

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/128872>

Please be advised that this information was generated on 2020-09-18 and may be subject to change.

# NIJMEGEN MIGRATION LAW WORKING PAPERS SERIES



2014/03

## Raymond Schlössels

De harde kern van behoorlijkheid  
Over rechtmatigheid, behoorlijkheid  
en de Nationale Ombudsman

ISSN            2212-7526

Nijmegen Migration Law Working Papers Series 2014/02

Centre for Migration Law  
Faculty of Law  
Radboud University Nijmegen  
P.O. Box 9049  
6500 KK Nijmegen  
The Netherlands

Editors        Carolus Grütters  
                  Ashley Terlouw

Lay-out        Hannie van de Put

Cover photo   Erik van 't Hullenaar

© 2014, Raymond Schlössels

url: <http://www.ru.nl/law/cmr/research/working-papers>

# DE HARDE KERN VAN BEHOORLIJKHEID

Over rechtmatigheid, behoorlijkheid en de Nationale ombudsman

Raymond Schlössels\*

## Abstract

The National Ombudsman and the other 'ombudsmen' review complaints on the conduct of administrative bodies (Art. 9:17 General Administrative Law Act, GALA; in Dutch: Awb). They do this on the basis of 'propriety', following from Art. 9:27 GALA. The same law assumes that the administrative courts will judge according to the law. Thus Art. 8:77(2) GALA states that in a founded appeal, the administrative judge in its judgment mentions which written or unwritten rule or general principle of law is violated. This seems to suggest that giving an opinion on proper conduct (by an ombudsman) and judging by the law (by a judge) are substantially different activities. That there is a difference is not in question. Nevertheless, also the GALA incorporates a certain consistency between propriety and justice.

## Keywords

National Ombudsman, administrative law

*'Wat kneedbaar is, biedt echter geen stevig houvast. Verharding, nadat vaardig en gevoelig is gemodelleerd, kan de beschermende functie van het bestuursrecht in de samenleving ten goede komen.'*

## 1. Inleiding

Het bovenstaande citaat is afkomstig uit het klassieke artikel 'De zachte kern van het bestuursrecht'. Duk publiceerde dit in 1978.<sup>1</sup> In dit artikel belicht hij een vijftal kernbegrippen van ons bestuursrecht. Hij stelt vast dat deze kneedbaar zijn. Zij kunnen worden aangepast aan de ontwikkelingen en verwachtingen in dit rechtsgebied. Een van deze rechtsfiguren is het begrip beleidsvrijheid. Beleidsvrijheid vormt de 'zachte' kern van veel bestuursbevoegdheden. Binding van bestuurlijke discretie aan het recht is volgens Duk een kernvraagstuk van het moderne bestuursrecht. Volgens hem bieden de beginselen van *behoorlijk* bestuur – en daarin staat hij bepaald niet alleen – de sleutel voor het oplossen van dit probleem. Deze beginselen verbinden de wereld van recht en behoor-

---

\* R.J.N. Schlössels is als hoogleraar staats- en bestuursrecht verbonden aan de Radboud Universiteit Nijmegen. Dit paper is eerder verschenen in: K. Groenendijk et al., *Issues that Matter. Mensenrechten, minderheden en migranten. Liber amicorum voor prof. mr. R. Fernhout*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2013, pp. 301-311.

1 W. Duk, 'De zachte kern van het bestuursrecht', *RM Themis* 1978, p. 564. Zie voor het citaat p. 587.

lijkheid. Zij maken duidelijk dat recht meer is dan een systeem van *geldende* 'als ... dan' normen.

Het artikel van Duk, de beginselen van behoorlijk bestuur en het verleden van Roel Fernhout als Nationale ombudsman vormden de opmaat voor het schrijven van deze bijdrage. Vooral de invulling van de behoorlijkheidsnorm door de Nationale ombudsman lijkt een passend thema voor deze bundel. Ook deze is kneedbaar. Roel stond bijvoorbeeld aan de wieg van wat ik gemakshalve noem de 'ontkoppeling' van rechtmatigheid en behoorlijkheid. Door zijn ambtsopvolger Alex Brenninkmeijer is deze scheiding op scherp gesteld. Dit leidde in de jaren 2005-2008 tot een pittig wetenschappelijk debat. Daarna werd het rustiger. Maar de meningsverschillen bleven. Het loont daarom de moeite om de discussie opnieuw te belichten. Centraal staat de vraag of het wenselijk is met het oog op het klachtrecht een knip te plaatsen tussen de wereld van recht en behoorlijkheid. Eerst wordt de achtergrond van deze knip belicht. Vervolgens wordt ingegaan op enkele preoccupaties met betrekking tot rechtmatig bestuur. Ten slotte wordt de ontkoppeling van rechtmatigheid en bestuurlijke behoorlijkheid gewogen.

