

Constitutionalisering van het bestuursrecht: naar een verdere grondwettelijke verankering van grondslagen en rechtsbeginselen

NTB 2023/172

1. Inleiding

De toeslagenaffaire heeft laten zien dat het Nederlandse bestuursrecht kwetsbaar is. Het bestuursrecht laat ruimte voor het ontstaan van institutioneel racisme en maakt onrechtvaardig optreden door de drie staatsmachten (wetgever, bestuur en bestuursrechter) mogelijk.² Bureaucratisch en (zeer) burgeronvriendelijk handelen is binnen het kader van het huidige bestuursrecht geenszins uitgesloten. Naar aanleiding van de toeslagenaffaire wordt hard nagedacht over hoe het bestuursrecht verbeterd kan worden.³ De blik wordt daarbij met name gericht op de Algemene wet bestuursrecht (Awb) en het bijzondere bestuursrecht in sectorale wetten.⁴ Het gaat vooral om het aanvullen en aanpassen van wettelijke regels en het afslijpen van de scherpe kanten van het systeem in wetgeving en jurisprudentie. Dit finslijpen vond overigens al voor de toeslagenaffaire plaats,⁵ en is op zichzelf toe te juichen, maar het roept de vraag op of een fundamentele (her)doordinking van het bestuursrecht en de verhouding tussen de staatsmachten op haar plaats is. Een actuele vraag waarvoor onder meer de Staatscommissie Rechtsstaat is ingesteld door de regering.⁶ De taak van deze staatscommissie is om *“de regering vanuit het burgerperspectief te adviseren over voorstellen of maatregelen ter bevordering van de ‘rule of law’ en de rechtsstatelijke cultuur, daar waar deze voortvloeien uit de onderlinge verhouding tussen de staatsmachten en het zowel afzonderlijk als samenhangend functioneren van de staatsmachten. Een doel*

*is de bescherming van burgers tegen maatregelen of beslissingen van de wetgever en bestuursorganen beter te borgen, alsmede de effectieve rechtsbescherming in gerechtelijke procedures te verzekeren.”*⁷

Bij een fundamentele doordinking van het bestuursrecht komen de volgende vragen naar voren. Wat zijn nu eigenlijk de grondslagen van het bestuursrecht en wat zijn de dragende rechtsbeginselen? Wat is de inhoudelijke en actuele visie op het functioneren van en de verhouding tussen de wetgever, bestuur en bestuursrechter in relatie tot de burger? Een logische plek voor het antwoord op deze fundamentele vragen is de Grondwet, maar deze is betrekkelijk summier op dit punt.⁸ Het is daarbij de vraag of de Grondwet, mede gezien het huidige debat, nog wel een actueel beeld geeft. De vraag rijst of en hoe het bestuursrecht een stevigere positie in de Grondwet dient te krijgen. Het antwoord daarop is uiteindelijk aan de politiek. In deze bijdrage inventariseren wij hoe een nadere grondwettelijke inbedding van het bestuursrecht vorm kan krijgen en wat de meerwaarde daarvan kan zijn. Wij spreken in dit verband van een verdere ‘constitutionalisering’ van het bestuursrecht.

De term ‘constitutionalisering’ is in het verleden eerder in verband gebracht met het bestuursrecht, maar is een onderbelichte term in de Nederlandse literatuur. Voor zover in termen van ‘constitutionalisering’ wordt gesproken, ziet dat met name op de invloed die normen uit het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (EU-Grondrechtenhandvest) hebben op het Nederlandse bestuursprocesrecht en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.⁹ In deze bijdrage hanteren wij een andere insteek. Het gaat ons om de (verdere) verankering van het algemene bestuursrecht in de Grondwet en de invloed die de Grondwet heeft op het functioneren van de wetgever, het bestuur en de bestuursrechter.

Er zijn de afgelopen jaren diverse voorstellen gedaan om de Grondwet op onderdelen aan te passen die raken aan het bestuursrecht en de verhouding tussen wetgever, bestuur en bestuursrechter. Zo valt te denken aan het schrappen van het grondwettelijke toetsingsverbod. In deze bijdrage brengen wij deze voorstellen bij wijze van meta-studie in

1 Mr. dr. P.J. (Pim) Huisman is universitair hoofddocent bij de afdeling Staats- en bestuursrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en raadsheer-plaatsvervanger in de Centrale Raad van Beroep. Mr. dr. N. (Niels) Jak is universitair docent bij de afdeling Staats- en bestuursrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

2 Zie het verslag van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag getiteld ‘Ongekend onrecht’, *Kamerstukken II 2020/21*, 35510, nr. 2. Zie over institutioneel racisme de Kamerbrief van de staatssecretaris van Financiën – Fiscaliteit en Belastingdienst van 30 mei 2022, *Kamerstukken II 2021/22*, 31066, nr. 1030.

3 Zie bijv. de rapporten Y.E. Schuurmans, A.E.M. Leijten & J.E. Esser, *Bestuursrecht op Maat* (in opdracht van BZK), Leiden: Universiteit Leiden 2020 en A.C.M. Meuwese & C.J. Wolswinkel m.m.v. N. Boonstra, *Maatwerk en bijzondere wetgeving: ondanks of dankzij? Een inventarisatie van het maatwerkgehalte van SZW-en VWS-wetten* (in opdracht van BZK), Tilburg: Tilburg University 2020, bijlagen bij *Kamerstukken II 2020/21*, 29362, nr. 289.

4 Zie *Kamerstukken II 2021/22*, 35510, nr. 102; *Kamerstukken II 2022/23*, 29279, nr. 763 (preconsultatie van het wetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb).

5 Zie onder meer P.J. Huisman & N. Jak, ‘Verschillende gezichten van bestuursrechtelijk maatwerk: interactie tussen wetgever, bestuur en bestuursrechter’, *Gst.* 2021/45.

6 Instellingsbesluit staatscommissie rechtsstaat, *Stcrt.* 2023, 7635. Zie ook *Kamerstukken II 2020/21*, 29279, nr. 691 en *Kamerstukken II 2021/22*, 29279, nr. 715.

7 Art. 2 lid 1 Instellingsbesluit staatscommissie rechtsstaat.

8 Zie voor een bespreking van het ontstaan en de vorming van het Nederlandse algemene bestuursrecht mede tegen het licht van de geschiedenis van de Grondwet: J. van der Hoeven, *Drie dimensies van het bestuursrecht. Ontstaan en vorming van het Nederlandse algemene bestuursrecht* (VAR-reeks 100), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1989.

9 Zie met name A.M.L. Jansen, *Constitutionalisering van het bestuursprocesrecht* (preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking), Deventer: Kluwer 2004; R.J.N. Schlössels, ‘Constitutionalisering van behoorlijk bestuur. Europees recht als aanjager’, *JBplus* 2016, afl. 4, nr. 3, p. 221-239.

onderlinge samenhang in kaart. Op die manier komen wij tot een inventarisatie van de grondslagen en rechtsbeginselen van het bestuursrecht waarvan opname in de Grondwet wordt of kan worden overwogen.

Bij het aanpassen van de Grondwet zijn ook, heel goed zelfs, kanttekeningen te plaatsen. Zo ligt de vraag voor de hand wat de meerwaarde is van constitutionalisering van het bestuursrecht. Het huidige bestuursrecht functioneert toch, afgezien van een enkele uitschieter, over het algemeen goed? De hoofdlijnen van het bestuursrecht, zo kan men redeneren, zijn in de Awb te vinden. Bovendien wordt er bescherming geboden door mensenrechtenverdragen, een bescherming die al in onze constitutie is ingebed (zie artikel 93 en 94 Gw). Uiteraard betrekken wij dergelijke tegenwerpingen in onze bespreking.

In deze bijdrage onderzoeken wij in hoeverre de grondslagen en dragende rechtsbeginselen van het bestuursrecht in de Grondwet zijn opgenomen en wat de meerwaarde van een verdere verankering van het bestuursrecht in de Grondwet kan zijn. In paragraaf 2 analyseren wij eerst in hoeverre het bestuursrecht een basis heeft in de huidige Grondwet. In paragraaf 3 inventariseren wij vervolgens op welke wijze het bestuursrecht verstevigd kan worden in de Grondwet, passend bij het open en sobere karakter van de Grondwet. In paragraaf 4 halen wij het net op van deze inventarisatie. Deze bijdrage sluiten wij in paragraaf 5 af met een kort slotwoord. Daarin bespreken wij hoe de uitkomsten van deze verkennende bijdrage als inspiratie kunnen dienen voor de agenda van de Staatscommissie Rechtsstaat.

2. Constitutionele verankering bestuursrecht in de huidige Grondwet

2.1 Karakter Nederlandse Grondwet en recente ontwikkelingen

Met de Staatscommissie Grondwet 2010 is de Nederlandse Grondwet te karakteriseren als “een basiswet (...) die overheidsinstellingen creëert, daaraan bevoegdheden toekent, de uitoefening van die bevoegdheden regelt – zowel in de relatie tussen die instellingen onderling als in die tussen die instellingen en de burgers – en grondrechten van de burgers bevat”.¹⁰ De Nederlandse Grondwet wordt gekenmerkt door soberheid en is weinig ideologisch gekleurd.¹¹ Een ander kenmerk is dat de Grondwet in diverse opzichten een open wettelijke regeling is en ruimte laat voor de ontwikkeling van (constitutioneel) recht buiten de Grondwet.¹²

