

1.1 CENTRALE VRAGEN VAN BESTUURSRECHT

Waarover gaat het bestuursrecht en waarin verschilt het van het privaatrecht en het strafrecht? Voor een antwoord op deze vragen kunnen we natuurlijk te rade gaan bij de vele definities die van bestuursrecht in omloop zijn. De Haan, Drupsteen en Fernhout omschreven bestuursrecht mooi en bondig als het ‘recht voor, van en tegen het overheidsbestuur’.¹ Deze definitie geeft – met name door de voorzetsels – in een notendop weer waar het bestuursrecht in essentie over gaat, namelijk:

- het *instrumentarium* van het overheidsbestuur, waarmee het bestuurt;
- de *normen voor* het overheidsbestuur, die bij het besturen in acht moeten worden genomen;
- de (*rechtsbeschermings*)*mogelijkheden* voor betrokkenen om zich *tegen* het overheidsbestuur te verzetten.

Kenmerkend voor bestuursrecht zijn dus *instrument* en *waarborg*.² Van Wijk, Konijnenbelt en Van Male voegen er in hun definitie nog aan toe dat dit overheidsbestuur betrekking heeft op de *samenleving*.³ Het bestuursrecht gaat over de actieve bemoeienis van de overheid met de samenleving.

Hoe adequaat de vorenstaande definities ook zijn, ze laten tal van vragen onbeantwoord, zoals:

1. Waarom is overheidsbestuur nodig?
2. Aangenomen dat overheidsbestuur noodzakelijk is en in een behoefte voorziet, waarom zijn er dan aparte regels van bestuursrecht in het leven geroepen, en is niet volstaan met regels van privaatrecht en strafrecht?
3. Op welke terreinen treedt de overheid op, en hoe?

1. De Haan, Drupsteen, Fernhout 2001/1, p. 1; Schlössels, Zijlstra 2017, p. 1.

2. Zie voorts Van der Hoeven 1989, over het ontstaan en de vorming van het Nederlandse algemeen bestuursrecht. Van der Hoeven onderscheidt als de drie dimensies waarlangs dit bestuursrecht zich heeft ontwikkeld, naast de organisatie en haar instrumentatie en de machtsuitoefening, voorts de gezagsaanspraak als onderwerp van publiekrechtelijke normering.

3. Van Wijk/Konijnenbelt, Van Male 2014, p. 1.

4. Hoe heeft de bestuursrechtelijke betrekking tussen bestuur en burger gestalte gekregen?
5. Hoe wordt de kwaliteit van het overheidsbestuur gewaarborgd?

Deze vragen fungeren min of meer als richtinggevend kader voor een bestuursrechtonderwijs dat niet alleen gericht is op het verwerven van kennis van en inzicht in bestuursrechtelijke thema's en discussies, maar ook op het ontwikkelen van een kritische houding ten aanzien daarvan.

1.1.1 *Waarom is overheidsbestuur nodig?*

Op het eerste gezicht ligt het niet voor de hand de noodzaak van het bestaan van een overheid of van overheidsbestuur ter discussie te stellen, laat staan te ontkennen. Er zijn immers in elke samenleving zaken die als zo essentieel worden gezien dat men de behartiging ervan niet aan particulieren of organisaties buiten de overheid heeft durven toevertrouwen, omdat aannemelijk of mogelijk is dat deze onvoldoende gezag en macht bezitten of het eigen belang laten voorgaan op meer algemene belangen. Te denken valt aan het handhaven van de openbare orde of aan optreden tegen ongewenste of illegale situaties. Evenmin ligt het voor de hand dat bijvoorbeeld de beslissing over het al dan niet mogen oprichten van een fabriek wordt overgelaten aan particulieren of organisaties buiten de overheid. In veel wetten worden dan ook taken die vanuit een oogpunt van het algemeen belang als essentieel worden gezien, en voor de behartiging waarvan een zeker gezag is vereist, toegekend aan organen van de rijksoverheid of van provinciale of gemeentelijke overheden.

Hieruit kan worden afgeleid dat het bestaan van een overheid en van overheidsbestuur tot op zekere hoogte noodzakelijk is. Dat het overheidsbestuur niet alleen als iets noodzakelijks (of zelfs als noodzakelijk kwaad) wordt ervaren, blijkt uit het feit dat burgers voortdurend een beroep doen op allerlei overheidsinstanties.

