook de materiële beginselen van behoorlijk bestuur bieden onvoldoende houvast om te garanderen dat het bestuursrecht rechtvaardig is.

De recente ontwikkelingen in de jurisprudentie van het Hof van Justitie,⁵⁷ maar ook van de Afdeling bestuursrecht-spraak⁵⁸ en de Hoge Raad,⁵⁹ met betrekking tot het gelijkheidsbeginsel bieden een schrijnend (vind ik)⁶⁰ voorbeeld.

U heeft er misschien over gelezen:

In 1928 opende Guido de Lorenzo de eerste Italiaanse ijs-salon van Nederland: Venezia. Zijn kleindochter verkoopt nog steeds Italiaans ijs, vanuit een verkoopwagen die sinds jaar en dag te vinden is aan de Oude Gracht, een minuut of zes wandelen hiervandaan. Nog steeds draagt die de naam 'Venezia'. Cultureel erfgoed.⁶¹

Maar niet lang meer. Op grond van het gelijkheidsbeginsel, zoals dat is uitgewerkt in de Dienstenrichtlijn en uitgelegd door het Hof van Justitie, mag een vergunning zoals die van Venezia niet meer voor onbepaalde tijd worden verleend.⁶²

Dat is niet eerlijk tegenover andere gegadigden, die misschien op die locatie ook een verkoopwagen willen exploiteren.⁶³

Dat kun je best vinden, maar een schande voor het rechtssysteem en Nederland is het natuurlijk niet wanneer Venezia daar gewoon mag blijven staan. Er is geen goddelijke wet die stelt dat iedere liefhebber een eerlijke kans moet maken om zijn waren vanuit een kraam ter hoogte van Oude Gracht 105 te Utrecht te verkopen. Andere potentiële standhouders kunnen wachten tot er elders een plekje vrijkomt, of winkelruimte huren om ijs te verkopen.

Maar de interpretatie die nu aan het gelijkheidsbeginsel wordt gegeven, zegt iets anders: de gemeente moet de vergunning van Venezia intrekken en een procedure organiseren waarbij Venezia en andere potentiële gegadigden met elkaar in competitie gaan.

Dat zou er ongeveer zo uit kunnen zien: ergens in de loop van dit jaar verschijnt er een mededeling op de website van de gemeente Utrecht, dat een standplaatsvergunning voor de locatie ter hoogte van Oude Gracht 105 te Utrecht zal worden verleend. Geïnteresseerden moeten hun aanvraag indienen voor 1 juli 2024, voorzien van de nodige informatie over hun verkoopwagen, hun ondernemingsplan en nog zo wat. De gemeente zal de aanvragen bekijken en de aanvragen die voldoen aan de vereisten in een hoge hoed

57 Zie met name HvJ EG 21 juli 2005, C-231/03, ECLI:EU:C:2005:487 (*Coname*); HvJ EG 13 oktober 2005, C-458/03, ECLI:EU:C:2005:605 (*Parking Brixen*); HvJ EU 1 oktober 2015, C-340/14 en C-341/14, ECLI:EU:C:2015:641 (*Trijber*), en HvJ EU 30 januari 2018, C-360/15 en C-31/16, ECLI:EU:C:2018:44 (*Appingedam*).

58 ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927.

59 HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778.

60 Zie Buijze 2022.

61 R. Kuipers, 'De strijd om de standplaats: Utrecht schopt ons er na 96 jaar uit', *Volkskrant*, 10 april 2023.

62 Zaak C-340-341/14, ECLI:EU:C:2015:641 (*Trijber & Harmsen*), r.o. 60-65. Naar Nederlands recht geldt inmiddels hetzelfde, ABRvS 2 november 2016, r.o. 8.