## 2. De ontkoppeling van rechtmatigheid en behoorlijkheid

De Nationale ombudsman en de overige 'ombudsmannen' beoordelen klachten over gedragingen van bestuursorganen (vgl. art. 9:17 Awb). Zij doen dit aan de hand van de 'behoorlijkheid'. Naar geldend recht volgt dit uit art. 9:27 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Diezelfde wet gaat er vanuit dat de bestuursrechter aan het recht toets. Zo bepaalt art. 8:77 lid 2 Awb dat bij een gegrond beroep de bestuursrechter in zijn uitspraak vermeldt welke geschreven of ongeschreven rechtsregel of welk algemeen rechtsbeginsel volgens hem is geschonden. Hiermee lijkt de Awb te suggereren dat het geven van een oordeel over behoorlijkheid (door een ombudsman) en toetsing aan het recht (door een rechter) wezenlijk verschillende activiteiten zijn; dit nog afgezien van het verschil in 'binding' dat uitgaat van een oordeel enerzijds en een rechterlijke uitspraak anderzijds.

Dat er een verschil bestaat staat niet ter discussie. Toch gaat ook de Awb uit van een zekere samenhang tussen behoorlijkheid en recht. Het wat flauwe argument dat de Awb de behoorlijkheid in art. 9:27 lid 1 Awb transformeert tot rechtsnorm laat ik dan nog buiten beschouwing. Er zijn betere argumenten. Zo bepaalt het tweede lid van art. 9:27 Awb dat indien de ombudsman moet oordelen over een gedraging waarover door een rechterlijke instantie uitspraak is gedaan hij de *rechtsgronden* in acht neemt waarop die uitspraak

steunt of mede steunt.<sup>2</sup> In voorkomende gevallen zal hij zijn oordeel dus mede moeten baseren op het recht. Daar is ook reden toe, en niet alleen met het oog op de rechtseenheid en rechtszekerheid. Zelfs de meest geharde positivist zal tegenwoordig niet meer betogen dat het recht volstrekt los staat van ethiek, maatschappelijke behoorlijkheid en rechtvaardigheid. Als het goed is weerspiegelt het recht eisen van behoorlijkheid, ethiek en billijkheid. Zo beschouwd impliceert een rechtmatige uitspraak van een rechter een oordeel over behoorlijkheid.<sup>3</sup> Namelijk die behoorlijkheid die in het recht ligt besloten.

Het recht is geen wiskundig systeem. Het is ook niet louter conditioneel ('als ... dan') bepaald, maar deels – via rechtsbeginselen – richtinggevend van aard. Er is sprake van een afgewogen stelsel van diverse *checks and balances*. Wat dit laatste betreft is niet onbelangrijk dat het hedendaagse bestuursrecht de notie 'regel is regel' aanzienlijk nuanceert. Zo gaat in de algemene codificatie van dit rechtsgebied – die de Awb beoogt te zijn – veel aandacht uit naar maatwerk, of duurder gezegd naar het realiseren van 'individuele rechtvaardigheid'. Bekend zijn de wettelijke uitwerkingen van het evenredigheidsbeginsel die recht beogen te doen aan de omstandigheden van het geval, zowel binnen als buiten het sanctierecht (zie i.h.b. art. 3:4 lid 2, art. 4:84, 5:32b lid 3 en art. 5:46 lid 2 en 3 Awb). Hier worden, als het goed is, recht en behoorlijkheid gebonden tot rechtvaardigheid in concreto.

Recht en behoorlijkheid zijn hecht met elkaar verweven. Met het oog op het klachtrecht is de verbondenheid van recht en behoorlijkheid in het verleden terecht niet in twijfel getrokken. De Nationale ombudsman vulde de behoorlijkheid onder meer in aan de hand van het recht. Het beoordelen van behoorlijkheid werd echter ruimer genomen dan een zuiver juridische toets. Maar dit deed niet af aan het vertrekpunt: te weten de vraag of de overheid in overeenstemming met het recht had gehandeld.

Ter gelegenheid van het vijftienvigjarig bestaan van het ambt van Nationale ombudsman bracht Damen de ontwikkeling van het behoorlijkheidskader onder de verschillende ambtsdragers (J.F. Rang, M. Oosting, R. Fernhout en A. Brenninkmeijer) in kaart.<sup>4</sup> Tot 2005 was een hechte binding tussen recht en behoorlijkheid vanzelfsprekend. Het bekende '*lijstje van Oosting*' en de '*rechtmatigheid plus*'-benadering maakten bovendien duidelijk dat onrechtmatig handelen van een bestuursorgaan tevens onbehoorlijk was.

---

2 Gelet op het wettelijk bevoegdheidssysteem kan de (Nationale) ombudsman geen oordeel geven over een gedraging ten aanzien waarvan door een bestuursrechter uitspraak is gedaan. Zie art. 9:22 aanhef en onder d Awb.

3 Let wel: het betreft hier geen volledig oordeel over behoorlijkheid simpelweg omdat het recht niet alle aspecten van behoorlijkheid omspant.