Zo wendt een burger die overlast ondervindt van een café dat de voorschriften over geluid of sluitingstijden overtreedt, zich vaak tot het gemeentebestuur met het verzoek om tegen de caféhouder op te treden. Wie werkloos raakt, weet doorgaans de weg te vinden naar de uitkeringsinstantie om een werkloosheidsuitkering te verkrijgen. Startende bedrijven doen regelmatig een beroep op de overheid om een startsubsidie of krediet te krijgen. In de coronacrisis wordt van de overheid verlangd dat zij zowel negatieve (o.a. anderhalvemetermaatregel, avondklok) als positieve (o.a. onderzoek RIVM, verstrekking coronatests, financiële steun aan ondernemers) maatregelen neemt.

Deze voorbeelden maken duidelijk dat van de overheid ook (actieve) bemoeienis wordt verwacht. Er zijn dus niet alleen negatieve argumenten om het bestaan van de overheid en van overheidsbestuur te rechtvaardigen.

Dat neemt niet weg dat het optreden van overheidsinstanties lang niet altijd of op alle terreinen vanzelfsprekend is (geweest). Een blik in het verleden leert dat overheidsinterventie lange tijd als bedreiging van de natuurlijke vrijheid van burgers werd ervaren. In de hoogtijdagen van de klassiek liberale rechtsstaat in de eerste helft van de negentiende eeuw – ook wel aangeduid als ‘*nachtwakerstaat*’ – was de rol van de overheid grotendeels beperkt tot het terrein van de openbare orde, de defensie en de buitenlandse betrekkingen. Er was sprake van een *minimale overheid*.

Ook vandaag de dag nog, nu de overheid enorm is uitgedijd, spreekt het allerminst vanzelf dat zij zich op alle terreinen van het maatschappelijk leven manifesteert. Enerzijds is er een fysieke beperking aan wat de overheid kan. Deze beperking heeft vooral betrekking op de beschikbaarheid van voldoende middelen om te kunnen optreden. In de loop van de laatste decennia zijn er zoveel nieuwe beleids-terreinen bij gekomen die om overheidsinterventie vragen (denk bijvoorbeeld aan ruimtelijke ordening, natuurbescherming, milieubescherming, marktregulering, sociale zekerheid, economische ordening, telecommunicatie en ‘meekijken tot achter de voordeur’), dat andere terreinen het zullen moeten stellen met ‘minder overheid’. Anderzijds is het optreden van overheidsorganen steeds vaker onder vuur komen te liggen. Het gaat dan niet zozeer om de middelen, maar om de doelen die worden nagestreefd. Over de vraag wat tot de zorg van de overheid behoort, bestaat geenszins consensus: wat de een als een typische overheidstaak beschouwt, ervaart de ander als een inbreuk op zijn vrijheid en daarmee als ongewenste overheidsinterventie.

Bij het zojuist aangestipte gebrek aan overeenstemming over aard en omvang van het overheidsoptreden moet ook worden bedacht dat de overheid vaak optreedt in zaken waarbij tegengestelde belangen spelen. Zo staan bij de beslissing over het verlenen van een omgevingsvergunning milieu voor een fabriek het belang van de vergunningaanvrager en wellicht dat van de werkgelegenheid tegenover het belang van omwonenden en dat van een schoon milieu. In wat voor lastig parket de overheid door deze belangentegenstellingen kan belanden (mede in het licht van de beperkte middelen en de scepsis over de na te streven doelen), wordt soms pijnlijk duidelijk bij het handhavend optreden.

Dat is met name het geval bij de inschatting van gevaren, zoals bleek bij de Volendamse café-brand in de nieuwjaarsnacht van 2001. In het café woedde een felle brand nadat de kerstversiering vlam had gevat. Deze versiering was in strijd met de voorschriften opgehangen, zo was bij een controle door ambtenaren geconstateerd. Er was echter niet adequaat tegen de overtreding ervan opgetreden; wellicht omdat de voorschriften als onnodig zwaar en betuttelend werden ervaren en handhaving voor de eigenaar vervelende consequenties kon hebben. Bovendien

heerste in Volendam een cultuur van praten, praten in plaats van stringente handhaving. Achteraf kon – in het licht van de ramp – worden vastgesteld dat de voorschriften allesbehalve betuttelend waren en dat het gemeentebestuur de direct zichtbare belangen van de café-eigenaar te gemakkelijk had laten prevaleren boven het niet direct zichtbare algemeen belang.