63 ABRvS 2 november 2016, r.o. 8. Er zijn uiteraard nog meer argumenten om mededinging te eisen bij de verdeling van schaarse vergunningen, zie Buijze 2022, p. 37.

stoppen. Door middel van loting wordt bepaald wie de vergunning daadwerkelijk krijgt.⁶⁴

Het resultaat: Romana de Lorenzo, de kleindochter van de oorspronkelijke eigenaar van Venezia, moet haar zaak opdoeken. Of misschien heeft ze geluk en vindt ze elders een plekje. De meer dan 7.000 inwoners van Utrecht die een petitie tekenden voor het behoud van Venezia, verliezen hun favoriete ijsalon.⁶⁵ En iemand met voldoende denk- en doenvermogen wordt de nieuwe vergunninghouder. Om zo'n schaarse vergunning binnen te harken, moet een gegadigde immers informatie verzamelen en wegen, plannen kunnen maken, daadwerkelijk op tijd in actie komen, omgaan met tegenslagen en volhouden. Uit het aanbestedingsrecht weten we dat dergelijke procedures grote bedrijven consequent bevoordelen, ten koste van het midden- en kleinbedrijf.⁶⁶ Adieu Venezia, welkom McFlurry.

Door deze verplichting te baseren op het gelijkheidsbeginsel, met zijn morele halo, lijkt het rechtvaardig dat de rechter haar in het leven roept. Maar door een andere bril bekeken maakt het problemen die bestuursrechtbreed bestaan juist erger: op het oog objectieve, onpartijdige procedures leiden in de praktijk tot ongelijkheid⁶⁷ en een slechte toegankelijkheid van het recht voor burgers die, om wat voor reden dan ook, tijdelijk of permanent niet in staat zijn met die procedures om te gaan.

De toepassing van het gelijkheidsbeginsel, hoezeer we het er ook mee eens zijn dat de overheid burgers gelijk moet behandelen, heeft hier weinig van doen met Scholtens zedelijke oordelen, of met de scheiding van goed en kwaad, waarin het recht is gegrondvest.

5. De derde kanttekening: over het evenredigheidsbeginsel

Als procedurele waarborgen de ellende in het bestuursrecht nog kunnen verergeren en de materiële beginselen van behoorlijk bestuur onvoldoende richting bieden om het positieve recht te ontwikkelen, wat dan wel?

Kan het evenredigheidsbeginsel uitkomst bieden? De WRR pleit daar wel voor: een meer proportionele aanpak, aangepast aan de situatie en capaciteiten van de individuele burger. Het bestuur moet zich niet te veel laten leiden door algemene regels die ontworpen zijn met de zelfredzame burger in het achterhoofd, maar moet steeds aandacht hebben voor de situatie van de individuele burger.⁶⁸

64 De gemeente Utrecht was in eerste instantie van plan de vergunningen door loting te verdelen, maar wil daar toch van afzien. Er wordt nu gezocht naar een manier om aspecten als 'binding met de buurt' toch te kunnen laten meewegen bij de beoordeling van aanvragen. Er is inmiddels een voorstel Wijzigingsbesluit Algemene plaatselijke verordening Utrecht 2010, standplaatsen. Voor het criterium 'binding met de buurt' kunnen punten worden gescoord door bijv. stageplaatsen aan te bieden of aan klantenbinding te doen. <https://utrecht.bestuurlijk.informatie.nl/Agenda/Document/90901ef5-f0a6-49a7-b3a3-566d7b111f3f?documentId=9720440-0aa8-4d36-8348-7308a04e4589&agendatItemid=b529c206-9c8f-42f3-b371-a6ce690941c2>.

65 Red de Utrechtse standplaatshouder - Petities.nl, <https://standplaatsenutrecht.petities.nl/>.

66 Buijze 2022, p. 41-43 en de daar aangehaalde literatuur.

67 Zelfs loting. Zie Buijze 2022, p. 56.

68 WRR 2017, p. 132, 146.

Dat is een mooi uitgangspunt. En inderdaad, dat een burgermeester zich er rekenschap van geeft dat door een woning-sluiting kinderen dakloos dreigen te raken en dat hij om die reden van sluiting afziet, is winst.

Toch betreft mijn derde kanttekening het evenredigheidsbeginsel.

De voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen, zo staat het in de Algemene wet bestuursrecht. Het is een mooi uitgangspunt: burgers mogen geen onnodig nadeel ondervinden van besluiten van het bestuur, zo formuleerde de Afdeling bestuursrechtspraak het in haar *Harderwijk*-uitspraak. Maar, wat is onnodig?

Is het evenredig om het volledige voorschot dat is uitgekeerd aan toeslagen terug te vorderen wanneer een administratieve fout is gemaakt, omdat dat potentiële fraudeurs wel twee keer doet nadenken voor zij bewust fraude plegen? Nee, want het is van groot belang dat we gezinnen niet financieel ruïneren en met die fraude loopt het allemaal wel los. Maar het antwoord is ja, als fraudepreventie buitengewoon belangrijk wordt gevonden, zoals het parlement dat op enig moment vond,⁶⁹ en als je je, enigszins laconiek, op het standpunt stelt, dat uitsluitend financieel nadeel toch niet zo heel zwaar weegt.

Het evenredigheidsbeginsel verplicht het bestuur ertoe bij het besluit betrokken belangen af te wegen en schrijft voor dat de uitkomst van die belangenafweging niet onevenredig mag zijn. Maar het vertelt het bestuur niets over hoe zwaar het belangen moet laten wegen.⁷⁰

Is een besluit evident onredelijk, dan biedt het evenredigheidsbeginsel uitkomst.⁷¹ Anders niet.

Toch klinkt de roep om een evenrediger toepassing van het bestuursrecht luid.⁷²

Net als de roep dat de rechter strenger en meer aan het evenredigheidsbeginsel moet toetsen en zou moeten kunnen toetsen.⁷³

69 *Handelingen II* 2013/14, nr. 41, item 6.

70 FT. Groenewegen, 'In hoeverre schrijft het evenredigheidsbeginsel iets voor?', in: A.J. Nieuwenhuis, B.J. Schueler & C.M. Zoethout (red.), *Proportionaliteit in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 13-22, p. 13 en A.W.G.J. Buijze, 'Effectiviteit in het bestuursrecht', *NTB* 2009/13, p. 228.

71 Inmiddels krijgt men voor dat standpunt de handen niet meer op elkaar, maar lange tijd was dat de heersende leer. Schlössels et al. 2024/317.

72 T. Barkhuysen & W. den Ouden, 'Kroniek van het algemeen bestuursrecht. Over evenredigheid, evenredigheid en ... evenredigheid. Maar hoe dan precies?', *NJB* 2022/949, p. 1136 e.v.; T. Barkhuysen, 'Naar een besluit-effectenrapportage als evenredigheidsbarometer', *NJB* 2022/457 en M. Scheltema, *Een wet van Meeden en Perzen. Geen onwrikbare wet in het hedendaags bestuursrecht* (preadvies Nederlandse vereniging van wetgeving 2020), zie: www.nederlandseverenigingvoorwetgeving.nl/wp-content/uploads/2020/11/Preadvies-Scheltema-Een-wet-van-Meeden-en-Perzen.pdf; K. Giezeman & N. Jak, 'Bestuursrechtelijk maatwerk. De wetgever en het bestuur aan zet', *NJB* 2020/572 en A. Breninkmeijer & B. Marseille, 'Een dialoog met de Raad van State na de toeslagenaffaire', *NJB* 2021/575, p. 601-609.

73 Net voor de uitspraak van de Afdeling zag het preconsultatievoorstel voor een aangepast art. 3:4 lid 2 Awb het daglicht (*Kamerstukken II* 2022/23, 29279, nr. 763, bijlage 3). Inmiddels is dit deel geworden van het wetsvoorstel Versterking waarborgfunctie Awb, dat momenteel in consultatie is. Zie verder A.A. al Khatib & J. Tingen, 'Als je het doet, doe het dan goed: een pleidooi voor toetsing van wetten in formele zin aan algemene rechtsbeginselen', *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2023, p. 174-184.