4 L.J.A. Damen, 'Behoorlijk, en ook rechtmatig, of juist eerlijk?', *NTB* 2008-2, p. 40 e.v.

Pas vanaf ongeveer 2005, nog onder Roel Fernhout, werden de bakens verplaatst. Op basis van Utrechts onderzoek<sup>5</sup> kwam het tot een ontkoppeling van recht en behoorlijkheid. Uitgangspunt werd dat gedragingen van de overheid (in beginsel) de maat wordt genomen aan de hand van *autonome* normen van behoorlijkheid.<sup>6</sup> Dit zijn geen rechtsnormen, hoewel zij meestal hiervan zijn afgeleid of (omgekeerd) hier tot zijn te herleiden. Onder opvolger Alex Brenninkmeijer is de ontkoppeling vervolgens verder op scherp gesteld. Dit leidde tot een pittig debat in de literatuur. Over en weer werd forse kritiek geuit. De Utrechtse en Amsterdamse onderzoekers verweten, wat ik maar noem, de ‘klassieken’ een ‘principeer onjuiste visie’ op de status van het behoorlijkheidsoordeel van de Nationale ombudsman.<sup>7</sup> De ‘klassieken’ – Damen voorop – spraken op hun beurt over de nieuwe ‘opslokbenadering’ van de Nationale ombudsman en over een ‘denkfout.’<sup>8</sup> Brenninkmeijer nam deel aan de discussies. Hierop werd eveneens kritiek geuit.<sup>9</sup>

Hoe dan ook, tot op heden is de scheiding tussen de wereld van rechtmatigheid en behoorlijkheid door de Nationale ombudsman gehandhaafd. Te wijzen valt op de Behoorlijkheidswijzer en op de jaarverslagen.<sup>10</sup>

### 3. De argumenten voor ontkoppeling

Er zijn twee met elkaar verweven argumenten voor ontkoppeling van recht en behoorlijkheid. Het eerste argument betreft de eigen aard van het oordeel van de ombudsman. Het tweede argument houdt verband met de staatsrechtelijke functie en positie van de (Nationale) ombudsman.

#### 3.1 Versmalde horizon en rechtsvorming

Een te sterke focus op het recht zou de horizon van het behoorlijkheidsoordeel versmallen. Door een scheiding van recht en behoorlijkheid wil men voorkomen dat het oordeel over behoorlijkheid te veel op een lijn wordt gesteld met een juridische toets. In de literatuur is erop gewezen dat vooral in oudere oordelen van de Nationale ombudsman te veel de nadruk is gelegd op wettelijke nor-

---

5 Zie Ph. Langbroek & P. Rijpkema (red.), *Ombudsprudentie*, Den Haag: BJu 2004.

6 Vgl. voor kritiek, in reactie op het *Jaarverslag 2004*, R.J.N. Schlössels, ‘Kroniek Beginzelen van behoorlijk bestuur’, *NTB* 2005-7, p. 253.

7 P. Rijpkema & Ph. Langbroek, ‘Behoorlijk onrechtmatig. Over de aard van de behoorlijkheidstoetsing’, *NTB* 2008-8, p. 253 e.v., i.h.b. p. 254.

8 Damen 2008, p. 42-43.

9 Damen 2008, p. 40.

10 Zie bijv. ‘Een vertrouwde overheid’. *Verslag van de Nationale ombudsman over 2011*, p. 6-7, onder verwijzing naar ‘Regel is regel is niet genoeg’. *Jaarverslag Nationale ombudsman 2006*.

men.<sup>11</sup> Hierdoor zou het autonome karakter van de behoorlijkheidstoets zijn verwaterd: *rechtmatigheid-behoorlijkheid* en *onrechtmatigheid-onbehoorlijkheid* zouden teveel als koppels hebben gefungeerd.

Volgens de voorstanders van ontkoppeling kan het recht nooit volledig synchroniseren met de normen van behoorlijkheid. De abstract-conditionele structuur waarin de wetgever rechtsoordelen geeft maakt dit onmogelijk. Maatwerk is niet zijn sterke kant. De rechter kan in individuele gevallen corrigeren via rechtsvinding en rechtsvorming. Hij kan proberen in (zeer) nijpende situaties maatwerk te leveren, zelfs in afwijking van de wet. Maar ook hij kan zich niet volstrekt loszingen van gezaghebbende wettelijke regels en de uitdrukkelijke wil van de wetgever.<sup>12</sup> Juist daarom is er behoefte aan een zelfstandig, gezaghebbend oordeel dat ziet op de behoorlijkheid van overheidsoptreden.

Wanneer de Nationale ombudsman zich vooral oriënteert op het recht komt bovendien een staatsrechtelijk probleem in beeld. Dit probleem brengt ons bij het tweede argument voor ontkoppeling. Dit argument – in hoeverre het hout snijdt is vers twee – houdt in dat de Nationale ombudsman geen rechtsvormer is. Hij kan geen bindende oordelen geven over de toepassing van het recht. De voorstanders van ontkoppeling erkennen dat rechter en ombudsman over en weer rekening kunnen houden met ontwikkelingen binnen ‘hun’ normensysteem. Maar een rechter kan niet los van het recht oordelen over de behoorlijkheid van overheidshandelen en de ombudsman kan geen bindend rechtsoordeel geven. Een zodanig oordeel zou zijn gezag zelfs ondermijnen indien hij zou afwijken van gangbare rechtsopvattingen.<sup>13</sup> Ook dit zou pleiten voor een scheiding van de normatieve kaders.