1.1.2 *Waarom zijn er aparte regels van bestuursrecht?*

Als we aannemen dat overheidsbestuur noodzakelijk is en in een behoefte voorziet, waarom zijn er dan aparte regels van bestuursrecht in het leven geroepen en is niet volstaan met (reeds bestaande) regels van privaatrecht en strafrecht?

Uit art. 2:5 Burgerlijk Wetboek (BW) blijkt dat rechtspersonen dezelfde privaatrechtelijke bevoegdheden hebben als natuurlijke personen. Aangezien de belangrijkste openbare lichamen, zoals de Staat, de provincies, de gemeenten en de waterschappen, ingevolge art. 2:1, eerste lid, BW rechtspersoonlijkheid bezitten, beschikken deze lichamen over de normale privaatrechtelijke bevoegdheden en rechten. In de praktijk maken ze van deze bevoegdheden en rechten ook vaak gebruik. Vrijwel dagelijks sluiten overheden overeenkomsten: van de koop van computers voor de overheidsdienst tot het verhuren of verpachten van overheidsgrond of -gebouwen. Ook strafrechtelijke bepalingen kunnen – gelet op art. 91 Wetboek van Strafrecht (Sr) – van toepassing worden verklaard op overtreding van bestuursrechtelijke voorschriften. Zo kan ingevolge art. 69, tweede lid, Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR) een burger die opzettelijk het aangifteformulier zodanig invult dat hij daardoor minder belasting is verschuldigd, strafrechtelijk worden vervolgd.

Toch lenen zowel privaatrechtelijke als strafrechtelijke bepalingen zich slechts in geringe mate voor het normeren van bestuursrechtelijke verhoudingen. Wat betreft de privaatrechtelijke bepalingen heeft die beperkte toepasbaarheid vooral te maken met het feit dat overheidsorganen vaak *eenzijdig* vaststellen wat rechtens is (en in het kader daarvan de rechtspositie van burgers eenzijdig vaststellen). In de praktijk wordt dit eenzijdig vaststellen vaak als ‘verticaal’ overheidsbestuur aangeduid. De eenzijdigheid van een groot deel van het overheidshandelen hangt weer samen met het uitgangspunt dat overheidsorganen geen eigen belangen hebben, maar uitsluitend handelen in het *algemeen belang* (dat veelal de grootste gemene deler van verschillende deelbelangen is). Verder is een verschil ten opzichte van het privaatrecht dat in het bestuursrecht naast de feiten en het recht veelal nog een derde element een bijzondere rol speelt, namelijk dat bestuursorganen bij de uitoefening van hun taken dit algemeen belang tegen andere belangen afwegen. De van het staatsrecht bekende leer van de ‘trias politica’ is daarmee voor het bestuursrecht, in tegenstelling tot het privaatrecht, van grote betekenis, in zowel theoretisch als praktisch opzicht.

Gelet op deze kenmerken zijn veel privaatrechtelijke regels in zoverre ongeschikt dat ze uitgaan van in beginsel *gelijkwaardige partijen* die over en weer vrij zijn hun

eigen belangen te behartigen. Zo is het niet realistisch om te veronderstellen dat een overheid die tegen overtreding van bepaalde voorschriften wil optreden, daarover overeenstemming kan bereiken met de overtreder, of dat de belastinginspector bij de belastingaanslag tot overeenstemming kan geraken met de belastingplichtige. Zie over de gelijkwaardigheid en ongelijkwaardigheid tussen burger en overheid verder paragraaf 6.1.

Ook strafrechtelijke regels lenen zich slechts in beperkte mate voor toepassing in bestuursrechtelijke verhoudingen. Dit heeft te maken met het feit dat in het strafrecht andere doelen worden nagestreefd dan in het bestuursrecht. Waar het strafrecht met name gericht is op *bestrafing* van de dader (eventueel gecombineerd met speciale of generale preventie), is het bestuursrecht veel meer gericht op het *bereiken of herstellen van de legale situatie*. In het bestuursrecht genieten herstelsancties daarom in het algemeen de voorkeur boven bestraffende sancties zoals de bestuurlijke boete.