Recent is de Grondwet op een aantal punten aangepast, waarbij het normatieve karakter is versterkt en waarbij tevens het sobere en open karakter van de Grondwet in het

oog is gehouden.¹³ Zo is vóór artikel 1 een Algemene bepaling ingevoegd, die als volgt luidt: “De Grondwet waarborgt de grondrechten en de democratische rechtsstaat.”¹⁴ Deze bepaling codificeert de waarborgfunctie van de Grondwet en brengt daarmee het belang van deze functie van de Grondwet voor de democratie, de rechtsstaat en de grondrechten voor het land Nederland expliciet tot uitdrukking.¹⁵ Met deze bepaling wordt invulling gegeven aan het uitgangspunt dat de Grondwet, als primair juridisch-staatskundig basisdocument van het staatsbestel, de essentialia daarvan behoort uit te drukken.¹⁶ De bepaling dient voorts als interpretatiekader voor de overige bepalingen van de Grondwet en als hulpmiddel bij twijfel over de vraag hoe de Grondwet moet worden uitgelegd (*interpretatieve functie*).¹⁷ De normadessaat van de Algemene bepaling is primair de grondwetgever. Daarnaast moet ook de gewone wetgever bij de voorbereiding van nieuwe wetgeving ervoor waken dat de waarborgfunctie van de Grondwet wordt gerespecteerd.¹⁸ Verder merkt de regering tijdens de parlementaire behandeling op dat “ook andere overheidsorganen of -instellingen dan de wetgever geacht [worden] de democratie, de rechtsstaat en de grondrechten te waarborgen, zoals de rechter en bijvoorbeeld uitvoeringsdiensten.”¹⁹ De burger kan geen rechten ontleen aan de Algemene bepaling, aangezien deze volgens de regering geen subjectieve rechten bevat.²⁰ Er is niet gekozen voor een meer uitgebreide Algemene bepaling, waarin bijvoorbeeld ook het legaliteitsbeginsel wordt genoemd. Volgens de regering is met de huidige redactie “een optimale balans gerealiseerd tussen enerzijds het verstevigen van de institutionele, organisatorische en waarborgfunctie van de Grondwet en anderzijds het sobere karakter van de Grondwet. Daardoor biedt de bepaling bovendien ruimte voor verschillende specifieke invullingen van het constitutionele bestel.”²¹

Een andere recente aanpassing is het opnemen in artikel 17 lid 1 Gw van een recht op een eerlijk proces binnen een redelijke termijn voor een onafhankelijke en onpartijdige rechter.²² Ook deze bepaling is sober vormgegeven; een

10 Staatscommissie Grondwet, *Rapport Staatscommissie Grondwet*, Den Haag 2010, p. 23-24 (*Kamerstukken II* 2010/11, 31570, nr. 17, bijlage).

11 Zie onder meer T. Barkhuysen e.a., *De Nederlandse Grondwet geëvalueerd; anker- of verdwijnpunt?*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2009, p. 17 e.v.; Staatscommissie Grondwet 2010, p. 22-23; C.A.J.M. Kortmann, P.P.T. Bovend'Eert e.a., *Constitutioneel recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 85-86.

12 Zie onder meer Staatscommissie Grondwet 2010, p. 24; Kortmann, Bovend'Eert e.a. 2021, p. 87-88.

13 Het afgelopen jaar zijn in ruimere zin grondwetswijzigingen in werking getreden. Zie *Stb.* 2022, 331 (Algemene bepaling), *Stb.* 2022, 332 (art. 17), *Stb.* 2022, 333 (additionele artikelen I en II vervallen), *Stb.* 2022, 334 (art. 13), *Stb.* 2022, 335 (art. 137) en *Stb.* 2023, 62 (art. 1). Zie voor een overzicht van de voorstellen tot grondwetsherziening Kortmann, P.P.T. Bovend'Eert e.a. 2021, p. 98 e.v.

14 *Stb.* 2022, 332.

15 *Kamerstukken II* 2015/16, 34516, nr. 3, p. 3.

16 *Kamerstukken II* 2015/16, 34516, nr. 3, p. 8; *Kamerstukken II* 2016/17, 34516, nr. 6, p. 2; *Kamerstukken I*, 2017/18, 34561, C, p. 2.

17 *Kamerstukken II* 2015/16, 34516, nr. 3, p. 9.

18 *Kamerstukken I* 2017/18, 34516, C, p. 3.

19 *Kamerstukken I* 2017/18, 34516, C, p. 5. Zie ook *Kamerstukken II* 2021/22, 35786, nr. 6, p. 2 en p. 5. Ook de ‘decentrale overheden’ moeten zich houden aan de kernbeginselen van de Grondwet, zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34516, nr. 3, p. 7.

20 *Kamerstukken II* 2016/17, 34516, nr. 6, p. 5; *Kamerstukken I* 2017/18, 34516, C, p. 2.

21 *Kamerstukken II* 2016/17, 34516, nr. 6, p. 6. Zie eveneens *Kamerstukken I* 2017/18, 34516, C, p. 2-4; *Kamerstukken I* 2017/18, 34516, E, p. 2-3; *Kamerstukken I* 2017/18, 34516, G.

22 *Stb.* 2022, 331.

nadere uitwerking van andere elementen van het recht op een eerlijk proces is bewust niet in deze bepaling opgenomen.²³

Hierna wordt bezien in welke mate het bestuursrecht is verankerd in de huidige grondwet.

2.2 Onderscheid grondslagen, rechtsbeginselen en kenmerken van het bestuursrecht

Om te kunnen analyseren in hoeverre het bestuursrecht in de Grondwet is opgenomen, hanteren wij het onderscheid tussen de grondslagen van het stelsel, de dragende rechtsbeginselen en de kenmerken van het positieve bestuursrecht. Wij ontleen voor dit onderscheid inspiratie aan het handboek *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*.²⁴ Ofschoon dit onderscheid in dit handboek wordt gebruikt voor een analyse van het bestuursprocesrecht, kan de drieslag ook dienstbaar zijn om de Grondwet vanuit een breder bestuursrechtelijk perspectief onder de loep te nemen.

De *grondslagen* van het stelsel zijn bepalend voor hoe het bestuursrecht kan functioneren. Dit betreft de kernstructuur van de overheid en de gevolgen die dit heeft voor het bestuursrecht. Te wijzen valt op de betekenis die toekomt aan de scheiding van de staatsmachten en hun onderlinge verhouding. Het gaat bij de grondslagen van het stelsel ook om de taken, bevoegdheden en opdrachten die de wetgever, bestuur en bestuursrechter op het niveau van de kernstructuur van de overheid krijgen.

De dragende *rechtsbeginselen* van het bestuursrecht zien op de richtinggevende, fundamentele normen die doorwerken in het positieve bestuursrecht en die daarvoor wezenlijke kaders bieden. Dit zijn de rechtsbeginselen aan de hand waarvan de wetgever, bestuur en bestuursrechter opereren en zij omvatten ook de rechten van burgers. Wij onderscheiden bij de dragende rechtsbeginselen tussen de afdwingbare rechtsbeginselen en de rechtsbeginselen die niet afdwingbaar zijn, maar wel een zekere interpretatieve functie kunnen vervullen. Op dit onderscheid komen wij later terug. Een voorbeeld van een dragend rechtsbeginsel is het recht op onafhankelijke en onpartijdige rechtspraak.²⁵ Op een gedetailleerder niveau bevinden zich de *kenmerken* van het bestuursrecht. Een voorbeeld van een kenmerk is de wijze waarop de rechter toetst, *ex tunc* of *ex nunc*.²⁶ Dergelijke kenmerken komen in de Grondwet niet voor. Dat verbaast niet, gelet op het sobere karakter van de Grondwet. De kenmerken laten wij in deze bijdrage verder buiten beschouwing. Hierna gaan wij dieper in op de grondslagen en dragende rechtsbeginselen van het bestuursrecht in relatie tot de Grondwet.

2.3 Grondslagen

De grondslagen van het stelsel zijn in belangrijke mate vervat in de Grondwet. De drie staatsmachten – wetgevende macht, uitvoerende macht, rechtsprekende macht – zijn duidelijk te herkennen en de Grondwet geeft de organisatorische uitgangspunten en bevoegdheden. Daarmee bevat de Grondwet de grondtrekken van het stelsel van de organisatie van de belangrijkste spelers in het bestuursrecht van overheidszijde. Dit wordt ook wel de ‘institutioneel organisatorische functie’ van de Grondwet genoemd.²⁷

Bepalingen over de *wetgever* zijn opgenomen in hoofdstuk 5 van de Grondwet. In dit hoofdstuk wordt de wetgever in formele zin gedefinieerd, zijn enkele procedurele regels voor het maken van wetten in formele zin voorgeschreven en zijn voorschriften opgenomen over het vaststellen van (zelfstandige) algemene maatregelen van behoorlijk bestuur door de regering. In artikel 107 lid 2 Gw staat de opdracht aan de wetgever om algemene regels van het bestuursrecht vast te stellen. Deze codificatiebepaling betracht een waarborg te geven voor rechtseenheid.²⁸ Met de term ‘algemene regels’ in artikel 107 lid 2 Gw is geen uitputtende en exclusieve regeling bedoeld. Het oogmerk is dat, waar mogelijk, voor het gehele land en voor verschillende takken van bestuur algemeen geldende bepalingen van bestuursrecht worden gemaakt.²⁹ Deze algemene regels zijn opgenomen in de Awb. In artikel 107 lid 2 Gw is louter een neutrale grondwettelijke opdracht tot het maken van algemene regels vervat en deze bepaling vormt in die zin een constitutionele verankering van het algemene bestuursrecht. Dit artikellid, noch de toelichting daarbij, stelt kaders en het geeft geen richting aan de inhoud van de algemene regels van bestuursrecht. Het betreft een formele grondslag, zonder richtinggevende rechtsbeginselen.

De hoofdstructuur van het *openbaar bestuur* bestaat uit de Staat, provincies en gemeenten.³⁰ Hoewel de Staat als entiteit niet wordt genoemd, kent de Grondwet in hoofdstuk 2 wel bepalingen over organen op het niveau van de Staat, namelijk de Koning, de regering, de ministers, de staatssecretarissen en de ministerraad. Hoofdstuk 4 noemt enkele ‘hoge colleges van staat’ die tot het openbaar bestuur worden gerekend, te weten de Algemene Rekenkamer en de Nationale ombudsman. Anders dan bij de provincies en gemeenten, bestaat er voor de organisatie van de centrale overheid geen organieke wet.³¹ De provincies en gemeenten, evenals hun bestuursorganen, vinden hun grondslag in hoofdstuk 7 van de Grondwet. Ingegeven door overwegingen van deconstitutionalisering is de regeling

23 *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3, p. 21 e.v., p. 27, p. 29 en p. 30.

24 R.J.N. Schlössels, R.J.B. Schutgens & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Band 2*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 750.

25 Evenzo Schlössels, Schutgens & Zijlstra 2019, nr. 750. Vgl. B.W.N. de Waard (m.m.v. J.B.J.M. ten Berge), *Leerstukken van bestuursprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 43.