### **3.2 Het recht volgens de Nationale ombudsman: recht en ethiek**

Voordat ik de argumenten voor ontkoppeling van commentaar voorzie, is het zinvol kort aandacht te besteden aan het theoretisch denkraam van de Nationale ombudsman. Waarom streven naar een ontkoppeling van rechtmatigheid en behoorlijkheid? Vooral Alex Brenninkmeijer heeft zijn visie neergelegd in jaarverslagen, wetenschappelijke bijdragen en lezingen. Het ontbreekt in deze bijdrage aan ruimte om in detail op deze publicaties in te gaan. Maar dit hoeft ook niet. Representatief zijn de in 2006 voor de Vereniging van Be-

---

11 Zie naast het aangehaalde onderzoek uit 2004 de beschouwing van Ph. Langbroek & P. Rijkema, ‘Ombudsprudentie in ontwikkeling’, in: *Werken aan behoorlijkheid. De Nationale ombudsman in zijn context*, Den Haag: 2007 BJu, p. 269 e.v., i.h.b. p. 274 e.v.

12 Zie de analyse van Rijkema & Langbroek 2008, p. 255-256.

13 Vgl. Rijkema & Langbroek 2008, p. 258.



stuurskunde gegeven Van Slingelandt-lezing<sup>14</sup> en een bijdrage van Brenninkmeijer in het *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* in 2008.<sup>15</sup>

In de genoemde lezing ontvouwt Brenninkmeijer een eigenzinnige en niet eenvoudig te ontsluiten visie op recht en behoorlijkheid. Maar misschien schuilt achter een ingewikkeld betoog een eenvoudig concept. Op de eerste plaats valt op dat hij rechtmatig bestuur ziet als bestuur dat voldoet aan 'geldende' juridische normen. Het gaat om, wat hij noemt, de 'normatieve categorie'. Deze plaatst hij tegenover de zijns inziens descriptief te benaderen notie van 'eerlijkheid'<sup>16</sup> die, zo stelt Brenninkmeijer, voor burgers de operationalisering is van de rechtvaardigheid. Hij lijkt deze 'eerlijkheid' vooral in het teken te stellen van procedurele rechtvaardigheid. Verder is het de burger te doen om de menselijke maat, correcte bejegening en vertrouwen in zijn overheid. Behoorlijkheid, zo begrijp ik Brenninkmeijer, vormt de maatstaf om te beoordelen of de burger *zijn* rechtvaardigheidsbeleving heeft gehad. Hij ziet behoorlijkheid als een hoofdzakelijk ethische categorie.

Als ik het betoog van Brenninkmeijer goed begrijp dan staat dit vooral in het teken van twee soorten normen, te weten de geldende, positieve rechtsnormen en de normen van bestuursethiek.<sup>17</sup> Kort en krachtig: het klassieke duo *recht en ethiek*. En met dit inzicht steekt Brenninkmeijer nu niet bepaald de Rubicon over. Het is daarom niet vreemd dat hij de beginselen van behoorlijk bestuur ziet als een belangrijk dwarsverband tussen harde wettelijke normen en bestuursethiek. Eigenlijk levert zijn betoog in zoverre geen argument op voor een strikte waterscheiding tussen de wereld van recht en behoorlijkheid (of zoals Brenninkmeijer het noemt 'nevenschikking'). Zijn betoog nodigt juist uit tot het zoeken naar normatieve dwarsverbanden.

### 3.3 De visie op recht: een gekleurde bril?

Brenninkmeijer dicht het recht enkele opmerkelijke eigenschappen toe. De te-  
neur is per saldo wat negatief. Ik noem drie punten. Zo betoogt hij dat recht-  
matigheid een institutioneel belang betreft en behoorlijkheid een belang van

---

14 De Van Slingelandt-lezing van Alex Brenninkmeijer is in bewerkte vorm onder de titel 'Eerlijk bestuur: over rechtmatigheid en behoorlijkheid' gepubliceerd in het tijdschrift *Bestuurskunde*, 2007-1, p. 58 e.v.

15 A.F.M. Brenninkmeijer, 'De architectuur van behoorlijk bestuur', *NTB* 2008-2, p. 33 e.v.

16 Hij spreekt over 'procedural justice'.

17 Opmerkelijk is in dit verband dat Brenninkmeijer 'ethisch gedrag' blijkbaar niet, althans niet primair, ziet als 'normgestuurd'. Zie Brenninkmeijer 2007, p. 61. In mijn optiek is ook hier sprake van de sturing van gedrag door normen, alleen het zijn geen afdwingbare juridische normen. De wereld van de handeling kan pas goed worden begrepen via het stelsel van normen dat daarop van toepassing is. Norm en handelingssituatie horen bij elkaar, louter beschrijving (descriptie) schiet tekort. Vgl. G.M.A. van der Heijden, *Een filosofie van behoorlijk bestuur* (diss. UvA), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 103.

de burger is.<sup>18</sup> Vervolgens – zie het niet onomstreden en wat duistere ‘Ombudskwadrant’<sup>19</sup> – dicht hij rechtmatigheid een zakelijke dimensie toe en behoorlijkheid een relationele. Ten slotte gaat hij er vanuit dat het uitvergroten van de juridische aspecten van een geschil kan leiden tot conflict en escalatie.