Op de achtergrond van dit verschil speelt dat het strafrecht met name normen wil 'inprenten', terwijl het bestuursrecht veeleer normen stelt om zaken te reguleren of in goede banen te leiden. Daarom zijn strafrechtelijke normen doorgaans *onvoorwaardelijk* geformuleerd in de vorm van absolute geboden of verboden. Bestuursrechtelijke normen zijn daarentegen – voor zover ze een verbod inhouden – vaak *voorwaardelijk* geformuleerd: iets is verboden tenzij vergunning of ontheffing wordt verleend. Zo is het ingevolge art. 2.1, eerste lid, (a) Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) verboden om een bouwwerk te bouwen zonder een door het bevoegd gezag verleende omgevingsvergunning bouwen. Centraal staat niet het verbod om te bouwen, maar de vergunning die nodig is om te mogen bouwen. Voorkomen moet worden dat iedereen gaat bouwen zoals het hem uitkomt.

Het verschil tussen beide soorten normen werkt ook door in de handhaving ervan. Zo ligt de handhaving van strafrechtelijke normen in handen van de politie, het Openbaar Ministerie (OM) en de rechter. De vervolging (inclusief de vraag of wordt vervolgd) loopt via het OM, terwijl de rechter de op te leggen straf bepaalt. De bestuursrechtelijke handhaving daarentegen ligt, zowel voor de vraag of wordt opgetreden als voor de vraag welke sanctie wordt opgelegd, in handen van het bestuur; daarbij kan de rechter vervolgens wel de rechtmatigheid controleren. Waar het gaat om de bestuurlijke boete, is het verschil met het strafrecht overigens betrekkelijk.

1.1.3 *Een ordenende, presterende, sturende en arbitrerende functie*

De taak van de overheid was ten tijde van de klassieke liberale rechtsstaat voornamelijk beperkt tot de zorg voor de openbare orde, de buitenlandse betrekkingen en de defensie. Voor zover de overheid optrad, was dat met name ter handhaving van

dwingende normen (vooral geboden en verboden). Voorop stond wat men de *ordnende functie* van de overheid zou kunnen noemen.

Vanaf de tweede helft van de negentiende eeuw zijn daar echter als gevolg van maatschappelijke en/of technologische ontwikkelingen vele taken bij gekomen. Zo is de overheid zich, gezien de industrialisatie en de gevolgen die deze had, beetje bij beetje de bestaanszekerheid van burgers gaan aantrekken. De totstandkoming van de socialeverzekeringswetgeving, waarvan de Ongevallenwet van 1901 het oudste voorbeeld is, is een goede illustratie van deze betrokkenheid.

Bij de zorg voor de bestaanszekerheid komt de *presterende functie* van de overheid naar voren. Deze presterende functie moet overigens niet worden vereenzelvigd met het verstrekken van uitkeringen in het kader van de socialeverzekeringswetgeving. Onder de presterende functie valt ook het realiseren of onderhouden van allerlei voorzieningen op het terrein van de infrastructuur, de woningbouw, het onderwijs en de volksgezondheid.

Als gevolg van de economische crisis in de eerste helft van de vorige eeuw zag de overheid zich genoodzaakt in te grijpen in de markt(structuur) en het marktmechanisme. Voorkomen moest worden dat bedrijven uit de markt werden gedrukt en dat monopolisten of kartels de prijzen voor producten ongelimiteerd zouden kunnen opdrijven. De tot dan toe vrije marktverhoudingen werden daarom onderworpen aan overheidsmaatregelen die tot doel hadden ongewenste concurrentie- en prijsontwikkelingen tegen te gaan (een gezonde, eerlijke marktwerking als algemeen belang). Zo werden op basis van de Wet op de economische mededinging (tegenwoordig de Mededingingswet (Mw)) concurrentieafspraken en -overeenkomsten verboden, waardoor de concurrentie op de Nederlandse markt of een deel daarvan zou worden verhinderd, beperkt of vervalst. Ook konden er op basis van de wetgeving maximumprijzen voor goederen en producten worden vastgesteld. Zo kwam geleidelijk de *sturende functie* van de overheid naar voren. Deze sturende functie komt niet alleen tot uitdrukking in dwingende voorschriften (verboden of geboden), maar ook in selectievere, meer gerichte instrumenten, zoals voorschriften die aan vergunningen worden verbonden en subsidiëring (waaraan doorgaans ook voorschriften zijn verbonden).