Maar als we nu de overtuiging hebben dat belangen verkeerd worden afgewogen en dat dit ten koste gaat van individuele burgers, waardoor het bestuursrecht zijn waarborgfunctie niet waar kan maken, dan helpt het onvoldoende te zeggen dat bestuursorganen die belangen beter moeten afwegen en het helpt ook onvoldoende wanneer rechters er beter op toezien dat bestuursorganen belangen goed afwegen.

Het helpt wél als we expliciteren aan welke belangen in het verleden onvoldoende gewicht is toegekend. Welke inhoudelijke, specifieke beginselen kunnen we definiëren waarmee het bestuursrecht zoals dat de afgelopen decennia is toegepast in strijd is?

Een eerste poging: de overheid brengt burgers niet in zodanige financiële problemen dat hun gezondheid, gezinsleven en werk daar ernstig onder leiden. Nog een poging: besluiten van bestuursorganen mogen er niet toe leiden dat kinderen dakloos worden.

Dat zijn normen die meer handvatten geven aan het bestuur dan een gebod evenredig te handelen. Ze zijn ook eenvoudiger toetsbaar voor de rechter.

Voor die aanpak is niet gekozen.

In plaats daarvan is gekozen voor een meer intensieve toetsing aan het evenredigheidsbeginsel.⁷⁴ Niet in alle gevallen, maar toch in ieder geval wanneer zwaarwegende belangen van de burger in het geding zijn.⁷⁵

Bij zo'n intensievere toets kijkt de rechter naar de geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin van een besluit.⁷⁶

De gevolgen van het besluit zijn in ieder geval onevenredig in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen, wanneer het besluit ongeschikt is om die doelen te realiseren, of wanneer het niet noodzakelijk is om die doelen te realiseren. Dat wil zeggen dat er ook een andere manier is om die doelen te bereiken die minder nadelig is voor de betrokken burger.

Helpt dat? In de literatuur is al opgemerkt dat de nieuwe benadering van het evenredigheidsbeginsel nu ook weer niet zo heel veel verandert. Het bestuursorgaan zal goed moeten motiveren dat zijn handelen geschikt en noodzakelijk is zijn doelen te realiseren. Het is, stelt bijvoorbeeld Bröring ons gerust (ik geloof tenminste dat hij ons gerust probeert te stellen), vooral een extra procedurele waarborg.⁷⁷

Maar of kwetsbare burgers nu geholpen zijn wanneer het bestuur extra goed moet uitleggen dat zijn besluit geschikt en noodzakelijk is om zijn doelen te realiseren, dat betwijfel ik.

Maar daarnaast: ik denk dat het een misvatting is dat we steeds van het bestuur zouden moeten eisen dat ieder individueel besluit noodzakelijk is om publieke doelen te realiseren. Dat miskent de aard van algemene regels en van

het recht.⁷⁸ De drietrapsraket, wanneer we die toepassen op individuele besluiten, is fundamenteel onjuist.

Een voorbeeld uit de jurisprudentie van de voorzieningenrechter van het College van Beroep voor het bedrijfsleven.⁷⁹

Op 24 februari 2022 valt Rusland Oekraïne binnen. Oorlog in Europa! En Europa wil helpen. Zo ook een barmhartige samaritaan uit Nederland. Zij reist af naar Oekraïne en redt een drietal rottweilers van het oorlogsgeweld. De dieren biedt zij onderdak in Nederland.

Er is één probleem. Bij controle door de NVWA blijkt dat zij niet alle vereiste voorzorgsmaatregelen heeft genomen om rabiësbesmettingen tegen te gaan. En omdat in Oekraïne hondsdolheid nog met enige regelmaat voorkomt, moeten de honden enige tijd naar een quarantainelocatie van de overheid.