Al met al leest dit als een negatieve of op zijn minst gekleurde visie op ‘recht’; althans, op het type recht dat bepalend is voor de relaties tussen overheid en burger. Het beeld dat Brenninkmeijer oproept met betrekking tot behoorlijkheid is veel warmer. Het realiseren van behoorlijkheid leidt volgens hem tot aanvaarding en vertrouwen.<sup>20</sup> Tegen deze achtergrond laat hij doorschijnen dat hij het juridisch kader (hoofdstuk 9 Awb) van de ombudstaak als een beperking ervaart.<sup>21</sup>

#### 4. Enkele argumenten gewogen

Het valt in de argumentatie van de Nationale Ombudsman (of van Alex Brenninkmeijer?) op dat hij het recht als systeem van normen eendimensionaal be licht. Negatieve eigenschappen worden uitvergroet. Op basis van dit negatieve beeld van het recht wordt een nevensgeschikt autonoom stelsel van behoorlijkheid verdedigd.

##### 4.1 Recht: institutioneel versus relationeel

Op de visie van de Nationale ombudsman valt af te dingen. Op de eerste plaats is er de opvatting dat rechtmatigheid een *institutioneel* belang vertegenwoordigt. Dat rechtsnormen gerelateerd zijn aan verbanden en systemen (de overheid, de maatschappij, de rechtspersoon enz.) valt niet te ontkennen. Sommige abstracte juridische noties, zoals ‘de rechtsstaat’, vertegenwoordigen inderdaad vooral – of in ieder geval primair – een institutionele waarde. Het recht als systeem treedt hier op de voorgrond. Zo omspant het bestuursrecht van oudsher de normen die tot doel hebben overheidsmacht, die inherent is aan het staatsverband, te binden aan het recht. Tegen deze achtergrond had de bestuursrechter lange tijd een controlerende, toetsende taak. Rechtshandha-

---

18 Brenninkmeijer 2007, p. 61.

19 Het betreft een schematische weergave van de verhoudingen tussen recht en behoorlijkheid. Door mij wel eens gekwalificeerd als ‘ingewikkeld vakjargon’ (zie de kroniek ‘Beginselen van behoorlijk bestuur’, *NTB* 2006-10, p. 351). Van het schema bestaan, zoals Damen signaleerde (Damen 2008, p. 43), verschillende varianten. In het ‘kwadrant’ wordt behoorlijkheid van handelen (= relationeel geladen) afgezet tegen rechtmatigheid van handelen (= zakelijk geladen). Dit leidt dan tot verschillende combinaties die geprojecteerd kunnen worden op overheidsactiviteit. Zo is de aanname dat een overheid die weinig investeert in rechtmatigheid en behoorlijkheid vervalft tot passiviteit en gedogen.

20 Brenninkmeijer 2007, p. 64.

21 Brenninkmeijer 2008, p. 38.

ving, ook los van concrete belangen, vertegenwoordigt hierbij vooral een systeemwaarde. Ook los van de rechtspositie van individuele burgers behoren onrechtmatige besluiten waartegen beroep is ingesteld uit de rechtsorde te worden verwijderd. De handhaving van het objectieve recht staat dan centraal.

Maar het recht heeft noodzakelijkerwijs óók een subjectieve (aan individuele rechtssubjecten te relateren) dimensie. Het erkent en beschermt individuele belangen. Een objectieve rechtsnorm is vrijwel zinledig als deze niet wordt gezien in relatie tot rechtssubjecten en hun belangen. Het is dit gezichtspunt dat in het hedendaagse bestuurs(proces)recht terecht meer aandacht krijgt. In de sfeer van de rechtsbescherming wordt gezocht naar de juridische wereld achter de objectieve normschending. Het voorkomen van individuele benadeling en het beschermingsbereik van rechtsnormen (relativiteit) krijgt beduidend meer aandacht dan in het verleden. Als afgeleide hiervan gaat in bestuursrechtelijke geschillen bovendien meer aandacht uit naar finale geschilbeslechting. De *relationele* dimensie van het bestuursrecht komt zo beter voor het voetlicht, zeker nu de bestuursrechter meer voelsprietten ontwikkelt voor conflictoplossing en -beheersing. Het afdoen van rechtmatigheid als een louter 'institutioneel' belang is daarom te eenzijdig. Het recht is op zijn minst 'relationeel' geladen.

Ook de gedachte dat het burgers vooral te doen is om de vraag of zij eerlijk zijn behandeld en dat zij daarop hun rechtvaardigheidsgevoel baseren valt mijns inziens vaak niet te ontkoppelen van de vraag of zij hebben gekregen waarop zij 'recht' (menen te) hebben: een vergunning, uitkering of subsidie. Individuele rechtsbedeling, rechtvaardigheidsbeleving ('maatwerk') en geschilbeslechting als intersubjectieve activiteit gaan steeds hand in hand. Dit geldt ook voor *procedure* (besluitvorming-bejegening) en *inhoud* (aanspraak/plichtrechtvaardigheid).

## 4.2 Recht en conflictopwekking

Bij de schets van het recht als zakelijk, conflictopwekkend systeem past eveneens een kanttekening. In mijn optiek is het niet het recht, althans niet primair het recht dat conflicten opwekt. Het gaat erom de werkelijke oorzaken te achterhalen. Zo voeren conflicten tussen overheid en burger vaak terug op een inflexibele bestuurscultuur en op een starre wijze van rechtstoepassing. Op wetgevingsniveau is een overmatige politieke 'innoveerdrijf' regelmatig debet aan conflictopwekkende wetgeving.<sup>22</sup> Het recht als zodanig kan een conflictopwekkende bestuurscultuur maar beperkt bijsturen.