In de tweede helft van de vorige eeuw kwam ten slotte nog de *arbitrerende functie* van de overheid tot ontwikkeling. Deze arbitrerende functie, die met name in het omgevingsrecht (milieu en ruimtelijke ordening) naar voren komt, hangt nauw samen met het gegeven dat de groei van de bevolking en de welvaart grenzen stelt aan het gebruik van grondstoffen, energie en ruimte (die immers niet onbeperkt voorradig zijn). Het gegeven dat er onvoldoende ruimte is om bijvoorbeeld zowel te kunnen voldoen aan de vraag naar nieuwe woningen als aan de vraag naar ongerepte natuurgebieden, dwong de overheid ertoe keuzes te maken ten aanzien van conflicterende belangen. Ook vandaag de dag is die noodzaak nadrukkelijk

aanwezig. Denk bijvoorbeeld aan het stikstofbeleid, waarin huisvestings-, verkeers-, boeren- en natuurbelangen tegen elkaar moeten worden afgewogen. De arbitrerende functie komt vooral tot uitdrukking in planbevoegdheden ten aanzien van de verdeling van de beschikbare ruimte en in het verbinden van voorschriften aan een vergunning waarin de tegenstrijdige belangen zo veel mogelijk met elkaar worden verzoend.

Hoe lastig deze afweging van tegenstrijdige belangen kan zijn, wordt voor een omgevingsvergunning milieu geïllustreerd in art. 5.3 van het op art. 2.22, derde lid, Wabo gebaseerde Besluit omgevingsrecht (Bor): 'In het belang van het bereiken van een hoog niveau van bescherming van het milieu worden aan de vergunning voorschriften verbonden die nodig zijn om de nadelige gevolgen die de inrichting voor het milieu kan veroorzaken, te voorkomen of, indien dat niet mogelijk is, zoveel mogelijk – bij voorkeur bij de bron – te beperken of ongedaan te maken. Daarbij wordt ervan uitgegaan dat in de inrichting ten minste de voor de inrichting in aanmerking komende beste beschikbare technieken worden toegepast.'

De onderscheiden functies kunnen nauw met elkaar samenhangen. Zo heeft de overheid bij de verdeling van zogenoemde schaarse rechten (zie ook par. 9.4.3), zoals bijvoorbeeld een vergunning op grond van de Telecommunicatiewet (Tw) om een bepaalde frequentieband te gebruiken, niet alleen een sturende functie (zorg voor vrijemarktverhoudingen), maar ook een arbitrerende functie (zie art. 3.1 Tw: vaststelling van de bestemming van frequentiebanden).

1.1.4 *Hoe heeft de bestuursrechtelijke betrekking tussen bestuur en burger gestalte gekregen?*

Zoals bij de eerste centrale vraag (waarom is overheidsbestuur nodig?) is opgemerkt, wordt de rechtspositie van burgers in veel gevallen eenzijdig door de overheid vastgesteld met het oog op de behartiging van het algemeen belang. Deze karakteristieke eigenschap van het bestuursrecht brengt mee dat burgers tegen hun wil geconfronteerd kunnen worden met overheidshandelen. Zo kan tegen de burger die een bepaalde wettelijke bepaling aan zijn laars lapt, worden opgetreden. Bovendien leggen overheidsorganen ook regelmatig direct financiële verplichtingen op, zoals de verplichting om belasting te betalen.

Vanuit het perspectief van de rechtsstaat, zoals die in de achttiende en negentiende eeuw tot ontwikkeling is gekomen, moet aan het overheidshandelen – voor zover dit gepaard gaat met inbreuken op de natuurlijke vrijheid of dit tot een beperking van het eigendomsrecht leidt – een *wet ten grondslag* liggen.

Het *legaliteitsbeginsel* (par. 1.2.3) dat in deze eis ligt besloten, wordt enerzijds beargumenteerd vanuit het rechtszekerheidsbeginsel en anderzijds vanuit het primaat van de wetgever. De *rechtszekerheid* eist dat vooraf duidelijk is waartoe overheidsorganen bevoegd zijn en hoe ver die bevoegdheden reiken. Het *primaat van de*

wetgever hangt nauw samen met het feit dat de volksvertegenwoordiging deel uitmaakt van de wetgevende macht, zodat formeel kan worden volgehouden dat een machtiging van de wetgever impliceert dat de meerderheid van de burgers hiermee instemt.

