LEGALITEITSBEGINSEL IN DE ALGEMENE WET BESTUURSRECHT; DOORWERKING IN ORGANIEKE WETTEN

1. Inleiding

Nederland is een rechtsstaat. Dit betekent dat de overheid gebaseerd is op het recht, en gebonden is áán het recht. Elk overheidshandelen moet zijn gebaseerd op de wet en plaatsvinden in overeenstemming met de wet en het (ongeschreven) recht. Dit wordt ook wel het legaliteitsbeginsel genoemd.
Tegelijk produceert de overheid zelf middels wetten, verordeningen en beschikkingen het recht waaraan zij zelf en de burgers gebonden zijn maar ook rechten ontlenen.
In de Grondwet staan een aantal grondrechten, die even zovele waarborgen voor de burgers zijn doordat zij zich daar rechtstreeks op kunnen beroepen.
In de wetgeving is echter een algemeen legaliteitsbeginsel, bijvoorbeeld in de vorm van een bepaling met een algemene plicht van de overheid om zich aan wet en recht te houden, niet rechtstreeks terug te vinden.

Op meer indirecte wijze wordt vaak wel naar dat algemene uitgangspunt verwezen. Zo moeten overheidsfunctionarissen sinds jaar een dag bij hun aantreden een eed of gelofte afleggen dat zij zich aan de Grondwet en andere wetten zullen houden.
Of doordat in de Awb (artt. 3:2, 3:3 en 3:4) algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn gecodificeerd. Zo zijn ten aanzien van overheidshandelingen een verbod op détournement de pouvoir, een zorgvuldigheidsbeginsel, een specialiteitsbeginsel en een evenredigheidsbeginsel opgenomen. Deze beginselen van behoorlijk bestuur gelden in principe zowel voor regelgeving en beschikkingen als voor overige handelingen.
Ook schrijft de Awb (3:47) dat bij de motivering van een besluit zo mogelijk vermeld wordt krachtens welk wettelijk voorschrift het besluit is genomen. Elders (art. 8:77, tweede lid) schrijft de Awb aan de bestuursrechter voor om bij gegrondverklaring van een beroep te vermelden welke geschreven of ongeschreven rechtsregel of welk algemeen rechtsbeginsel is geschonden.
In de Gemeentewet (art. 212) wordt de raad verplicht bij verordening te waarborgen dat aan de eisen van rechtmatigheid in het financiële beleid en beheer wordt voldaan. En heeft de gemeentelijke rekenkamer (art. 182) óók de bevoegdheid gekregen de (overige) rechtmatigheid van het gevoerde bestuur te onderzoeken.
In sectorale wetgeving wordt voorts vaker tamelijk concreet bepaald welke besluiten bijvoorbeeld een bestuursorgaan van een gemeente onder welke voorwaarden kan of moet tot stand brengen.

Maar geconcludeerd kan toch worden dat rechtmatigheid en legaliteit verondersteld worden een algemeen uitgangspunt te zijn zonder dat dit in de Grondwet of anderszins wettelijk is vastgelegd.
Tot nu toe is er kennelijk van uit gegaan dat de combinatie van legaliteitsbeginsel en indirect werkende bepalingen voldoende waarborgen biedt voor rechtsstatelijk besturen.

Deze notitie bevat een pleidooi om zowel in de Algemene wet bestuursrecht als in organieke wetten zoals de Gemeentewet bepalingen op te nemen die een extra fundament bieden voor zowel een versterking van het rechtsstatelijk besef in ons land als voor het rechtmatig handelen van de bestuursorganen.
Mijn notitie moet gezien worden als een eerste aanzet tot verdere discussie aan de hand van een overzicht van argumenten en overwegingen hiervoor.