---

22 Veel hedendaagse bestuurswetgeving is helaas niet meer dan 'wegwerprecht'. Al te frequente wetwijzigingen op politiek-beleidsmatige gronden tasten de rechtszekerheid en het vertrouwen van de burger in de overheid aan. Zie over deze innovatiedrijf in kritische zin bijv. C.A.J.M. Kortmann, 'Beginselloosheid in het bestuursrecht', in: R.J.N. Schlös-

Toch is er een belangrijke *juridische* norm die hier als ijkpunt fungeert: het uitgangspunt van een dienende overheid. Naleving van de verschillende elementen van dit principe zou veel conflicten tussen overheid en burger kunnen voorkomen. Ik werkte dit eerder uit en gaf met betrekking tot het hedendaagse bestuur de kansen en bedreigingen aan.<sup>23</sup>

Een dienende overheid staat volledig in dienst van de gemeenschap. Zij moet het algemeen belang nastreven op een onbevooroordeelde wijze, met open vizier onder respectering van individuele belangen. De gemeenschap 'dienen' impliceert dus veel meer dan een goede dienstverlening. Met name het moderne concept van de dienstverlenende overheid die bedrijfsmatig werkt en productiviteit centraat stelt, schiet vanuit een dienend perspectief tekort.

In dit verband zijn verschillende inzichten van belang. Een van deze inzichten is treffend door Brenninkmeijer belicht. Het openbaar bestuur is een systeem dat met mensen moet communiceren, maar dat daartoe maar beperkt in staat blijkt te zijn: de 'onbegrijpelijke overheid'.<sup>24</sup> De 'interface' is vaak (te) gebrekkig. Het belang van persoonlijke aandacht en de menselijke maat kan daarom niet voldoende worden onderstreept. Een goede interface kenmerkt zich niet door tribunalen in het kader van een bezwaarschriftprocedure en door ambtenaren die als 'terriërs' besluiten tot het uiterste verdedigen.<sup>25</sup> Maar ook niet door gedigitaliseerde besluitvormingsprocessen en elektronische balies die wars zijn van maatwerk waardoor mensen verst(r)ikken in een digitaal web.

Er zou daarom veel meer aandacht moeten uitgaan naar de gevolgen van de digitalisering voor de dienende functie van de overheid (dus niet te verwarren met haar dienstverlenende functie!). De digitalisering van de overheid staat momenteel nog te eenzijdig in het teken van kostenbeheersing en doelmatigheid. Dit leidt gemakkelijk tot verlies aan functionaliteit en maatwerk. Ook wordt de communicatie tussen overheid en burger – anders dan men misschien zou verwachten – bemoeilijkt. Sommige overheden lijken tegenwoordig volstrekt van de burger afgeschermd door een digitale firewall. In het meest recente jaarverslag wijst ook de Nationale ombudsman terecht op de schaduw-

---

sels, A.J. Bok e.a. (red.), *In beginsel. Over aard, inhoud en samenhang van rechtsbeginselen in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 358.

23 R.J.N. Schlössels, 'Bestaat er nog een dienende overheid? Kritische opmerkingen vanuit het perspectief van de decentrale overheid', *Gst.* 2010, nr. 102 (7343), p. 510 e.v.

24 Zie 'Mijn onbegrijpelijke overheid', *Verslag van de Nationale ombudsman over 2012*.

25 Ik ontleen deze kwalificatie aan het rapport B.W.N. de Waard e.a. (red.), *Ervaringen met bezwaar. Onderzoek naar de ervaringen van burgers met de bezwaarschriftprocedure uit de Algemene wet bestuursrecht*, Den Haag: BJu 2011, p. 183.

zijde van de digitale overheid.<sup>26</sup> Hierbij komt dat digitale besluitvormingsprocessen (nog) niet goed overweg kunnen met hardheidsclausules<sup>27</sup> en discretionaire bevoegdheden. Individuele rechtsbedeling, rechtvaardigheid en daarmee ook behoorlijkheid staan hierdoor onder druk.

Mijn stelling is dus dat niet het recht als zodanig leidt tot conflicten, maar vooral de wijze waarop de overheid het recht toepast. Belangenidentificatie bij bestuur en ambtenaren (het 'niet boven de zaak kunnen staan') en digitalisering zijn eveneens gevaren. Een ander gevaar dat niet onvermeld mag blijven – ik ging daar al eerder op in<sup>28</sup> – betreft de sterke nadruk die door het politiek management wordt gelegd op het bedrijfsmatige karakter van de overheid. Een rechtsstatelijke overheid kan en mag niet eenzijdig haar oren laten hangen marktprincipes. Dit schaadt haar principieel dienende functie en daarmee het vertrouwen van de burger.

### 4.3 Een legistische preoccupatie?

Een verwijt aan het adres van Brenninkmeijer betreft zijn smalle blik op 'recht'. Damen sprak over een het nogal bruto reduceren van rechtmatigheid tot wetmatigheid en van legisme.<sup>29</sup> Aan de hand van een aantal voorbeelden toonde hij aan dat de idee van scheiding van recht een behoorlijkheid te verklaren is vanuit een beperkte aandacht voor ongeschreven recht, rechtsbeginselen en de samenhang van rechtsnormen. De ontkoppelingstheorie heeft met andere woorden te weinig aandacht voor de *checks and balances* in het recht en voor het verband tussen rechtsregels en rechtsbeginselen. Dit is een weeffout.