Hoewel de laatste veronderstelling vandaag de dag wellicht niet erg realistisch meer lijkt, kan toch worden aangenomen dat de verhouding tussen bestuur en burger in eerste instantie in de wet gestalte krijgt. In de praktijk ligt aan het grootste deel van het overheidsoptreden een wettelijke bevoegdheid ten grondslag; zeker als dit optreden belastend is omdat het gepaard gaat met ingrepen in vrijheid of eigendom. In zoverre is dus voldaan aan het formele aspect van het legaliteitsbeginsel, dat een machtiging van de wetgever nodig is om op te treden.

In veel moderne bestuursrechtelijke wetten is echter in veel mindere mate voldaan aan het meer materiële aspect dat vooraf moet zijn aangegeven hoe ver de bevoegdheid zich uitstrekt (of in welke gevallen zij gegeven is). Dit heeft met name te maken met het feit dat de wetgever steeds minder in staat is om te voorzien wat het bestuur allemaal moet doen en hoe het moet handelen, of wat de consequenties van een bepaald bestuurlijk handelen zijn. Daarom is de wetgever er vaak toe overgegaan bestuursorganen ruim geformuleerde bevoegdheden toe te kennen.

Zo staat in art. 125 Gemeentewet (Gemw) niet meer dan dat het gemeentebestuur 'bevoegd is tot toepassing van bestuursdwang'. In welke gevallen tot toepassing daarvan kan of moet worden overgegaan, is niet aangegeven.

Struycken heeft dit verschijnsel aan het begin van de vorige eeuw aangeduid als '*terugtrek van de wetgever*'. De wetgever formuleert niet zelf de rechtsnormen waaraan de burger zich heeft te houden, maar laat die normstelling steeds vaker aan bestuursorganen over.⁴ In die '*terugtrek*' kan men twee aspecten onderscheiden.

Enerzijds wordt in de wet in formele zin het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften overgelaten aan bestuursorganen van de centrale overheid (*delegatie*), zoals de regering (algemene maatregelen van bestuur) en de ministers (ministeriële regelingen), dan wel aan wetgevende bestuursorganen van de lagere overheid, zoals provinciale staten en gemeenteraden (verordeningen). Anderzijds komt het voor dat noch in de formele wet, noch in (lagere) bestuurswetgeving het gedrag van de burgers wordt genormeerd, maar dat die normering wordt overgelaten aan een bestuursorgaan door middel van uitoefening van beschikkings- of andere bestuursrechtelijke bevoegdheden.

4. Volgens Struycken 1910, p. 18, gaf de wetgever de 'rechtsbepaling' in handen van bestuursorganen, 'van deze verwachtende eene behoorlijke rechtsvorming in abstracto en in concreto binnen de grenzen en volgens de ideeën der wet'.

Deze *terugtrek van de wetgever* bij de inhoudelijke normering van het bestuurs-optreden heeft ertoe geleid dat bestuursorganen in veel gevallen min of meer zelfstandig bepalen wat rechtens is. Er is sprake van *gelede normstelling*.

Voor zover bestuursorganen beschikken over bevoegdheden die een zekere *beleidsruimte* of *beoordelingsruimte* kennen (doorgaans *discretionaire bevoegdheden* genoemd; zie verder par. 7.4), kan de rechter wél toetsen of een bestuursorgaan binnen de grenzen van zijn bevoegdheden is gebleven. De rechter moet echter de beleids- of beoordelingsruimte tot op zekere hoogte respecteren. De rechter zal zich daarom bij het beoordelen van – een binnen de bevoegdheidsgrenzen blijvende – uitoefening van discretionaire bevoegdheden door het bestuur tot een terughoudende toetsing moeten beperken, althans voor zover het gaat om de inhoudelijke keuzes die door het bestuur in het kader van de beleids- of beoordelingsruimte zijn gemaakt.