De dame in kwestie vindt dat niet evenredig. De maatregel is namelijk helemaal niet noodzakelijk. De minister had haar ook kunnen opdragen de honden zelf in quarantaine te houden. Zij heeft thuis voldoende ruimte en een goed toegeruste hondenkennel waar ze de honden afgezonderd kan houden. De NVWA kan er desgewenst op toezien dat alles veilig verloopt. Ze spant een kort geding aan tegen het besluit de honden in quarantaine te zetten, ondersteund door een externe deskundige die een rapport opmaakt waarin wordt onderbouwd dat in dit concrete geval het risico dat deze honden daadwerkelijk rabiës bij zich dragen, heel klein is.

De minister houdt voet bij stuk dat het beleid de dieren op een overheidslocatie in quarantaine te houden evenredig is en het besluit over deze rottweilers (dus) ook. Want alleen met die maatregel kan het grote belang van de bescherming van de volks- en diergezondheid tegen verspreiding van besmettingen met rabiës worden gediend:

“Het risico op insleep van deze ziekte in Nederland moet worden geminimaliseerd. Rabiës is een zeer gevaarlijke en besmettelijke zoönose, die hondsdolheid bij dieren en mensen kan veroorzaken en zonder snelle behandeling bij de mens dodelijk is. Oekraïne is een hoog-risicoland wat betreft rabiës. Toezicht op de naleving van thuisquarantaine is moeilijk, omdat de omstandigheden slecht te controleren zijn en dit een groot beslag legt op de beperkte handhavingscapaciteit.”⁸⁰

Dit betoog mag niet baten. Ik citeer uit de uitspraak:

“Verweerder heeft de voorzieningenrechter er niet van kunnen overtuigen dat de maatregel van afzondering van de honden onder officieel toezicht in dit specifieke geval noodzakelijk was om het daarmee te dienen doel

74 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285.

75 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, r.o. 7.9.

76 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, r.o. 7.7.

77 H.E. Bröring, 'Het evenredigheidsbeginsel als gedragsnorm voor het overheidsbestuur', *Ars Aequi* 2022/0755, p. 760. Bröring verwacht dat door de strengere eisen aan de motivering de kwaliteit van de besluitvorming zal toenemen.

78 Vergelijk R.J.N. Schlössels, 'Het ongrijpbare burgerperspectief...', *NTB* 2020/170.

79 CBB 16 juni 2022, ECLI:NL:CBB:2022:317. Dank aan Florianne Peters van Neijenhof en Karin Janssens van de NVWA, die deze casus aandroegen tijdens hun gastcollege in het kader van het mastervak Regulering en Handhaving. Een vovo maakt nog geen winter, maar de uitspraak biedt een mooie illustratie van de valkuilen van het evenredigheidsbeginsel.

80 CBB 16 juni 2022, ECLI:NL:CBB:2022:317, r.o. 10.4.

van de bescherming van de volks- en diergezondheid te bereiken en dat verweerder niet met de minder ingrijpende maatregel van – kort gezegd – thuisquarantaine had kunnen volstaan om dat doel te bereiken.”

Want:

“De partijdeskundige acht een thuisquarantaine meer op zijn plaats, onder de voorwaarde dat één maand na de rabiësvaccinatie bij de pups beschermende titers zijn aangetoond die hoger dan of gelijk zijn aan 0,5 IE/ml.”⁸¹

Waarvan akte.

“Verweerder heeft hier desgevraagd ter zitting slechts in het algemeen tegenover gesteld dat rabiës een lange incubatietijd heeft en dat quarantaine daarom noodzakelijk is. Hiermee heeft verweerder de onderbouwde stelling van de appelland met betrekking tot de concrete risico-inschatting ten aanzien van de drie honden niet afdoende weerlegd.”⁸²

Deze uitspraak illustreert vier punten.

Ten eerste: de focus in de zaak verschuift van de vraag of van de dame in kwestie geëist kan worden haar honden tijdelijk in quarantaine achter te laten, omdat quarantaine van ‘verdachte’ dieren vereist is om Nederland te vrijwaren van rabiës, naar de technische kwestie hoe groot het risico is dat juist deze honden drager zijn van het rabiësvirus en wie dit risico het beste heeft ingeschat.