26 Evenzo Schlössels, Schutgens & Zijlstra 2019, nr. 750. Vgl. De Waard 2015, p. 31 die het ontbreken van verplichte procesverteenwoordiging als kenmerk duidt.

27 M. Julicher, ‘Waar zijn ‘de essentialia’ in de Grondwet?’, *NJB* 2021/2281, p. 2501.

28 *Kamerstukken II* 1977/78, 15046, nr. 3, p. 4.

29 *Kamerstukken II* 1977/78, 15046, nr. 3, p. 6. Dit staat er niet aan in de weg dat in bijzondere wetten in formele zin wordt afgeweken van een algemene wet in formele zin (lex specialisregel), of dat – mits niet in strijd met hogere regels – in lagere regelgeving bestuursrechtelijke regels worden vastgesteld.

30 S.E. Zijlstra, *Bestuurlijk organisatierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 73.

31 Veel organisatieregels zijn in bijzondere wetten en regelingen vastgelegd.

in hoofdstuk 7 tamelijk summier.³² De inrichting van de provincies en gemeenten en hun bevoegdheden zijn door de grondwetgever voornamelijk overgelaten aan de wetgever in formele zin.³³ De organisatie van andere overheidsinstellingen, zoals gemeenschappelijke regelingen en zelfstandige bestuursorganen, is deels in de Grondwet te vinden, maar voor een belangrijk deel ook niet. De Grondwet geeft, kortom, geen compleet overzicht van de hoofdlijnen van het Nederlandse openbaar bestuur.³⁴ Voor zover de Grondwetgever de wetgever opdraagt om organieke wetgeving vast te stellen, bijvoorbeeld over gemeenschappelijke regelingen,³⁵ geeft de Grondwet bovendien nauwelijks een kader of een richting.³⁶

Voor de *bestuursrechtspraak* is artikel 112 lid 2 Gw van belang. Deze bepaling geeft aan de wetgever de bevoegdheid tot het instellen van afzonderlijke bestuursrechters, maar staat ook toe dat de beslechting van bestuursrechtelijke geschillen wordt opgedragen aan gerechten die tot de rechterlijke macht behoren. Op een enkele andere plaats, bijvoorbeeld in artikel 73 lid 3 Gw, wordt de wetgever de bevoegdheid gegeven om aan de Raad van State (of een afdeling daarvan) de uitspraak in geschillen van bestuur op te dragen. Hoewel de Grondwet het fundament onder het Nederlandse stelsel van bestuursrechtspraak vormt, blijkt daaruit geen volledig beeld van het systeem van bestuursrechtspraak. De Grondwet laat veel ruimte aan de wetgever in formele zin. De wetgever kan kiezen voor het instellen van bestuursrechters, maar dat hoeft niet. Bovendien geeft de Grondwet de wetgever veel vrijheid bij de inrichting van het stelsel. Een blauwdruk geeft de Grondwet niet en enige richting evenmin.³⁷ Nu er niet zoveel geregeld is over de inrichting van het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming in de Grondwet, is het – met de blik van nu – des

te opvallender dat er wél een artikel is opgenomen over administratief beroep (artikel 115), een vorm van bestuursrechtelijke rechtsbescherming die inmiddels zeer op de achtergrond is geraakt.³⁸

Voorts geeft de Grondwet uitdrukking aan de verhouding tussen de verschillende staatsmachten. Een bekend voorbeeld is artikel 120 Gw, waarin is bepaald dat de rechter niet treedt in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen. Dit is een belangrijke bepaling die ziet op de verhouding tussen de wetgever in formele zin en de (bestuurs)rechter. De rechter legt artikel 120 Gw ruim uit in de zin dat die bepaling eveneens in de weg staat aan de toetsing van wetten in formele zin aan fundamentele rechtsbeginselen, tenzij sprake is van niet door de wetgever verdisconteerde omstandigheden.³⁹

2.4 *Rechtsbeginselen*

De Grondwet bevat weliswaar een opdracht tot het vaststellen door de wetgever van algemene regels van bestuursrecht, maar de dragende rechtsbeginselen van het *materiële* bestuursrecht zijn nauwelijks in de Grondwet vervat. Wel bevat de Grondwet normen die daaraan raken. Zo zijn de grondrechten die in hoofdstuk 1 van de Grondwet zijn opgenomen van belang voor de wetgever, het handelen van het openbaar bestuur en voor de toetsing van dit bestuurshandelen door de bestuursrechter. Een ander voorbeeld is artikel 110 Gw. Dit artikel bepaalt dat de overheid bij de uitvoering van haar taak openbaarheid volgens regels bij de wet te stellen betracht. Deze bepaling bedraagt een opdracht voor de overheid, maar geeft geen recht op informatie jegens de overheid.⁴⁰

De Grondwet bevat tevens weinig leidende rechtsbeginselen waarop het *bestuursprocesrecht* is gestoeld. Daarin is onlangs wat beweging gekomen. Tot voor kort was de terrechte kritiek op de Grondwet dat daarin het fundamentele recht op toegang tot de rechter en het recht op een eerlijk proces niet zijn geregeld en daardoor minder bescherming bood dan het EVRM en het EU-Grondrechtenhandvest.⁴¹ Dit is recent ondervangen door in artikel 17 lid 1 Gw een recht op toegang tot de rechter en een recht op een eerlijk proces op te nemen (zie paragraaf 2.1).

2.5 *Tussenbalans*

Het bestuursrecht is beperkt geregeld in de Grondwet. De grondslagen van het systeem staan weliswaar in de Grondwet, maar er wordt veel overgelaten aan de wetgever in formele zin, zonder daarbij richting te geven. De dragende rechtsbeginselen van het bestuursrecht staan nauwelijks in

32 De deconstitutionalisering die de regering bij de grondwetsherziening van 1983 voor ogen had, is door enkele aangenomen amendementen niet ten volle gerealiseerd (bijv. art. 126, art. 128, art. 132 lid 3 Gw). In 2018 is de wijze van benoeming van de commissaris van de Koning en de burgemeester gedeconstitutionaliseerd (art. 131). Zie hierover J.L.W. Broeksteeg, 'Decentralisatie en deconstitutionalisering: welke regels moet de Grondwet bevatten?', *AA* 2022, p. 497-500.

33 Dat neemt niet weg dat de Grondwet over bepaalde onderwerpen naar verhouding gedetailleerd is, zoals over het kiesstelsel voor provinciale staten en de gemeenteraad. Zie over deze 'onevenwichtigheid' Broeksteeg 2022, p. 496.

34 Vgl. P.W. Tetteroo & S.E. Zijlstra, 'Het openbaar bestuur in de Grondwet: adviezen van de Raad voor het Openbaar bestuur inzake hoofdstuk 7 Grondwet', *NTB* 2003, afl. 2, p. 41; M.M. Julicher, *Nederlandse grondrechten: klaar voor de toekomst? Modernisering van grondrechten in de Grondwet in het licht van het EVRM en het EU-Grondrechtenhandvest* (diss. Utrecht), Ridderprint BV 2020, p. 73, die signaleert dat in de Grondwet vrijwel geen aandacht wordt besteed aan de bestuursfunctie en een definitie van het bestuur ontbreekt.

35 Art. 135 Gw.

36 Zo ook Tetteroo & Zijlstra 2003, p. 41.

37 Vgl. in dit verband de vruchteloze discussie over te nemen institutionele maatregelen ter bevordering van de rechtseenheid, waarbij twee visies tegenover elkaar staan. Enerzijds de visie waarbij het huidige systeem met de verschillende hoogste bestuursrechters wordt gehandhaafd en anderzijds de visie waarbij de bestuursrechtspraak geheel wordt ondergebracht bij de rechterlijke macht. De Grondwet is in deze discussie niet richtinggevend. Een formele (grondwettelijke) rechtseenheidsvoorziening ontbreekt in het Nederlandse bestuursrecht. Zie hierover R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Band 1*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 219; Schlössels, Schutgens & Zijlstra 2019, nr. 742 en 749.

38 Zie Schlössels, Schutgens & Zijlstra 2019, nr. 730 met verdere literatuurverwijzingen.

39 HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, *AB Klassiek* 2022/14, m.nt. R.J.B. Schutgens (*Harmonisatiewet-arrest*); ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772.

40 Zie uitvoerig E.J. Daalder, *Handboek openbaarheid van bestuur*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 39 e.v.

41 Zie bijv. T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & J.H. Gerards, *De toegang tot de rechter en een eerlijk proces in de Grondwet? Behoeft de Nederlandse Grondwet aanvulling met een recht op toegang tot de rechter en een eerlijk proces?*, Deventer: Kluwer 2009, p. 33.

de Grondwet. Op het vlak van de bestuursprocesrecht is hier onlangs verandering in gekomen.

3. Aanknopingspunten voor verdere constitutionalisering

3.1 Inleiding

In deze paragraaf verkennen wij de mogelijkheden tot een nadere verankering van het bestuursrecht in de Grondwet op een wijze die zowel past bij het sobere en open karakter daarvan als bij de recente ontwikkelingen die invulling geven aan een sterker normatief juridisch karakter van de Grondwet. Daartoe brengen wij bij wijze van meta-studie in kaart welke voor het bestuursrecht relevante voorstellen reeds gedaan zijn in de literatuur. Daarbij betrekken wij voorstellen die ontleend zijn aan internationaal recht en EU-recht of aan andere nationale rechtsordes waarin de constitutionalisering van het bestuursrecht meer vorm heeft gekregen dan in Nederland. Een dergelijke blik over de grens zien we ook terug in de werkwijze van de regering, zoals bij de totstandkoming van de recent ingevoerde Algemene bepaling.⁴²

Bij de bespreking van de mogelijke aanpassingen ligt onze focus op de grondslagen van het stelsel en de dragende rechtsbeginselen. Het past niet bij de aard van de Nederlandse Grondwet (sober en open) om daarin de gedetailleerde kenmerken van het bestuursrecht op te nemen. Dit neemt natuurlijk niet weg dat aanpassingen van de Grondwet, waarbij de grondslagen en dragende rechtsbeginselen van het bestuursrecht meer vorm krijgen, kunnen doorklinken in de kenmerken van het bestuursrecht zoals die in wetgeving en rechtspraak zijn en worden uitgewerkt. Aan het slot van deze paragraaf besteden wij afzonderlijk aandacht aan de meerwaarde van een verdere constitutionalisering van het bestuursrecht in de Grondwet.