Er is echter nooit sprake van een *rechtsvrije ruimte*. In de jurisprudentie is aangenomen dat het bestaan van discretionaire bevoegdheden er niet aan in de weg staat dat het bestuur zich aan algemene rechtsbeginselen moet houden. Zo moeten bestuursorganen natuurlijk gelijke gevallen gelijk behandelen en toezeggingen nakomen. En dat bestuursorganen bij het nemen van een beslissing de nodige zorgvuldigheid in acht moeten nemen en zich op de hoogte moeten stellen van de relevante feiten en af te wegen belangen, en dat ze eenmaal genomen beslissingen deugdelijk moeten motiveren, zijn rechtseisen die ook gesteld kunnen worden bij de uitoefening van de meest vrije bevoegdheid die denkbaar is. De rechter heeft allerlei *algemene beginselen van behoorlijk bestuur* geformuleerd waaraan het bestuurlijk handelen in ieder geval kan worden getoetst. Aangezien burgers een beroep kunnen doen op deze toetsingsgronden, zijn ze deze als beroepsgronden gaan beschouwen. Hierdoor zijn deze beginselen algemene normen geworden, waaraan het bestuur zich moet houden. Zo zijn deze normen in de loop van de tijd van toetsingsgronden via beroepsgronden steeds meer tot normen voor het bestuurlijk handelen geworden.

Voor zover de algemene beginselen van behoorlijk bestuur het doen en laten van bestuursorganen normeren en tevens dienst doen als gronden waaraan rechters de beslissingen van bestuursorganen kunnen toetsen, wordt de betrekking tussen bestuur en burger ook door deze beginselen bepaald. In de Algemene wet bestuursrecht (Awb) zijn verschillende van deze in de jurisprudentie tot ontwikkeling gekomen beginselen inmiddels *gecodificeerd*. Zo is het bepaalde in art. 3:2 Awb ('Bij de voorbereiding van een besluit vergaart het bestuursorgaan de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen') een bondige vertaling van het ongeschreven zorgvuldigheidsbeginsel. Beginselen die nog niet zijn gecodificeerd, zoals het gelijkheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel, gelden nog als ongeschreven beginselen. In ieder geval kan men stellen dat ook voor zover de wet

het bestuurlijk handelen niet (nader) normeert en bestuursorganen vrij zijn om beslissingen te nemen, deze beslissingen te allen tijde aan de normen uit de Awb en aan de ongeschreven algemene beginselen van behoorlijk bestuur en algemene rechtsbeginselen moeten voldoen. In zoverre is de verhouding tussen bestuur en burger altijd een rechtsbetrekking, een door het recht beheerste verhouding.

Bovendien zijn bestuursorganen die over discretionaire bevoegdheden beschikken, er vaak toe overgegaan voor de uitoefening van deze bevoegdheden zelf regels vast te stellen. Met deze regels, waarin ze aangeven welk beleid ze ten aanzien van de uitoefening van een bepaalde bevoegdheid willen voeren en die daarom *beleidsregels* worden genoemd, leggen bestuursorganen zich in zekere zin vast. Beleidsregels geven de burgers inzicht in de wijze waarop bestuursorganen hun bevoegdheden zullen uitoefenen, en verhogen daarmee de voorspelbaarheid van het bestuurlijk handelen die als gevolg van de terugtrekking van de wetgever verloren is gegaan. De gebondenheid aan deze regels is inmiddels in art. 4:84 Awb gecodificeerd.

Samenvattend kunnen we stellen dat de verhouding tussen bestuur en burger in belangrijke mate tot uitdrukking komt in de wet, in beleidsregels en in de beginselen van behoorlijk bestuur.

1.1.5 *Hoe wordt de kwaliteit van het overheidsbestuur gewaarborgd?*

In het voorgaande is vaak in algemene zin over ‘de overheid’ en over ‘overheidsbestuur’ gesproken. Bedacht moet echter worden dat we naast een overheid op rijksniveau ook op provinciaal en gemeentelijk niveau overheden kennen en dat op al die niveaus bestuursorganen werkzaam zijn. De vraag is dan hoe verzekerd kan worden dat het bestuur op al die niveaus van voldoende kwaliteit is en dat die kwaliteit gewaarborgd blijft.⁵