Ten tweede: om te profiteren van deze intensievere evenredigheidstoets is de nodige zelfredzaamheid vereist. De dame in kwestie heeft de tegenwoordigheid van geest gehad een deskundige in te schakelen en kan met behulp van zijn rapport aantonen dat de quarantainemaatregel in haar concrete geval niet noodzakelijk is om het onderliggende doel, het vrijwaren van Nederland van rabiës, te realiseren. Althans, de minister heeft dat niet aangetoond. Onzorgvuldige besluitvorming dus.

Maar welke fundamentele waarde is hier nu in het geding? Welk beginsel, evident aanwezig in het positieve recht, rechtvaardigt dat de algemene regels vervat in het beleid van de minister hier opzij worden gezet? Ik kom er niet uit. Ten derde: de eis dat ieder individueel besluit noodzakelijk is om de met een besluit te dienen doelen te realiseren, is niet houdbaar. De regel dat honden naar een quarantainelocatie moeten wanneer er een risico is dat zij het rabiësvirus bij zich dragen, is in algemene zin geschikt en noodzakelijk om een rabiësuitbraak in Nederland te voorkomen. Er is geen fundamenteel belang dat ertoe noopt op basis van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, hier het evenredigheidsbeginsel, in concrete gevallen van die lijn af te wijken, althans, ik ziet het niet. Sterker nog, een eenduidig, uitvoerbaar beleid lijkt mij noodzakelijk om de volks- en

diergezondheid te beschermen.⁸³ Moet schaarse overheids-capaciteit worden ingezet om in elk concreet geval te bepalen of een dier daadwerkelijk een hoog risico heeft rabiës te dragen, dan komt de uitvoering van andere taken in het gedrang.⁸⁴

Overigens is er niets in de *Harderwijk*-uitspraak van de Afdeling dat suggereert dat de rechter in deze casus intensief aan het evenredigheidsbeginsel zou moeten toetsen,⁸⁵ maar het is niet alleen een kwestie van toetsingsintensiteit. Ook als norm voor het bestuur is het noodzakelijkheids criterium onwerkbaar. Moet het steeds, ongeacht het belang dat daarmee gemoeid is, nagaan of in een concreet geval een besluit wel noodzakelijk is, dan kost dat tijd en geld.⁸⁶ Dat kan dan niet besteed worden aan andere taken, of aan het zorgvuldig nemen van andere besluiten.

Enig ongemak, ook als dat in een concreet geval niet strikt noodzakelijk is, moeten burgers voor lief nemen om het samenleven mogelijk te maken. Dát beginsel is overigens wel in het bestuursrecht verankerd. Het maakt deel uit van het égalitébeginsel, waar ook geldt dat burgers moeten accepteren dat zij soms in het algemeen belang enig nadeel moeten accepteren.⁸⁷

Laten we de verplichting vast te stellen of een besluit noodzakelijk is dus beperken tot situaties waarin daadwerkelijk fundamentele waarden in het geding zijn.

6. Conclusie

Ik kom tot een conclusie. Beginselen zijn prachtig. Zij vormen de juridische vertaling van fundamentele waarden. Ze inspireren rechtsregels en in bijzondere gevallen kunnen ze zelfs rechtvaardigen dat wetten en regels opzij worden geschoven wanneer de toepassing van die regels in strijd komt met de fundamentele waarden waaraan zij uitdrukking geven.

Ook aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur hebben we veel te danken. Ze spelen een belangrijke rol in het begrenzen van de macht van het bestuur. Zij kunnen bijdragen aan kwalitatief hoogwaardige besluitvorming en ze

83 Wie wil griezelen over de gevolgen van een rabiësuitbraak, kan inspiratie vinden in deze video van Kurzgesagt over het dodelijkste virus op aarde: <https://youtu.be/4u5l8GYB79Y>.