2. Versteviging fundamenten voor rechtsstaat en rechtmatigheid is nodig

De rechtsstaat staat onder druk.
In landen niet eens zover van ons vandaan (zoals Polen en Hongarije) is sprake van regimes die de vrijheid van meningsuiting en onafhankelijkheid van de rechtspraak niet zo hoog in het vaandel hebben staan als andere landen van de EU. In Nederland is na de verkiezingen voor de Tweede Kamer van november 2023 in het parlement een partij de grootste geworden die niet heeft blijk gegeven van veel respect voor democratische instituties.
Mogelijk is genoemde verkiezingsoverwinning mogelijk geworden doordat het vertrouwen in de overheid mede vanwege ontwikkelingen rond de uitvoering van kindertoeslagregelingen, de bijstandsverlening, de afhandeling van de aardbevingsschade in Groningen en van de watersnood in Zuid Limburg alsmede de stikstofcrisis maar ook vanwege welig tierende complottheorieën, op een laag peil is beland. Sommige burgers erkennen nog maar amper het gezag van de overheid. Landsdienaren worden dusdanig bedreigd dat zij door speciale politie-eenheden moeten worden beveiligd.
De heersende polycrisis bedreigt daarom ook de rechtsstaat.

Hier speelt mee dat anno 2023 de samenleving horizontaler is dan enkele decennia terug, en dat intussen ook de burgers beduidend mondiger zijn geworden. Aangetekend mag worden dat burgers tegelijkertijd individualistischer en veeleisender zijn geworden en wat minder oog lijken te hebben voor het algemeen belang.
De sociale media vertonen positieve kanten (gemakkelijkere communicatie) en negatieve kanten (ook ongenoegen en nepnieuws verspreidt zich sneller.)

Er is in Nederland voorts sprake van een groot en nog steeds uitdijend aantal wettelijke voorschriften. Voor de burgers, maar ook voor bestuurders en ambtenaren brengt dit soms onduidelijkheid met zich mee. Dit is ook al niet bevorderlijk voor de status van recht en wet.

Daarbij kan geconstateerd worden dat ook bij de overheid soms de neiging bespeurbaar is om de randen van de wet op te zoeken, en voorschriften via "geitenpaadjes" te omzeilen of zelfs soms eenvoudigweg te negeren.

Reeds in het proefschrift (Boom 2013) van mr. P.J.P.M van Lochem, voormalig rector van de Academie voor Overheidsjuristen van het rijk, werd dit verschijnsel gekarakteriseerd als relativering van het recht. Hij beschrijft daarin ook hoe de rijksjuristen daarmee proberen om te gaan.

Ten slotte moet gewezen worden op de nog steeds toenemende digitalisering. De betekenis daarvan ook voor de relatie tussen overheid en burger is een nog niet helemaal begrepen fenomeen. Denk alleen maar aan het gebruik van (zelflerende) algoritmen die misschien wel gekarakteriseerd kunnen worden als niet gepubliceerde beleidsregels waarvan de overheid ook zelf het bestaan niet kent of de inhoud niet volledig doorgrondt.

Al deze ontwikkelingen het hoofd te bieden is voor de overheid in al haar geledingen een zeer belangrijke opgave voor de komende decennia.

Met name sinds de bovengenoemde toeslagenaffaire proberen bestuur en rechtspraak verbeteringen uit. Maatwerk is de leuze bij het bestuur, en de rechter zoekt bijvoorbeeld naar mogelijkheden de evenredigheidstoets ook te gebruiken bij gebonden besluiten.
Ook is vermeldenswaard dat de regering (naar aanleiding van een motie Omtzigt/van Dam) een Staatscommissie Rechtsstaat heeft ingesteld die als taak heeft het functioneren van de rechtsstaat te analyseren en voorstellen te doen voor de versterking van de rechtsstaat. Deze commissie zal na zich uitgebreid te hebben laten voorlichten in de loop van 2024 een rapport uitbrengen.
Begin 2024 is een wetsvoorstel Versterking waarborgfunctie Awb in consultatie gegeven. Deze aanpassing heeft tot doel de overheid te stimuleren besluiten voor burgers begrijpelijker te maken, zich bij de uitvoering van taken meer te verplaatsen in de burger en zich minder formeel op te stellen.
Voorgesteld wordt onder meer een dienstbaarheidsbeginsel op te nemen en het artikel over het evenredigheidsbeginsel uit te breiden.
De minister van BZK heeft een Actieagenda Sterk Bestuur het licht doen zien.
Vanaf 2024 leggen rijksambtenaren een gewijzigde ambtseed af, waarin trouw aan de Grondwet en het naleven van wet en recht expliciet worden genoemd.
Tot slot kent de Grondwet sinds 2022 een algemene inleidende bepaling volgens welke de Grondwet de grondrechten en de democratische rechtsstaat waarborgt. Deze bepaling heeft geen bindende werking maar geeft contouren aan voor een beter begrip van de Grondwet.