Bij de vraag naar de kwaliteit kunnen zich zowel bij kleine als bij grote bestuursorganisaties problemen voordoen. Zo zal bij kleine bestuursorganisaties vaak onvoldoende specifieke deskundigheid aanwezig zijn om alle beleidsterreinen te dekken. In relatief kleine gemeenten is doorgaans ook sprake van een kleine juridische afdeling, en is specifieke deskundigheid op beleidsterreinen als dat van het milieu, soms geheel afwezig. Toch zal in deze kleine gemeenten net als in de grotere gemeenten moeten worden beslist op aanvragen van een omgevingsvergunning milieu. Daarnaast zijn bestuursorganen van kleine gemeenten in het algemeen meer vatbaar voor belangenverstrengeling en vriendjespolitiek. Bij grotere bestuursorganisaties zal het probleem minder snel zijn gelegen in de afwezigheid van voldoende specifieke deskundigheid op de verschillende beleidsterreinen; daar zal het probleem eerder zijn gelegen in de bureaucratie en de grotere afstand

5. Zie over de kwaliteit van de besluitvorming: Alles in één keer goed 2005 en Quality of Decision-Making in Public Law 2007.

tot de burger. Hoe kan worden voorkomen dat fouten niet worden ontdekt – denk bijvoorbeeld aan de kinderopvangtoeslagenaffaire, waarin onjuiste fraudeverdenkingen en discriminatie lange tijd verborgen bleven – en dat instructies van het bevoegde bestuur aan ambtenaren niet worden opgevolgd? Hoe kan ervoor worden gezorgd dat er ‘maatwerk’ wordt geleverd, toegepast op de situatie van de individuele burger?

De kwaliteit van het overheidsbestuur loopt dus in verschillende opzichten gevaar. Hoe kan dit gevaar worden bezworen? Een eerste middel ter verhoging en waarborging van de kwaliteit van het bestuur is gelegen in de *kwaliteit van de wetgeving*. Naarmate bestuursrechtelijke wetten duidelijkere en meer werkbare (in de zin van: eenvoudig toepasbare en handhaafbare) inhoudelijke criteria voor de uitoefening van bestuursbevoegdheden bevatten, zal de kwaliteit van het bestuur toenemen. Het gevaar van het ontbreken van specifieke deskundigheid zal zich dan minder snel manifesteren. De wet bevat in dat geval immers zelf duidelijke criteria. In wetten kunnen ook duidelijke formele criteria zijn neergelegd over bevoegdheidsverdeling, procedures, enzovoort. Zulke criteria kunnen (als ze worden nageleefd) ervoor zorgen dat procedures beter gestroomlijnd zijn en dat fouten in de besluitvorming worden voorkomen. Beleidsregels kunnen op vergelijkbare wijze aan de kwaliteit van de besluitvorming bijdragen.

Een tweede middel ter waarborging van de kwaliteit van het bestuur is gelegen in de *politieke controle* door vertegenwoordigende organen. Als een vertegenwoordigend orgaan, zoals de gemeenteraad, het bestuurlijk doen en laten in grote lijnen controleert en alert is op fouten in de ambtelijke organisatie, zal ook dat een kwaliteitsverhogend en -waarborgend effect hebben. Zo kunnen discussies over de (wijze van) uitoefening van discretionaire bevoegdheden door bestuursorganen de aanzet vormen tot het vaststellen van beleidsregels. Deze beleidsregels hebben veelal ook een gunstige invloed op de kwaliteit van het bestuur, omdat hierin nadere criteria voor de bevoegdheidsuitoefening worden gesteld.

Ook de *controle door de rechter* heeft een kwaliteitsverhogend en -waarborgend effect. Daarbij moet wel worden bedacht dat de rechter alleen in actie kan komen als er bij hem beroep tegen een besluit is ingesteld, en dat hij zo’n besluit alleen op rechtmatigheid kan toetsen – en dat alleen nog voor zover de burger het besluit tot voorwerp van geschil heeft gemaakt (art. 8:69, eerste lid, Awb). Dat betekent dat de rechter alleen maar kan beoordelen of het bestuursorgaan bij de besluitvorming de wettelijke normen en de (ongeschreven) beginselen van behoorlijk bestuur in acht heeft genomen. De rechter kan dus geen oordeel geven over de vraag of dit besluit wenselijk is en of niet beter een ander besluit had kunnen worden genomen. De rechter mag, zoals dat heet, niet de *doelmatigheid* (of wenselijkheid) van besluiten toetsen en zeker niet ‘op de stoel van de administratie gaan zitten’.