84 Een gebrek aan efficiency leidt uiteindelijk tot een verminderde effectiviteit van overheidsbeleid. A.B. Blomberg & F.C.M.A. Michiels, *Handhaven met effect*, 's-Gravenhage 1997. Buijze 2009, par. 12, pleit voor een efficiëntietoets als invulling van het noodzakelijkheidsvereiste. In de discussie over evenredigheid is het feit dat maatwerk belastend is voor bestuursorganen uiteraard ook aan de orde gekomen. Zie bijv. R.F.B. van Zutphen & J.F.P.M. van de Wiel, ‘Kan de burger ermee uit de voeten’, in: L.C. Groen & A.M. Keppel (red.), *Wetgeving en uitvoering Preadviezen van de Nederlandse Vereniging voor Wetgeving*, Wolf Legal Publishers 2021, p. 66.

85 R.o. 7.10.

86 Vergelijk R.J.H. Bruggeman, ‘De maatwerkvens en de realiteit van de uitvoeringscapaciteit in het bestuursrecht: mogelijke oplossingsrichtingen in de happy flow en de alternative flow’, *NTB* 2023/345. Schlossels et al. 2024/320: “Inmiddels is duidelijk dat de nieuwe standaardrechtspraak het bestuur én de rechter met het nodige huiswerk heeft opgezadeld. Een goed gemotiveerde toets aan het evenredigheidsbeginsel is arbeidsintensief.”

87 M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel. Een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht (Recht en Praktijk, nr. SBI)*, Deventer: Kluwer 2010, p. 410-415.

81 CbB 16 juni 2022, ECLI:NL:CBB:2022:317, r.o. 10.5.2.

82 CbB 16 juni 2022, ECLI:NL:CBB:2022:317.

kunnen helpen voorkomen dat de overheid onnodig inbreuk maakt op de belangen van burgers.

Ze maken echter ook deel uit van een bestuursrecht, dat op een aantal punten ernstig tekort is geschoten. Het is niet evident dat een stevigere positie van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur die tekortkomingen kan oplossen. Eerst moeten we bezien in hoeverre de invulling die we geven aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zelf bijdraagt aan die tekortkomingen.

Zeker voor de procedurele waarborgen die nog steeds dominant zijn in het bestuursrecht, zelfs wanneer het gaat om materiële beginselen, geldt dat we kritisch moeten zijn op de vraag wat daar nu daadwerkelijk de effecten van zijn. Gewicht hebben ze alleen wanneer ze daadwerkelijk bijdragen aan betere besluitvorming en wanneer ze daadwerkelijk bijdragen aan het waarborgen van de belangen van burgers. En wanneer ze daar voor een bepaalde categorie burgers stelselmatig niet in slagen, dan is dat een probleem. In hoeverre dat het geval is, en hoe dat precies komt, dat weten we als bestuursrechtjuristen niet zo precies. Dat moeten we dus onderzoeken en daar hebben we hard de hulp van andere disciplines bij nodig. Daarna kunnen we kijken hoe verbetering mogelijk is.

Maar gewichtige beginselen die uitwijzen boven het positieve recht, naar het zedelijk oordeel, de scheiding van goed en kwaad, waarin het recht is gegrondvest? Dat zijn de formele beginselen van behoorlijk bestuur niet.

Willen we die zedelijkheid injecteren in het bestuursrecht, dan zou het helpen als we meer concrete materiële beginselen van behoorlijk bestuur zouden identificeren. Normen zoals het beginsel van justice Earl, die appelleren aan gedeelde morele overtuigingen en ons rechtvaardigheidsgevoel. Dat is niet eenvoudig in een complexe, pluriforme samenleving. Maar het moet wel. Procedurele waarborgen zijn geen alternatief, hooguit een aanvulling wanneer we die materiële beginselen hebben geïdentificeerd.

Dat is geen taak van alleen de rechter (die is vanwege zijn positie in de trias zelfs tamelijk beperkt in wat hij vermag), van bestuursorganen, of van wetenschappers. Het is zelfs niet alleen een taak voor de wetgever (al mag die wel wat meer thuis geven). Het is een taak voor ons allemaal.