Ook de wetenschap laat zich niet onbetuigd.
Prof. mr. R. Schlössels c.s. publiceerden in 2022 een boek onder de titel “Naar een weerbare rechtsstaat”. Onder leiding van Schlössels is een wetenschappelijke onderzoekslijn uitgezet over dit thema.
Prof. mr. H. Hennekens heeft zeer recent in een column gepleit voor een uitbreiding van artikel 1 van de Grondwet. Hij stelt dat er van wordt uitgegaan dat Nederland een democratische rechtsstaat is, maar dat dit uitgangspunt nergens wettelijk is vastgelegd. Hij is van mening dat dit in artikel 1 van de Grondwet moet worden vastgelegd, en dat daarin ook een aantal garanties moeten worden opgenomen voor het daadwerkelijk functioneren daarvan.

Kortom, momenteel is sprake van een breed gevoel van urgentie om rechtsstatelijke problemen aan te pakken en de rechtsstatelijke cultuur in onze democratische instellingen te bevorderen.

3. Aanvulling Awb

Gegeven het in de voorgaande paragraaf genoemde gevoel van urgentie is het nodig om naar alle mogelijke oplossingen te kijken die voor centrale én decentrale overheden een versteviging van het rechtsstatelijk en rechtmatig besef en handelen kunnen bevorderen.
Ik doe om te beginnen een voorstel om hiertoe de Awb aan te vullen met een beknopte bepaling.

In de eerste hoofdstukken van de Awb zijn diverse bepalingen van algemene aard opgenomen. Zij bevatten definities, uitgangspunten voor het verkeer tussen bestuursorganen en burgers alsmede beginselen van behoorlijk bestuur.
De hier relevante bepalingen gelden krachtens artikel 3:1 Awb ook voor besluiten inhoudende algemeen verbindende voorschriften alsmede voor handelingen niet zijnde besluiten, een en ander voor zover de aard van die besluiten en handelingen zich daartegen niet verzet.

In artikel 3:3 Awb van afdeling 3.2 van de Awb is een verbod opgenomen voor bestuursorganen om een bevoegdheid te gebruiken voor een ander doel dan waarvoor die bevoegdheid is verleend.
Overigens bevat ook het Burgerlijk Wetboek, in artikel 3.13, een verbod van misbruik van (privaatrechtelijke) bevoegdheden. Dit verbod geldt ook voor de overheid.
Artikel 3:3 Awb kan gezien worden als een invulling van een norm dat een bestuursorgaan altijd overeenkomstig de relevante regels moet handelen. Hierbij gaat het om het legaliteitsbeginsel.

Het lopende proces inzake het wetsvoorstel Versterking waarborgfunctie Awb beoogt onder andere enkele algemene beginselen van behoorlijk bestuur te codificeren of te verduidelijken. Dat betreft onder meer het dienstbaarheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel.
Daarom is het nu een uitgelezen moment om tegelijk ook het legaliteitsbeginsel op enigerlei wijze te codificeren, mede om het rechtsstatelijk denken en handelen in alle overheidsgeledingen te bevorderen.
In het door de regering ter consultatie voorgelegde concept van een wetsvoorstel Versterking
waarborgfunctie Awb wordt enkele malen verwezen naar dit legaliteitsbeginsel.
Hoewel in dit voorstel een streven is te vinden naar een uitbreiding en consolidatie van de codificatie van algemene beginselen van behoorlijk bestuur, wordt codificatie van het legaliteitsbeginsel vooralsnog niet aan de orde gesteld.
Om recht te kunnen doen aan de essentiële functie die het legaliteitsbeginsel in ons rechtsstelsel vervult
denk ik niettemin dat dit beginsel een plaats in de Awb verdient.
Ik heb gezocht naar een mogelijkheid om dit rechtsbeginsel sterker in de Awb te verankeren en daarmee de legaliteitsnorm te verduidelijken.