3.2 Grondslagen

3.2.1 Wetgever

Wat betreft de wetgevende functie kan de vraag worden gesteld of de in artikel 107 lid 2 Gw neutraal geformuleerde opdracht dat de wet algemene regels van bestuursrecht vaststelt, nadere inkadering behoeft. Het kan namelijk ook anders. Inspiratie kan, met anderen in de Nederlandse literatuur,⁴³ worden opgedaan in Zuid-Afrika, waar het bestuursrecht in vergaande mate is geconstitutionaliseerd.⁴⁴ Zo geeft de *Constitution of the Republic of South Africa, 1996*⁴⁵

niet alleen de opdracht om bestuursrechtelijke wetgeving te maken, maar geeft daarbij tevens richting aan de inhoud van die wetgeving. De wetgeving moet uitwerking geven aan het motiveringsbeginsel en het recht op overheidsbesluiten die “*lawful, reasonable and procedurally fair*” zijn, voorzien in onafhankelijke en onpartijdige rechtspraak tegen overheidsbesluiten en efficiënt bestuur bevorderen.⁴⁶ Men zou zich kunnen afvragen wat de meerwaarde van een richtinggevende opdracht tot het maken van algemene regels van bestuursrecht vandaag de dag nog kan zijn. De Awb is immers al in 1994 in werking getreden. Daar kan tegenover worden gesteld dat de Awb niet ‘af’ is. De Awb vergt voortdurend onderhoud. Daarvoor worden ook continu voorstellen gedaan. In dit verband kan gewezen worden op de preconsultatie van het wetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb.⁴⁷ Een nadere inkadering van de wetgevingsopdracht kan richtinggevend zijn voor toekomstige veranderingen en toevoegingen.⁴⁸ Te denken valt aan het bestuursprocesrecht dat geregeld wijzigingen ondergaat, terwijl een duidelijke blauwdruk daarvan ontbreekt.⁴⁹ Het is uiteraard de vraag hoe die nadere inkadering van de wetgevingsopdracht eruit zou kunnen komen te zien. In die taakopdracht kan een verband worden gelegd met de al aanwezige en mogelijk uit te breiden grondrechten die zien op het openbaar bestuur en de (bestuurs)rechter. Zo zou de wettelijke taakopdracht kunnen zijn om de onafhankelijke en onpartijdige rechtspraak tegen overheidsbesluiten vorm te geven.⁵⁰ Een onderdeel van de taakopdracht zou ook kunnen zijn om een grondrecht op behoorlijk bestuur nader uit te werken (zie daarover hierna paragraaf 3.3.1).

3.2.2 Openbaar bestuur

De bestuurlijke functie op het niveau van de Staat kan in de Grondwet nog aan kracht winnen. De organisatie van het openbaar bestuur op centraal niveau is neergelegd in een vrij ondoorzichtige lappendeken aan wetten en regels. In de literatuur is verschillende keren gepleit voor een Organisatiewet voor de rijksdienst, een wet in formele zin waarin

42 Zie *Kamerstukken II 2015/16*, 34516, nr. 3, p. 4-5.

43 Y.E. Schuurmans, ‘De goede hoop – op constitutionele verankering van het bestuursrecht’, *RM Themis* 2020, afl. 3, p. 105 e.v.

44 Zie voor de achtergronden van de Zuid-Afrikaanse Grondwet in relatie tot het bestuursrecht: C. Hoexter & G. Penfold, *Administrative Law in South Africa*, Cape Town: JUTA 2021. Diverse landen waarin het bestuursrecht eveneens een sterke constitutionele verankering kent, hebben hun inspiratie daarvoor ontleend aan het Zuid-Afrikaanse recht. Zie J. Jowell, ‘The Democratic Necessity of Administrative Justice’, in: H. Corder (red.), *Comparing Administrative Justice across the Commonwealth*, Cape Town: JUTA 2006, p. 15.

45 De tekst is raadpleegbaar via: <https://www.gov.za/documents/constitution-republic-south-africa-1996>.

46 Section 33(3) bevat de opdracht aan de wetgever, maar moet in samenhang worden gelezen met de leden daarvoor. Section 33 uit de Zuid-Afrikaanse Constitution luidt als volgt: “1. Everyone has the right to administrative action that is lawful, reasonable and procedurally fair. 2. Everyone whose rights have been adversely affected by administrative action has the right to be given written reasons. 3. National legislation must be enacted to give effect to these rights, and must a. provide for the review of administrative action by a court or, where appropriate, an independent and impartial tribunal; b. impose a duty on the state to give effect to the rights in subsections (1) and (2); and c. promote an efficient administration.”

47 *Kamerstukken II 2022/23*, 29279, nr. 763.

48 Er is nog een argument waarom het feit dat er al een Awb is op zichzelf geen reden hoeft te zijn om de wetgevingsopdracht niet alsnog te normeren. Voor het tweede lid van art. 107 Gw geldt namelijk ook dat het voorwerk van de Awb al een aanvang had genomen voordat het tweede lid van art. 107 Gw in 1983 het licht zag. Zie S.E. Zijlstra, ‘Eenheid in bestuurlijk organisatierecht: naar een Organisatiewet rijksdienst’, in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In eenheid. Over rechtseenheid en uniforme rechtstoepassing in het bestuursrecht*, Den Haag: Sdu uitgeverij 2007, p. 54-55; R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010, p. 84-85.

49 Vgl. Schlössels, Schutgens & Zijlstra 2019, nr. 750.

50 Art. 107 lid 2 Gw zag bij inwerkingtreding in 1983 uitdrukkelijk niet op het procesrecht, omdat dat toen nog te controversieel was. Zie N. Verheij, ‘The making of’ de Awb’, *NTB* 2004/23, p. 149.

een belangrijk deel van de bestaande regels kan worden ondergebracht.⁵¹ Kort geleden is door de Staatscommissie Parlementair Stelsel een Wet op de overheidsorganisaties voorgesteld, al ziet die vooral op zelfstandige bestuursorganen (zbo's) en privatiseringen.⁵² Het kabinet ziet weinig in een dergelijke wet, aangezien eerder al de Kaderwet zbo's tot stand is gebracht.⁵³ Hoewel de pleidooien voor een organisatiewet tot nu toe vruchteloos zijn gebleken, zijn er verschillende argumenten te noemen waarom zo'n wet nuttig kan zijn. Een dergelijke wet draagt bij aan harmonisatie, eenheid en toegankelijkheid van het centrale organisatierecht. Daarnaast kan een algemene organisatiewet de hoofdlijnen geven van de centrale overheidsorganisatie en tevens een grondslag vormen voor lagere organisatieregels, hetgeen de democratische legitimatie van het overheidsorganisatierecht ten goede komt.⁵⁴ De Grondwet kan aan dit geheel een grondslag bieden door opneming van een codificatieartikel, naar het voorbeeld van het al eerdergenoemde artikel 107 lid 2 Gw, dat voorschrijft dat de wet algemene regels inzake de rijksdienst vaststelt.⁵⁵ Een dergelijke bepaling sluit aan bij het sobere en open karakter van de Grondwet. In het verleden is door de Raad voor het Openbaar Bestuur (ROB) geadviseerd om de hoofdelementen van het openbaar bestuur in hoofdstuk 7 van de Grondwet vast te leggen. Daarmee werd uitdrukkelijk een andere benadering gekozen dan bij de grondwetsherziening van 1983 die werd ingegeven door deconstitucionalisering.⁵⁶ Als principieel uitgangspunt nam de ROB dat de Grondwet het normatieve basisdocument van het openbaar bestuur is en de kernelementen van het openbaar bestuur moet bevatten. Die kern-elementen omvatten de belangrijkste ambten, de belangrijkste bevoegdheden die zij uitoefenen, de basisprincipes van de verhouding tussen de bestuurslagen, de wijzen van verkrijgen en verlies van ambten en de verhouding tussen de bestuursorganen binnen de betreffende bestuurslaag.⁵⁷ De ROB heeft tegen deze achtergrond concrete voorstellen gedaan om de grondwettelijke regeling van vooral de provincies en gemeenten, maar ook van andere in hoofdstuk 7 Gw genoemde openbare lichamen, meer uit te werken.⁵⁸ Het

kabinet zag niets in deze voorstellen omdat daarmee zou worden teruggekomen van het streven naar deconstitucionalisering dat ten grondslag lag aan de grondwetsherziening van 1983 en daarmee afscheid zou worden genomen van het sobere en open stelsel van de Grondwet en verstarring op de loer ligt.⁵⁹ Betwijfeld kan worden of de regering vandaag de dag wel ontvankelijk is voor een meer grondwettelijke uitwerking van het openbaar bestuur in hoofdstuk 7 Gw, aangezien de benoeming van de commissaris van de Koning en de burgemeester recent nog is gedeconstitucionaliseerd.⁶⁰ Door de ROB werd verder voorgesteld om zbo's op het niveau van de centrale overheid een plaats te geven in hoofdstuk 2 van de Grondwet.⁶¹ Dit voorstel is door het kabinet evenmin overgenomen.⁶² Eerder strandde al eens een bij de Tweede Kamer ingediend wetsvoorstel om zbo's op te nemen in hoofdstuk 7 van de Grondwet.⁶³ Het wetsvoorstel werd na kritiek van de Raad van State⁶⁴ en de Tweede Kamer⁶⁵ ingetrokken.⁶⁶ Volgens Zijlstra bestaat er thans geen aanleiding meer voor een grondwettelijke regeling van zbo's, omdat het zbo inmiddels zijn langste tijd heeft gehad.⁶⁷ Het zbo is gebaseerd op de dichotomie tussen ondergeschikten en zelfstandige bestuursorganen. Deze dichotomie is volgens Zijlstra achterhaald, enerzijds omdat er organisatievormen bestaan die niet goed in deze tweedeling passen en anderzijds omdat het onderscheid tussen ondergeschikte en zelfstandige instellingen in toenemende mate wordt gerelativeerd.⁶⁸ Hiervoor is gekeken naar organisatorische vraagstukken rondom het openbaar bestuur. Een andere vraag is of het opnemen van een algemene richtinggevende taakopdracht aan het bestuur in de Grondwet te overwegen is. Die vraag bespreken wij in hierna in paragraaf 3.3.1.