Een en ander heeft geleid tot discutabele 'ombudsprudentie'. Zo bleek de door de Nationale ombudsman omarmde categorie '*onrechtmatig, toch behoorlijk*' soms eenvoudig en overtuigend herleidbaar tot '*rechtmatig en behoorlijk*'. Bekend werd het voorbeeld van de 'bean bag'.<sup>30</sup> Het betrof een oordeel over de aanhouding van een verdachte door middel van een 'bean bag' (ook wel: 'stunbag'). Dit is een zakje gevuld met kogeltjes waarmee een aan te houden persoon op relatief korte afstand tijdelijk 'buiten gevecht' kan worden gesteld. De 'bean bag' wordt afgevuurd met een speciaal geweer. Het risico op een ernstige wond is in vergelijking met scherpe munitie zeer beperkt. In casu was

---

26 'Mijn onbegrijpelijke overheid', *Verslag van de Nationale ombudsman over 2012*, p. 10 en 12.

27 Hierover C.L.G.F.H. Albers, 'Hardheidsclausules in het recht: "dura lex, sed lex"?', in: R.J.N. Schlössels, A.J. Bok e.a. (red.), *In de regel. Over kenmerken, structuur en samenhang van geschreven en ongeschreven regels in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2012, i.h.b. p. 103 e.v.

28 Zie mijn kronieken 'Beginselen van behoorlijk bestuur' in het *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* (zie i.h.b. *NTB* 2002-1, p. 19 e.v.; *NTB* 2007-6, p. 223).

29 Damen 2008, p. 43.

30 No. 18 juli 2006, rapport 2006/247 (*bean bag*).

de 'beanbag' ingezet zonder wettelijke grondslag, maar in een geval waarin met scherp *mocht* worden geschoten. De Nationale ombudsman oordeelde dit onrechtmatig maar toch behoorlijk.

In de literatuur werd er direct op gewezen dat men via de weg van het (ongeschreven) evenredigheidsbeginsel – een cruciale rechtsnorm – vrij eenvoudig tot de conclusie kon komen dat er wel degelijk sprake was van rechtmatig handelen. De evenredigheidsnorm zette in concreto immers de toepasselijke geweldsinstructie terzijde. Er was door de politie weloverwogen en terecht gekozen voor een minder gevaarlijk middel in afwijking van regels die gewelddadiger optreden toestonden. Wat mag eigenlijk meer van rechtsstatelijk en behoorlijk overheidsoptreden worden verlangd? Binnen de ware rechtsstaat is 'regel' niet altijd 'regel'.

In hun *NTB*-bijdrage verwierpen de onderzoekers Rijpkema en Langbroek in 2008 het verwijt van 'legisme'. Zij verdedigden opnieuw de ontkoppeling van 'rechtmatigheid' en 'behoorlijkheid' (vgl. de hiervoor genoemde argumenten). Opmerkelijk was echter dat zij tussen de regels door lieten blijken dat er meestal niet veel licht zal schijnen tussen beide. Ook wezen zij erop dat het gezag van het oordeel van de ombudsman is gediend met het *aansluiten* bij bestaande rechtsnormen, zij het dat deze zich niet mag opstellen als zelfstandige 'rechtsvormer'. Enigszins verstoep in een voetnoot (noot 29) toonden zij zich bovendien minder gelukkig met de uitwerking van hun denkraam door de Nationale ombudsman.<sup>31</sup> Hiermee lijkt een opening te zijn geboden voor nieuw debat.

## 5. Naar een nieuw debat over behoorlijkheid en recht...

Ik maak de balans op. Is een strikte scheiding of nevenschikking van rechtmatigheid en behoorlijkheid vruchtbaar wanneer het aankomt op het beoordelen van klachten? Ik meen van niet. Men moet hier niet forceren. De Nationale ombudsman is natuurlijk geen rechtsvormer zoals een (hoogste) rechter dat is of kan zijn. Maar hij is zonder twijfel een gezaghebbend speler op het gebied van de rechtstoepassing. De Nationale ombudsman kan geen recht vormen zoals de wetgever en de bestuursorganen dat doen. Maar hij staat midden in de bestuursrechtelijke werkelijkheid waar rechtsbeginselen groeien en bloeien.

Rechtsvorming in ruime zin is een interactief proces waarbij veel actoren zijn betrokken. Ook de (Nationale) ombudsman. Een ombudsman die zich te veel buiten het speelveld van het recht plaatst, past daar niet bij. Dit draagt ook niet bij aan zijn rechtsstatelijk gezag. Bovendien doet hij geen recht aan zijn expertise wanneer hij niet voortdurend vanuit het perspectief van de be-

---

31 Rijpkema & Langbroek 2008, p. 258-259.

stuursethiek reflecteert op het geldend recht. Het hedendaagse, in hoge mate technische bestuursrecht heeft deze ethische spiegel hard nodig. Ik ben er in dit verband niet bang voor dat een weloverwogen optreden het gezag van het 'ombudsambt' zou schaden.