Artikel 3:3 Awb bestaat nu uit één zin houdende het misbruikverbod.

Ik stel voor die zin te laten voorafgaan door een eerste zin die luidt als volgt.

Het bestuursorgaan handelt bij het nemen van een besluit overeenkomstig het wettelijk voorschrift waaraan hij zijn bevoegdheid ontleent alsmede overeenkomstig de toepasselijke ongeschreven rechtsregels en algemene rechtsbeginselen.

De huidige tekst van artikel 3:3 kan gelezen worden als een uitwerking van een vóórliggende maar verder niet omschreven norm dat besluiten altijd op de wet gebaseerd moeten zijn.
De voorgestelde tekst expliciteert die norm.
Vanwege zijn plaats in de afdeling Algemene bepalingen van de Awb geldt dit voorschrift voor alle bestuursorganen dus zowel van rijk, provincies en gemeenten, als voor andere met overheidsgezag beklede personen of instanties.
Het begrip wettelijk voorschrift in deze tekst moet worden uitgelegd als wet in materiele zin.
De voorgestelde aanvullende tekst past goed bij de andere reeds bestaande bepalingen in het betreffende hoofdstuk van de Awb zoals die van art. 3:2 over de zorgvuldige voorbereiding, en bijvoorbeeld ook die van de artikelen 3:46 en 3:47 over de deugdelijke en kenbare motivering.
De voorgestelde tekst is de positief geformuleerde norm waarnaar enkele andere artikelen als het ware naar verwijzen. Zo schrijft art. 3:47, tweede lid voor dat (zo mogelijk) wordt vermeld volgens welk wettelijk voorschrift het besluit wordt genomen.
Tevens is de voorgestelde bepaling een vooraankondiging van artikel 8:77, tweede lid van de Awb. Dat artikel zegt dat de rechter bij gegrondverklaring van het beroep vermeldt welke geschreven of ongeschreven rechtsregel of welk algemeen rechtsbeginsel hij geschonden acht.

Men zou kunnen overwegen dat een zo fundamentele norm als die betreffende legaliteit een plaats verdient in de Grondwet. Het wijzigen van de Grondwet is echter zowel in formeel wetgevend als in politiek en bestuurlijk opzicht een ambitieuze onderneming. Het proces van een Grondwetswijziging vergt veelal een zeer lange periode.
De hierboven voorgestelde aanvulling van de beginselen van behoorlijk bestuur kan sneller worden ingevoerd.

Doorwerking voor decentrale overheden, met als voorbeeld de Gemeentewet
Daarbij komt dat het naar mijn mening ook wanneer het legaliteitsbeginsel in de Grondwet zou worden opgenomen aanbeveling kan verdienen daaraan uitwerking te geven in “lagere” wetten zoals de Awb en de organieke wetten. Op die manier worde extra waarborgen gecreëerd voor het rechtsstatelijk denken en handelen in de betrokken bestuurlijke gremia.

Zodra de Awb in de door mij voorgestelde zin is gewijzigd zullen alle bestuursorganen zich moeten verdiepen in de vraag wat deze wijziging voor hun manier van werken kan betekenen. In de hierna volgende paragraaf 4 beschrijf ik een mogelijkheid om de legaliteitsnorm bij de decentrale overheid meer tot leven te laten komen. Als voorbeeld hiervoor formuleer ik een voorstel tot wijziging van de Gemeentewet en doe ik suggesties voor de manier waarop de gemeenten daaraan concrete invulling kunnen geven.

4. Voorbeeld de Gemeentewet

In onze gedecentraliseerde eenheidsstaat noemen de gemeenten zich niet voor niets de eerste overheid. Gemeenten zijn de overheid die voor burgers het meest nabij is doordat ze op zichtbare manier de lokale gemeenschap mede vorm geven.
De hiervoor genoemde ontwikkelingen maken het daarom urgent dat ook de gemeenten nagaan waar zij het fundament onder onze rechtsstaat kunnen versterken.
Daarbij helpt het als voor de gemeenten de norm van legaliteit en rechtsstatelijk handelen op een voor de gemeenten passende wijze wettelijk beter wordt vastgelegd.