3.2.3 Bestuursrechtspraak

In de Grondwet is weinig geregeld over de inrichting van het stelsel van bestuursrechtspraak. Dat is vanwege het karakter van een sobere en open Grondwet wellicht te begrijpen, maar het geeft zo veel ruimte voor de wetgever dat een complex systeem van bestuursrechtspraak tot ontwikkeling heeft kunnen komen dat bovendien relatief gemakkelijk gewijzigd kan worden. Wellicht kan worden nagedacht over de vraag of de basisstructuur van de bestuursrechtspraak

51 Zie Zijlstra 2007, p. 45-59 met nadere bronverwijzingen; Zijlstra 2019, p. 88 en p. 302-303.

52 Staatscommissie parlementair stelsel, *Lage drempels, hoge dijken. Democratie en rechtsstaat in balans*, Amsterdam: Boom 2018, p. 318, p. 325-327, p. 371. Vgl. Zijlstra 2007, p. 57 en Zijlstra 2019, p. 88 over zelfstandige bestuursorganen.

53 *Kamerstukken II* 2018/19, 34430, nr. 10, p. 24.

54 Zijlstra 2007, p. 52 en p. 58.

55 Zijlstra 2007, p. 54-55; Zijlstra 2019, p. 88.

56 Tetteroo & Zijlstra 2003, p. 42.

57 *Het openbaar bestuur in de Grondwet. Advies modernisering hoofdstuk 7 van de Grondwet deel I*, Den Haag: ROB 2002, p. 26-30; *Provincies en gemeenten in de Grondwet. Advies modernisering hoofdstuk 7 van de Grondwet deel II*, Den Haag: ROB 2002, p. 17-18; Tetteroo & Zijlstra 2003, p. 40.

58 *Het openbaar bestuur in de Grondwet. Advies modernisering hoofdstuk 7 van de Grondwet deel I*, Den Haag: ROB 2002; *Provincies en gemeenten in de Grondwet. Advies modernisering hoofdstuk 7 van de Grondwet deel II*, Den Haag: ROB 2002; *Andere openbare lichamen in de Grondwet. Advies modernisering hoofdstuk 7 van de Grondwet deel III*, Den Haag: ROB 2003. Zie ook nog VNG-Commissie Gemeentewet en Grondwet, *De eerste overheid*, Den Haag: VNG 2007, waarin is voorgesteld om de gemeentelijke (financiële en fiscale) autonomie en het lokaliteitsbeginsel expliciet in de Grondwet te verankeren.

59 *Kamerstukken II* 2003/04, 29200-VII, nr. 62.

60 *Stb.* 2018, 493.

61 *Andere openbare lichamen in de Grondwet. Advies modernisering hoofdstuk 7 van de Grondwet deel III*, Den Haag: ROB 2003, p. 66-68.

62 *Kamerstukken II* 2003/04, 29200-VII, nr. 62.

63 *Kamerstukken II* 1997/98, 25629, nrs. 1-2. Zie hierover C.A.J.M. Kortmann, 'ZBO's: Zeer Bijzondere Opvattingen. Zelfstandige bestuursorganen in de Grondwet?', *Gst.* 1997, afl. 7064, p. 618-619. Het wetsvoorstel bevat ook de schrapping van art. 136 Gw over geschillen tussen openbare lichamen. In het verleden is in de literatuur verschillende keren gepleit voor een grondwettelijke regeling voor zbo's. Zie, met literatuurverwijzingen, C.P.J. Goorden, 'Verzelfstandiging: naar een doorzichtig en geregeld bestuur', in: C.P.J. Goorden, M.M. den Boer & F.K. Buijn, *Zbo's, verzelfstandiging en privatisering* (VAR-reeks 118), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1997, p. 60 e.v. en p. 114 e.v.

64 *Kamerstukken II* 1997/98, 25629, B.

65 *Kamerstukken II* 1997/98, 25629, nr. 5.

66 *Kamerstukken II* 1998/99, 25629, nr. 6.

67 Zijlstra 2019, p. 303-304.

68 Zijlstra 2019, p. 299-303.

niet meer grondwettelijk zou moeten worden ingekleed. Hierbij komt een formele rechtseenheidsvoorziening in beeld, die op dit moment in het bestuursrecht ontbreekt. Naar voorbeeld van het Duitse Grundgesetz, dat een formele afstemmingsregeling kent tussen de hoogste rechters binnen de bond,⁶⁹ zou een bepaling over rechtseenheid in het Nederlandse bestuursrecht een plaats kunnen krijgen in de Grondwet. Betwijfeld kan echter worden of het daar nu wel het moment voor is, aangezien de netelige discussie over te nemen institutionele maatregelen ter bevordering van de rechtseenheid nog niet zo lang geleden is gestrand. Een onderwerp dat zich wat gemakkelijker voor een grondwetsherziening leent, betreft het administratief beroep zoals opgenomen in artikel 115 Gw. Deze vorm van bestuursrechtelijke rechtsbescherming (door het bestuur) is vandaag de dag op de achtergrond geraakt; nu is de gangbare voorprocedure in het bestuursprocesrecht de bezwaarprocedure. De Grondwet zou geactualiseerd kunnen worden door het verouderde artikel 115 Gw te schrappen dan wel aan te passen aan de voorprocedure van bezwaar.⁷⁰

3.2.4 Verhouding tussen staatsmachten: grondwettelijk toetsingsverbod

In bestuursrechtelijke discussies over de verhouding tussen de staatsmachten springt het toetsingsverbod van artikel 120 Gw in het oog. Nederland is het enige land binnen de Raad van Europa dat geen enkele vorm van constitutionele toetsing kent.⁷¹ De discussie over de houdbaarheid van het toetsingsverbod heeft aan urgentie gewonnen sinds de kinderopvangtoeslagenaffaire. De afwezigheid van constitutionele toetsing is dikwijls geen probleem, omdat wetten in formele zin wel aan bijvoorbeeld het EVRM of het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR) kunnen worden getoetst. Soms is het wel een probleem, bijvoorbeeld als het gaat om de formeel wettelijke regels over kinderopvangtoeslag, die buiten de reikwijdte van deze verdragen vallen.⁷² Een vorm van constitutionele toetsing kan in deze gevallen mogelijk uitkomst bieden.⁷³ Het leidt tot meer rechtsbescherming voor de burger en versterkt de normatieve kracht van de Grondwet.⁷⁴

Bij het mogelijk maken van toetsing van wetten in formele zin aan de Grondwet zijn verschillende opties mogelijk.

Het kabinet heeft recent in een hoofdlijnenbrief over constitutionele toetsing haar voorkeur uitgesproken voor een systeem waarbij iedere rechter wetten in formele zin kan toetsen aan met name genoemde grondwetsbepalingen over vrijheidsrechten, waarbij de rechter in een bindend rechterlijk oordeel in een concreet geval een wet of wetsbepalingen buiten toepassing kan laten wegens strijd met de Grondwet.⁷⁵ Of daarmee in de toekomst ook een affaire zoals met de toeslagen kan worden voorkomen, is nog maar de vraag, aangezien dat ook afhankelijk is van de normen die de Grondwet bevat. Zo bevat de Grondwet geen codificatie van het evenredigheidsbeginsel en rechterlijke toetsing aan de bepalingen over de vrijheidsrechten biedt bij de huidige stand van grondwetsinterpretatie in de rechtspraak geen soelaas omdat bij de beperkingssystematiek een expliciete rol voor proportionaliteit ontbreekt.⁷⁶ De discussie over toetsing van wetten in formele zin aan de Grondwet kan dan ook niet los worden gezien van de vraag welke rechtsbeginselen de Grondwet zou moeten bevatten.⁷⁷

Het valt op dat het kabinet in de hoofdlijnenbrief over constitutionele toetsing de vraag naar toetsing van wetten in formele zin aan (ongeschreven) fundamentele rechtsbeginselen voor zich uitschuift.⁷⁸ Het kabinet wijst elke vorm van toetsing aan ongeschreven recht niet (meer) nadrukkelijk af, maar neemt hierover nog geen standpunt in. Het kabinet vraagt zich af of er wel voldoende constitutionele rijpheid is en wacht de ontwikkelingen in de rechtspraak af. Er zijn momenteel verschillende geluiden te horen dat de rechter de ruime benadering van het toetsingsverbod zou moeten verlaten, waardoor formele wetten aan fundamentele rechtsbeginselen getoetst kunnen worden.⁷⁹ De grote kamer van de Afdeling bestuursrechtspraak ziet in een recente

69 Art. 95(3) Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Zie Schlössels & Zijlstra 2017, nr. 219.

70 Schrapping van art. 115 Gw betekent niet dat administratief beroep helemaal niet meer mogelijk zou zijn. Op grond van art. 107 lid 2 Gw kan nog steeds in administratief beroep worden voorzien.

71 European Commission for Democracy through Law (Venice Commission) (18 October 2021), *The Netherlands. Opinion on the Legal Protection of Citizens*, Opinion No. 1031/2021, CDL-AD(2021)031, par. 125 (Venetiëcommissie 2021).

72 Zie B.J. van Eetkoven, "Tussen wet en recht". Reactie van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State op het rapport Ongekend onrecht van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag', *NJB* 2021/101, p. 100. Anders: S.E. Zijlstra, 'Lessen uit de toeslagenaffaire', *NTB* 2021/60; A. al Khatib & T. Linders, 'Het EVRM als anker om een nieuwe toeslagenaffaire te voorkomen', *NJB* 2021/1321.

73 Venetiëcommissie 2021, par. 129; Conclusie staatsraden A-G R.J.G.M. Widdershoven & P.J. Wattel 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, par. 9.6.

74 Staatscommissie Grondwet 2010, p. 26, p. 46-47; Staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 200.

75 *Kamerstukken II* 2021/22, 35925-VII, nr. 169. Zie hierover ook *Kamerstukken I* 2022/23, 34430, AF.