In deze bijdrage is naar voren gekomen dat er het nodige valt af te dingen op de door de Nationale ombudsman omarmde 'ontkoppeling' van rechtmatigheid en behoorlijkheid. De scheiding lijkt zonder noodzaak op scherp te zijn gesteld. Zij leunt bovendien op enkele discutabele aannames met betrekking tot het wezen van 'recht'. Formalisering en juridisering toeschrijven aan het recht als zodanig is te eenvoudig. Het lijken vooral processen van bureaucratisering, digitalisering, marktwerking en politiek opportunisme die de overheid maken tot een systeem waarin burgers zich vaak niet herkennen. Deze processen kunnen het recht ontwrichten doordat er niet langer een noodzakelijk evenwicht wordt gevonden tussen de waarborgfunctie van het recht en de instrumentele functie. Recht is veel meer dan een gereedschapskist voor beleidsmakers. Recht moet het overheidsoptreden legitimeren. Zonder behoorlijkheid lukt dat niet.

Het geheel van normen dat het recht aanreikt ter beoordeling van het handelen van ons openbaar bestuur bestaat niet alleen uit conditionele regels. Dit inzicht is cruciaal. Rechtsbeginselen vormen een onmisbaar complement. De 'regel is regel'-karikatuur van het recht doet de juridische werkelijkheid tekort. Ook de dwarsverbanden tussen recht (regels en beginselen), ethiek en behoorlijkheid komen zo onvoldoende aan bod. Vertrekpunt zou mijns inziens moeten zijn dat recht en behoorlijkheid niet alleen onderling zijn verweven, maar dat zij elkaar nodig hebben. Behoorlijkheid alleen heeft geen tanden; rechtsregels die een kern van behoorlijkheid ontberen, missen legitimatie. Vooral op het niveau van de rechtsbeginselen (met als aansprekend voorbeeld de algemene beginselen van behoorlijk bestuur) zijn de dwarsverbanden tussen recht en behoorlijkheid manifest.

Tegen deze achtergrond heeft de door de Nationale ombudsman verlaten 'rechtmatigheid plus'-benadering geen slechte papieren. Zij scheidt duidelijkheid en verbindt recht en behoorlijkheid. *Conditio sine qua non* voor een behoorlijk optreden van de overheid is naar mijn overtuiging de rechtmatigheid van dat optreden. Tenminste als men de normatieve idee van de rechtsstaat niet tekort wil doen. Het recht vormt de harde kern van bestuurlijke behoorlijkheid.

Recht moet men, zoals gesteld, ruim opvatten. Door de dikke secundaire laag van wettelijke regels moet de blik steeds zijn gericht op de essentiële uit-



gangspunten van de rechtsstaat,<sup>32</sup> op de grond- en mensenrechten, op fundamentele rechtsbeginselen (bijv. evenredigheids-, gelijkheids- en bevoegdheidsbeginsel), maar ook op het uitgangspunt van een dienende overheid. Het gaat hier om juridische kernwaarden die tevens de harde kern van de behoorlijkheid vormen. Naast deze kernwaarden zijn er de overige rechtsbeginselen als derde normatieve laag. Deze komen in beeld waar het overheidsoptreden niet of onvoldoende door de wet wordt genormeerd. Deze laag van beginselen vloeit geleidelijk over in normen van behoorlijkheid die (nog) niet behoren tot de vaste juridische massa maar die hier wel nauw mee in verband staan.

Men kan hier spreken over normen van bestuursethiek of behoorlijke bejegening. Over deze 'laag' van normen waakt de Nationale ombudsman in het bijzonder, maar geenszins los van de juridische (kern)waarden. Deze bestuursethische laag van de normatieve 'ui' omhult als het ware de hardere juridische binnenlagen (juridische kernwaarden, wetten en overige rechtsbeginselen), maar is daarom niet minder belangrijk. Integendeel. De schil draagt bij aan de bescherming van de binnenkant. In tijden waarin het waarborgkarakter van het bestuursrecht onder druk staat<sup>33</sup> kunnen noties van behoorlijkheid, bestuursethiek en rechtvaardigheid niet worden gemist.

---

32 Ik geef toe, een niet eenduidig concept dat toch verrassend veel houvast kan bieden. Zie bijv. de fraaie bundel F.J. van Ommeren & S.E. Zijlstra (red.), *De rechtsstaat als toetsingskader*, Den Haag: BJu 2003.

33 Dit komt mijns inziens tot uitdrukking in een afkalvende aandacht voor de rechtsstatelijke bevoegdheidsleer en in (te) weinig aandacht voor rechtsbeginselen. Ook de Algemene wet bestuursrecht laat kansen liggen. Zie R.J.N. Schlössels, 'Bestuursbevoegdheid als regel. Over het rechtsstatelijk belang van bevoegdheidsregels', in: R.J.N. Schlössels, A.J. Bok e.a. (red.), *In de regel. Over kenmerken, structuur en samenhang van geschreven en ongeschreven regels in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 39 e.v. en R.J.N. Schlössels, 'Rechtsbeginselen en de Algemene wet bestuursrecht: tevreden met een codificatie "light"?', *JBplus* 2012/2, p. 87 e.v.