76 Zie ook K.M. de Vries & A.E.M. Leijten, 'Over proportionaliteit gesproken. De opinie van de Venetiëcommissie over de toeslagenaffaire, en waarom we het ook over grondrechten moeten hebben', *NTM/NJCMbull.* 2022/4, p. 74 en p. 76-77. Kummeling laat zien dat hoewel de proportionaliteits-toets geen deel uitmaakt van de grondwettelijke beperkingssystematiek, er toch wel incidenteel *rechterlijke* uitspraken zijn te vinden waarin deze toets wordt toegepast, maar dat zijn slechts uitzonderingen. Een zelfstandige evenredigheidstoets is door de Nederlandse rechter niet tot ontwikkeling gekomen. Zie H.R.B.M. Kummeling, 'Proliferatie van proportionaliteit. Over een beginsel dat ook in de Nederlandse Grondwet niet zou misstaan', in: P.P.T. Bovend'Eert, J.W.A. Fleuren & H.R.B.M. Kummeling (red.), *Grensverleggend staatsrecht* (Kortmann-bundel), Deventer: Kluwer 2001, p. 245-247. Er wordt overigens wel betoogd dat de wetgever op grond van de huidige Grondwet gehouden is om bij grondrechtenbeperkingen rekening te houden met proportionaliteit. Zie daarover L.C. Groen & L.F.M. Verhey, 'De betekenis van grondwettelijke grondrechten voor de wetgever: dode letter of zelfstandig ijkpunt?', *RegelMaat* 2020, p. 426-449.

77 Vgl. Venetiëcommissie 2021, par. 129.

78 *Kamerstukken II* 2021/22, 35925-VII, nr. 169, p. 8-9.

79 Zie onder meer T. Barkhuysen, 'Toetsing van formele wetgeving aan rechtsbeginselen: de rechter moet de harmonisatieblokkade opheffen', *NJB* 2022/2095; Conclusie staatsraden A-G R.J.G.M. Widdershoven & P.J. Wattel 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, par. 9.6. Volgens staatsraad A-G G. Sniijders (conclusie 18 mei 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1441, par. 5) heeft de rechter niet de ruimte om het toetsingsverbod in deze zin te beperken. Een tussenvariant kan zijn dat de rechter, geïnspireerd op de rechtspraak over art. 4:84 Awb, een wettelijke bepaling ook buiten toepassing laat wanneer een omstandigheid weliswaar in algemene zin is verdisconteerd bij het opstellen van die bepaling, maar in het individuele geval tot onverenigbare gevolgen leidt en dus in concreto niet is verdisconteerd. In deze zin Huisman & Jak 2021, p. 255.

uitspraak geen aanleiding het toetsingsverbod anders uit te leggen dan tot nu toe in de jurisprudentie is gedaan, omdat zij de gedachtenvorming van de (grond)wetgever niet wil doorkruisen.⁸⁰ Zolang de rechtspraak niet wijzigt en het kabinet toetsing aan ongeschreven rechtsbeginselen nog niet oppoortuun acht, verdient het, gelet op het hiervoor besprokene, aanbeveling dat het kabinet bij zijn voorstel om toetsing aan grondwettelijke vrijheidsrechten mogelijk te maken de vraag betreft of bepaalde ongeschreven rechtsbeginselen, zoals het evenredigheidsbeginsel, niet in de Grondwet tot uitdrukking zouden moeten worden gebracht.⁸¹ Hierop komen wij terug in paragraaf 3.3.2.

3.3 Rechtsbeginselen

3.3.1 Recht op behoorlijk bestuur

De Grondwet bevat geen richtinggevende bepaling of grondrecht over behoorlijk bestuur. Het recht op behoorlijk bestuur is wel vervat in artikel 41 EU-Grondrechtenhandvest. De bescherming daarvan voor het Nederlandse systeem is relatief beperkt. Dit artikel is alleen in te roepen tegen acties van instellingen, organen en instanties van de EU en niet tegen acties van de lidstaten. Het recht op behoorlijk bestuur wordt echter door het Hof van Justitie van de EU ook gezien als een algemeen beginsel van Unierecht, dat wel geldt voor het handelen van de lidstaten, maar dan alleen voor zover dat handelen binnen het toepassingsgebied van het Unierecht valt.⁸² Een Nederlands grondrecht op behoorlijk bestuur in de Grondwet zou dit hiaat kunnen opvullen. Het zou een verdere versterking betekenen van de juridisch-normatieve functie van de Grondwet en de rechtsbescherming van de burger dienen. Het brengt een vergroting van de zichtbaarheid en normering van het openbaar bestuur met zich mee en het biedt de rechter handvatten voor de toetsing en een doorontwikkeling van de rechtsvorming van behoorlijk bestuur.⁸³

Een recht op behoorlijk bestuur is in de Grondwet vorm te geven als een algemeen geformuleerde bepaling die afdwingbaar is voor de rechter. Een algemene formulering sluit aan bij het sobere en open karakter van de Grondwet. Het afdwingbare karakter past bij de recente toevoeging van het recht op een eerlijk proces bij de rechter in artikel 17 Gw. Bovendien zou een algemene dwingende bepaling aansluiten bij artikel 41 EU-Grondrechtenhandvest, waarin in het eerste lid eveneens sprake is van een algemene afdwingbare bepaling.⁸⁴ Julicher stelt een op de Nederlandse situatie toegesneden variant van de formulering van artikel 41 EU-Grondrechtenhandvest voor: *“Eenieder heeft er recht*

*op dat zijn zaken onpartijdig, behoorlijk en binnen een redelijke termijn door een bestuursorgaan worden behandeld.”*⁸⁵

Het is uiteraard mogelijk om andere accenten te leggen in een in hoofdstuk 1 Gw op te nemen grondrecht over behoorlijk bestuur. Met Schuurmans valt te denken aan een bepaling zoals in de Zuid-Afrikaanse Constitution (section 33(1)), die sterker het accent legt op een rechtvaardig opererend bestuur. De Zuid-Afrikaanse bepaling luidt: *“Everyone has the right to administrative action that is lawful, reasonable and procedurally fair.”*⁸⁶ Een Nederlandse equivalent zou als volgt kunnen luiden: *“Eenieder heeft er recht op dat zijn zaken rechtmatig, redelijk en procedureel rechtvaardig door een bestuursorgaan worden behandeld.”*⁸⁷

Een overweging zou kunnen zijn om aan een grondrecht dat ziet op behoorlijk bestuur nog enige specifieke, nader uitgewerkte elementen toe te voegen in een tweede lid. Die systematiek is te zien bij zowel artikel 41 EU-Grondrechtenhandvest als section 33 van de Zuid-Afrikaanse Constitution. Te denken valt aan het recht gehoord te worden bij belastende beslissingen en de plicht om bestuurshandelingen te motiveren. Het is echter de vraag of een nadere specificering in deelrechten aansluit bij het karakter van de Nederlandse Grondwet. Onlangs is er om die reden door de wetgever van afgezien om een uitputtende opsomming van alle elementen en deelrechten die horen bij het recht op een eerlijk proces bij de rechter in de Grondwet op te nemen.⁸⁸ Overigens vergt het opnemen van bijvoorbeeld een algemene motiveringsplicht, of een algemeen motiveringsbeginsel, een eigen afweging, mede in het licht of deze voldoende algemeen geformuleerd kan worden.

Naast het opnemen van een grondrecht in hoofdstuk 1 zou gedacht kunnen worden aan het opnemen van een bepaling met een niet-afdwingbare taakopdracht aan de uitvoerende macht in hoofdstuk 5 van de Grondwet. Die twee sluiten elkaar niet uit.⁸⁹ Een bepaling met een taakopdracht kan een belangrijke interpretatieve functie hebben en houvast geven aan de taakvervulling door de uitvoerende macht.⁹⁰ In een dergelijke taakopdracht zou, geïnspireerd door de Zuid-Afrikaanse Constitutie, kunnen worden opgenomen dat het bestuur onpartijdig handelt, zich responsief opstelt,

80 ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772, ro. 9.9.

81 In deze zin al Advies HR d.d. 31 oktober 1991, randnr. 12. Het advies is te raadplegen via <https://www.hogeraad.nl/over-ons/publicaties/wetgevingsadviezen-president-procureur-generaal/>.

82 Zie uitvoeriger Schlössels 2016, par. 2.3 en Julicher 2020, p. 79. Julicher bespreekt ook de bescherming in het kader van art. 1 EP EVRM en de rechtspraak van het EHRM en komt tot de conclusie dat de materiële bescherming die op het gebied van behoorlijk bestuur aan het EVRM kan worden ontleend, (nog) niet van hoog niveau is (p. 79-80).

83 Julicher 2020, p. 87 en Schuurmans 2020, p. 108.

84 Julicher 2020, p. 81 e.v.

85 Julicher 2020, p. 85. Zij maakt in de door haar geformuleerde bepaling expliciet duidelijk, door het gebruik van de term 'behoorlijk', dat er geen bescherming van het ruimere concept 'goed' bestuur is beoogd (p. 83 en p. 86). Het ruimere concept van 'goed' bestuur omvat, naast behoorlijk bestuur, transparant bestuur, participatief bestuur, verantwoordend bestuur, effectief bestuur en mensenrechten en bestuur. Zie over 'goed' bestuur: H. Addink, *Good Governance. Concept and Context*, Oxford: Oxford University Press 2019. In de literatuur is ook wel de aanbeveling gedaan om het recht op 'goed' bestuur in de Grondwet op te nemen. Zie Commissie Europeanisering algemeen bestuursrecht, *Europa en het algemeen bestuursrecht. Burger en bestuur in de gemeenschappelijke rechtsorde* (VAR-reeks 165), Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 83 en p. 247.

86 Zie over deze bepaling bijv. Jowell 2006, p. 14-16. Jowell schrijft over de invloed van section 33 op andere constituties. Over de relatie tot art. 41 EU-Grondrechtenhandvest schrijft hij het volgende: *“Even the new Charter of Rights of the European Union has adopted a modified version of section 33.”*

87 Vgl. Schuurmans 2020, p. 108.

88 *Kamerstukken II 2015/16, 34517, nr. 3, p. 27 e.v.*

89 Julicher maakt een keuze tussen een bepaling in hoofdstuk 1 of hoofdstuk 5 van de Grondwet. Zij kiest voor de in de hoofdtekst behandelde bepaling in hoofdstuk 1 van de Grondwet. Zie Julicher 2020, p. 84-85.

90 Vgl. *Kamerstukken II 2015/16, 34517, nr. 3, p. 8 en p. 9.*

verantwoordelijk moet kunnen worden gehouden en transparant moet handelen.⁹¹ Uiteraard kunnen ook andere accenten worden gelegd. Zo zou een element als de motivering van beslissingen van bestuursorganen opgenomen kunnen worden in de taakopdracht. Dat gaat minder ver dan de hiervoor beschreven variant van het vastleggen van de motivering in een tweede lid van een grondrecht op behoorlijk bestuur. Dit zou tevens aansluiten bij de systematiek van de Grondwet inzake de rechtspraak, waarbij in artikel 17 Gw (hoofdstuk 1) het grondrecht op een eerlijke procesgang bij de rechter is vervat en in artikel 121 Gw (hoofdstuk 6) openbaarheid en de motivering van rechterlijke uitspraken tot uitdrukking komen.⁹²

3.3.2 Evenredigheid en proportionaliteitstoets

Naar aanleiding van de toeslagenaffaire is de Venetiëcommissie door de Tweede Kamer gevraagd het systeem van bestuursrechtelijke rechtsbescherming onder de loep te nemen. De commissie stelt vast dat de Nederlandse rechter via onder meer het bestuursrechtelijke evenredigheidsbeginsel en een toetsing aan het EVRM tot een proportionaliteitstoets kan komen, maar dat dit in de toeslagenaffaire geen oplossing bood.⁹³ Bij gebonden bestuursbevoegdheden op basis van wetgeving in formele zin is er geen ruimte voor een toets aan het evenredigheidsbeginsel zoals neergelegd in artikel 3:4 lid 2 Awb.⁹⁴ Als een situatie bovendien buiten de reikwijdte van het EVRM valt, biedt de daarin vervatte proportionaliteitstoets geen uitkomst. Volgens de commissie vormt in die gevallen constitutionele toetsing mogelijk een oplossing (zie ter zake paragraaf 3.2.4). Dan komt het er natuurlijk wel op aan, als constitutionele toetsing mogelijk is, aan welke normen kan worden getoetst.⁹⁵

De huidige Grondwet bevat geen uitdrukkelijke proportionaliteits: de rechtmatigheid van grondrechtenbeperkingen wordt thans bepaald aan de hand van doelcriteria, competentievoorschriften en procedurele voorschriften.⁹⁶ Om een grondwettelijke evenredigheidstoets door de rechter expliciet mogelijk te maken, is door de Staatscommissie Grondwet 2010 voorgesteld om een algemene aanvullende beperkingsclausule met een proportionaliteitsvereiste dat voor alle grondrechten geldt in de Grondwet op te nemen. Dat voorstel luidt: “Beperkingen van grondrechten gaan niet verder dan het doel van de beperking vereist.”⁹⁷ De inspiratie voor dit voorstel komt uit de hoek van het EVRM en de

andere mensenrechtenverdragen.⁹⁸ Als de huidige normen in de Grondwet niet worden aangepast, dan zal de invoering van constitutionele toetsing de rechter geen nieuwe mogelijkheden bieden om in individuele gevallen de evenredigheid van overheidsbesluiten te toetsen. Gebeurt dat wel, dan kan dat de rechterlijke toetsing aan de proportionaliteitsvereiste verstevigen.⁹⁹ Uiteraard heeft het opnemen van een algemene aanvullende bepaling over de beperkingssystematiek niet alleen gevolgen voor de rechter, dit vormt tevens een richtsnoer voor de wetgevende en uitvoerende macht en kan ook daar een proportionaliteitsimpuls geven.¹⁰⁰ Onlangs heeft de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK) laten weten eerst de ontwikkelingen over constitutionele toetsing af te wachten alvorens zich verder te buigen over de beperkingssystematiek van grondwettelijke grondrechten.¹⁰¹

3.3.3 Recht op toegang tot bestuurlijke documenten

De Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk heeft in 2000 een voorstel gedaan om in aanvulling op artikel 110 Gw in hoofdstuk 1 van de Grondwet een nieuw grondrecht op te nemen, namelijk een recht op toegang tot bij de overheid berustende informatie. Dit voorstel luidt als volgt: “Ieder heeft recht op toegang tot bij de overheid berustende informatie. Dit recht kan bij of krachtens de wet worden beperkt.”¹⁰² Later, in 2010, heeft de Staatscommissie Grondwet in een minderheidsstandpunt een voorstel tot opname van een grondrecht na artikel 7 Gw gedaan dat ziet op het recht op toegang tot bestuurlijke documenten.¹⁰³ Dit voorstel luidt: “Ieder heeft recht op toegang tot bestuurlijke documenten onder bij wet te stellen beperkingen.” Tot een vastlegging van een recht op informatie in de Grondwet is het niet gekomen, en in mei 2021 heeft de minister van BZK aangegeven dat dit op dit moment ook niet aan de orde is.¹⁰⁴ Het voorgaande staat er niet aan in de weg dat het denken over openbaarheid van bestuur en de grondwettelijke verankering daarvan enorm in beweging is op dit moment, wellicht ook bij de minister van BZK. In dit verband kan worden gewezen op een internationaal rechtsvergelijkend onderzoek dat de minister heeft laten uitvoeren naar openbaarswetgeving in andere landen, zodat daarvan geleerd kan worden en mogelijk onderdelen in het Nederlandse openbaarmakingsstelsel kunnen worden aangepast om onder andere de toegang tot overheidsinformatie te verbeteren.¹⁰⁵ In het onderzoeksrapport komt onder meer de

91 Vgl. section 195 uit de Zuid-Afrikaanse Constitution waarin onder meer deze waarden tot uitdrukking komen in een (niet-afdwingbare) bepaling die ziet op de ‘basic values and principles governing public administration’. Zie over deze bepaling ook Schuurmans 2020, p. 106.

92 Zie over de samenhang tussen de bepalingen in hoofdstuk 1 en 6 Grondwet over de rechter *Kamerstukken II 2015/16, 34517, nr. 3, p. 10*.

93 Venetiëcommissie 2021, par. 128.

94 ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772.

95 Venetiëcommissie 2021, par. 129.

96 Zie Kummeling 2001, p. 245-246; De Vries & Leijten 2022, p. 74 en p. 76-77.

97 Staatscommissie Grondwet 2010, p. 55. Zie ook Julicher 2020, p. 158-159. Zie voor een ander, kritisch geluid: A. Vleugel, ‘Grondrechtencatalogi met een evenredigheidstoets’, *NTM/NJCM-bull.* 2022/13.

98 Staatscommissie Grondwet 2010, p. 53 en p. 54. De regering heeft de Staatscommissie gevraagd te adviseren over de beperkingssystematiek van de grondrechten en stelt voor dat de Staatscommissie zich daarvoor laat inspireren door internationale verdragen, zoals het EVRM.

99 De Vries & Leijten 2022, p. 74; Kummeling 2001, p. 249-250.

100 Vgl. voor de wetgever ook Kummeling 2001, p. 248-249.

101 *Kamerstukken II 2022/23, 35786, nr. 8*.

102 Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk, *Rapport Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk*, Den Haag 2000, p. 186 e.v. en p. 235-236. De commissie stelt voor in een tweede lid het volgende op te nemen: “De overheid draagt zorg voor de toegankelijkheid van bij de overheid berustende informatie.”

103 Staatscommissie Grondwet 2010, p. 90-91.

104 *Kamerstukken II 2020/21, 33328, P, p. 3*.

105 *Kamerstukken I 2022/23, 33328, AE, p. 1*.

grondwettelijke vastlegging van het recht op overheidsinformatie aan bod.¹⁰⁶ In Zweden, Estland en Slovenië is dit recht, in tegenstelling tot in Nederland, in de grondwet opgenomen. Het onderzoeksrapport meldt dat deze landen laten zien dat het in de Grondwet opnemen van een recht op overheidsinformatie het belang van openbaarheid kan versterken, “omdat openbaarheid daarmee dezelfde status krijgt als andere grondrechten, zoals privacy”.¹⁰⁷ Daarbij komt dat het recht op overheidsinformatie in het belang wordt geacht van een goede en democratische bestuursvoering en openbaarheid bijdraagt aan de democratische rechtsstaat.¹⁰⁸ Het verankeren van het recht op informatie zou in die zin kunnen aansluiten en voortbouwen op de recent in de Grondwet opgenomen Algemene bepaling waarin staat dat de Grondwet de grondrechten en de democratische rechtsstaat waarborgt en dus passen bij de tendens tot het versterken van de normatieve waarde van de Grondwet. Daarnaast zou opname in de Grondwet kunnen bijdragen aan een cultuurverandering waarbij openbaarmaking van deze informatie een vanzelfsprekendheid wordt.¹⁰⁹ De tekstvoorstellen die zijn gedaan in 2000 en 2010, passen bij het sobere en open karakter van de Grondwet en zouden zich ook wat dat betreft lenen voor opname in de Grondwet.

3.3.4 Andere voorstellen: legaliteitsbeginsel

Er zijn enkele andere rechtsbeginselen of grondrechten denkbaar die zich, naast het hiervoor behandelde, lenen voor opname in de Grondwet. Een voor staats- en bestuursrechtjuristen vertrouwd beginsel waarvoor diverse voorstellen voor codificatie in de Grondwet zijn gedaan, betreft het legaliteitsbeginsel.¹¹⁰ Kortmann geeft een aanzet voor een tekst in de Grondwet: “De Grondwet zou kunnen bepalen dat iedere eenzijdige uitoefening van overheidsbevoegdheid die verplichtingen aan de onderdaan oplegt, moet berusten op de (Grond)wet.”¹¹¹ De Staatscommissie Grondwet 2010 doet het voorstel om het legaliteitsbeginsel te codificeren in een in de Grondwet op te nemen Algemene bepaling. Dit voorstel luidt: “Openbaar gezag wordt alleen uitgeoefend krachtens de Grondwet of de wet.”¹¹² Deze voorstellen hebben hun weg tot de Grondwet (nog) niet weten te vinden en het is de vraag of dat ooit zal gebeuren. Bij het opnemen van de eerder genoemde Algemene bepaling in de Grondwet is het legaliteitsbeginsel namelijk bewust niet gecodificeerd vanwege het sobere karakter van de Grondwet.¹¹³

106 Zie A. Drahmman, L.F.D. Honée & O.A. al Khatib, *Openbaarmaking van overheidsinformatie. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de wetgeving in Zweden, het Verenigd Koninkrijk, Duitsland, Frankrijk, Slovenië en Estland*, Universiteit Leiden 2022, bijlage bij *Kamerstukken I 2022/23*, 33328, AE.

107 Drahmman, Honée & Al Khatib 2022, p. 12 en p. 178. Zie over deze landen ook p. 152 en p. 153.

108 Zie ter zake onder meer A. Drahmman, ‘De Wet open overheid is slechts een tussenstap’, in: A.W.G.J. Buijze e.a., *Transparantie en openbaarheid* (VAR-reeks 168), Den Haag: Boom juridisch 2022, p. 76 e.v.

109 Drahmman 2022, p. 148.

110 Uiteraard klinkt het legaliteitsbeginsel al wel op diverse plekken door in de Grondwet. Zie bijv. art. 104 Gw over rijksbelastingen.

111 C.A.J.M. Kortmann, ‘Uit of in de Grondwet?’, *RegelMaat* 2002/3, p. 82.

112 Staatscommissie Grondwet 2010, p. 40.

113 *Kamerstukken I 2017/18*, 34516, C, p. 3-4; *Kamerstukken I 2017/18*, 34516, E, p. 3.

3.4 Meerwaarde nadere verankering bestuursrecht in de Grondwet

Uit het voorgaande is op te maken dat een nadere verankering van het bestuursrecht een aantal meerwaarden heeft. Het gaat om de volgende meerwaarden:

- 1) Het voorziet in fundamentele onderwerpen die niet afdoende worden gedekt door het EU-recht en het internationale recht.
- 2) Het biedt meer richting voor het opereren van de wetgever, uitvoerende macht en de rechter.
- 3) Het geeft meer houvast aan de burger.

Deze drie meerwaarden versterken de institutioneel organisatorische functie en waarborgfunctie van de Grondwet.¹¹⁴ Daar waar het EU-recht en het internationale recht op fundamentele onderwerpen niet alle situaties dekken, heeft een regeling in de Nederlandse Grondwet toegevoegde waarde in de zin dat hiaten worden weggenomen (denk bijvoorbeeld aan een grondwettelijke proportionaliteitsis). Dit betekent een versterking van de waarborgfunctie van de Grondwet.

Een meerwaarde van een versteviging van het bestuursrecht in de Grondwet is voorts dat een verder uitgewerkte blauwdruk van de organisatie en taakopdracht van de staatsmachten en een nadere verankering van de dragende rechtsbeginselen meer richting en houvast geven aan hun handelen. Dat draagt zowel bij aan de institutioneel organisatorische functie als waarborgfunctie van de Grondwet. Een goed fundament geeft aanknopingspunten in toekomstige discussies over bijvoorbeeld de richting van het bestuurs(proces)recht, zodat gewaakt kan worden tegen de waan van de dag en een verrommeling van het bestuurs(proces)recht op basis van ad-hocbeslissingen.¹¹⁵ Het versterken van de dragende rechtsbeginselen van het bestuursrecht in de Grondwet kan de rechtsstatelijke cultuur ondersteunen en daaraan richting geven.¹¹⁶

Ten slotte biedt de versteviging van het bestuursrecht in de Grondwet steun aan de burger. Houvast kan worden geboden door bijvoorbeeld nieuwe afdwingbare grondrechten (bijvoorbeeld een grondrecht op behoorlijk bestuur) in de Grondwet op te nemen, hetgeen de waarborgfunctie ten goede komt.

4. Samenvatting: stevigere positie van het bestuursrecht in de Grondwet

De toeslagenaffaire geeft aanleiding tot een fundamentele herdoordenking van het bestuursrecht met het oog op een versterking van de rechtsstaat, waarbij de verbetering van de verhouding tussen de staatsmachten en de versteviging

114 Zie over deze twee functies van de Grondwet Julicher 2021, p. 2501 met verdere bronvermeldingen.

115 Vgl. Schlössels, Schutgens & Zijlstra 2019, nr. 750.

116 Zie uitvoerig over rechtsstatelijke cultuur (met verwijzingen) onder meer F.J. van Ommeren, ‘Op zoek naar rechtsstatelijke cultuur’, *NJB* 2022/2697 en deel 6 van R.J.N. Schlössels, J.J.J. Sillen & R.J.B. Tinnevelt (red.), *Naar een weerbare rechtsstaat*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

van de positie van de burger centraal staan.¹¹⁷ Gelet op de eerdere inventarisatie kan gedacht worden aan de volgende aanpassingen van de Grondwet:

- Het opnemen van een grondrecht op behoorlijk bestuur (paragraaf 3.3.1).
- Het opnemen van een grondrecht op overheidsinformatie (paragraaf 3.3.3).
- Het opnemen van een grondwettelijk proportionaliteitsvereiste (paragraaf 3.3.2).
- Het mogelijk maken van een vorm van constitutionele toetsing (paragraaf 3.2.4).
- Het opnemen van een taakopdracht aan de uitvoerende macht (paragraaf 3.3.1).
- Het opnemen van een meer richtinggevende taakopdracht aan de wetgever met het oog op de algemene regels van bestuursrecht (paragraaf 3.2.1).

In de Algemene bepaling bij de Grondwet staat dat de Grondwet de grondrechten en de democratische rechtsstaat waarborgt. Het rechtskarakter van deze bepaling voor de wetgever, bestuur en rechter kan groter zijn wanneer een nadere uitwerking wordt gegeven van het concept rechtsstaat, door dit meer handen en voeten te geven.¹¹⁸ Het opnemen van een grondrecht op behoorlijk bestuur draagt daaraan bij, nu dat voor alle drie de staatsmachten richtinggevend is. Daarbij kan gekozen worden voor een bepaling met een formulering die aansluit bij artikel 41 lid 1 EU-Grondrechtenhandvest. Het is ook mogelijk een formulering te kiezen die meer het accent legt op rechtvaardigheid, zoals bijvoorbeeld in Zuid-Afrika het geval is. Het valt te overwegen, mede in aansluiting op wat in andere rechtsordes gebruikelijk is, om een recht op overheidsinformatie grondwettelijk vast te leggen. Hetgeen mede aanzet kan geven tot een cultuurverandering met betrekking tot overheidsinformatie, die – zo bleek uit de toeslagenaffaire – broodnodig is. Op het vlak van de grondrechten is nog een versteviging denkbaar, namelijk op het terrein van de evenredigheids-toetsing, nu internationale verdragen en het EU-recht niet alle situaties dekken. Ook een versterking van de rechterlijke toetsing komt in beeld. Het kabinet heeft inmiddels de introductie van een vorm van constitutionele toetsing ter hand genomen. In aansluiting op het voorgaande zou het passend kunnen zijn om in hoofdstuk 5 een taakopdracht mee te geven aan het openbaar bestuur. Dit zou kunnen in de vorm van een (voldoende algemeen geformuleerde) bepaling waarin onder meer tot uitdrukking komt dat het uitgangspunt is dat het openbaar bestuur beslissingen motiveert en zich responsief opstelt. Daarnaast zou een meer richtinggevende invulling van de opdracht aan de wetgever in artikel 107 lid 2 Gw om algemene regels van bestuursrecht vast te stellen overwogen kunnen worden. In die taakopdracht kan een link worden gelegd met de al aanwezige

en mogelijk uit te breiden grondrechten die zien op het openbaar bestuur en de (bestuurs)rechter.

Er zijn onderwerpen die niet direct raken aan de problematiek van de toeslagenaffaire, maar wel de kern van het bestuursrecht betreffen, waardoor de vraag opkomt of die onderwerpen niet toch de aandacht van de grondwetgever behoeven. Uit de Grondwet is niet helemaal op te maken hoe de uitvoerende macht is georganiseerd en hetzelfde geldt voor de bestuursrechtspraak. Voor wat het openbaar bestuur aangaat, zou de bestuurlijke functie op het niveau van de Staat aan kracht kunnen winnen, door in de Grondwet een artikel op te nemen dat voorschrijft dat de wet algemene regels inzake de rijksdienst vaststelt. Voorts zouden in hoofdstuk 7 Gw de hoofdelementen van het openbaar bestuur meer dan nu vastgelegd kunnen worden (paragraaf 3.2.2). Ten aanzien van de bestuursrechtspraak zou gedacht kunnen worden aan de introductie van een formele rechts-eenhedenvoorziening (paragraaf 3.2.3). Een codificatie van het legaliteitsbeginsel in de Grondwet behoort evenzeer tot de mogelijkheden, zij het dat de grondwetgever daarvan recent heeft afgezien (paragraaf 3.3.4).

5. Slot

Op basis van een inventarisatie van de grondslagen en dragende rechtsbeginselen van het bestuursrecht in de Grondwet hebben wij in deze bijdrage voorstellen voor een verdere constitutionalisering van het bestuursrecht in samenhang in kaart gebracht. Een nadere inbedding van het algemeen bestuursrecht in de Grondwet heeft meerwaarde in het licht van regulering van fundamentele onderwerpen die niet afdoende worden gedekt door het EU-recht en het internationale recht, het houvast geven aan het opereren van de drie staatsmachten (los van elkaar en in onderlinge samenhang) en het versterken van de rechten van burgers. De voorstellen die wij op een rij hebben gezet, sluiten aan bij een versterking van de (cultuur van de) rechtsstaat, waaraan behoefte bestaat, getuige de recente instelling van de Staatscommissie Rechtsstaat. Door de grondslagen en de dragende rechtsbeginselen van het bestuursrecht steviger in de Grondwet op te nemen, wint de rechtsstaat aan kracht.

117 Vgl. de taakopdracht aan de Staatscommissie Rechtsstaat in art. 2 lid 1 Instellingsbesluit staatscommissie rechtsstaat.

118 Vgl. M. Adams & G. Leenknecht, "Artikel nul: een algemene bepaling over rechtsstaat, democratie en grondrechten in de Grondwet?", AA 2015, p. 212-213.