In de huidige Gemeentewet zijn reeds enkele wettelijke bepalingen aan te wijzen over rechtmatig gemeentelijk handelen.
Artikel 182 geeft de gemeentelijke rekenkamer de bevoegdheid onder meer de doelmatigheid, doeltreffendheid en de rechtmatigheid van het door het gemeentebestuur gevoerde bestuur te onderzoeken. Onder gemeentebestuur zijn begrepen de raad, het college, de burgemeester en bestuurscommissies.

Artikel 212 draagt de raad op om bij verordening de uitgangspunten voor het financieel beleid en beheer en voor de inrichting van de financiële organisatie vast te stellen. Deze verordening moet waarborgen dat aan de eisen van rechtmatigheid wordt voldaan.
Artikel 213a schrijft ter zake periodiek onderzoek door het college en rapportage aan de raad voor.
Rechtmatigheid in artikel 212 moet worden verstaan in financiële zin. Het gaat daarbij vooral om de door het rijk vastgestelde regels inzake wijze van begroten en verantwoorden.

Ik heb niet de indruk dat rekenkamers nu al veel aandacht besteden aan algemene niet financieel ingestoken rechtmatigheidsonderzoeken op grond van artikel 182. Mogelijk komt dat mede doordat op dit punt een door college of raad vastgesteld beleid vaak ontbreekt.

Het verdient aanbeveling om – naar het zo juist genoemde voorbeeld van het financieel beleid en beheer- in de Gemeentewet op te nemen dat de raad bij verordening de uitgangspunten vaststelt van de wijze waarop het college de rechtmatigheid van het gemeentelijk regelgeven, beschikken en overig (civielrechtelijk en feitelijk) handelen bevordert. Tevens ware te bepalen dat het college periodiek aan de raad verslag uitbrengt over de wijze waarop hij deze opdracht uitwerkt.
Ik merk op dat ook voor andere decentrale overheden een soortgelijke wetswijziging gewenst zou zijn. Zowel in de Provinciewet als in de Waterschapswet zijn bepalingen opgenomen die vrijwel identiek zijn aan 212 e.v. Gemeentewet. Een algemene, funderende rechtmatigheidsbepaling of funderend legitimiteitsbeginsel kennen deze wetten evenmin als de Gemeentewet.
Provincies kennen net als de gemeente een rekenkamer, voor waterschappen wordt die met ingang van 2024 ingevoerd.
De Waterschapswet en de Provinciewet zouden ten behoeve van die decentrale overheden op gelijke wijze als de Gemeentewet aangevuld kunnen worden.

Voor ik in paragraaf 6 een proeve van een wetstekst voorleg, ga ik in paragraaf 5 nader in op mogelijke inhoud en uitwerking van een aanvulling van de Gemeentewet zoals hier overwogen.

5. Gemeentelijk rechtmatigheidsbeleid

Ik hanteer in deze paragraaf met regelmaat ook de term rechtmatigheid, omdat een ruimere reikwijdte is beoogd dan alleen die van het legaliteitsbeginsel, en omdat de term rechtmatigheid nu al voorkomt in de artikelen 182 en 212 e.v. van de Gemeentewet.
Als aanpak adviseer ik in de Gemeentewet min of meer naar het voorbeeld van art. 212 een verordening voor te schrijven waarmee het gemeentelijk rechtmatigheidsbeleid vorm kan krijgen.
De nieuwe bepaling zou dan in kunnen houden dat de raad de uitgangspunten voor het rechtmatigheidsbeleid vaststelt die door het college worden uitgewerkt. Het college rapporteert over deze uitwerking periodiek aan de raad.
Dat de gemeenteraad aldus een belangrijke rol kan spelen in het vormgeven van het rechtmatigheidsbeleid betekent dat op het hoogste gemeentelijk niveau in openheid en met enige regelmaat over rechtmatigheid gediscussieerd zal worden. Op deze wijze kan tevens een bijdrage worden geleverd aan de versterking van de rechtsstatelijke cultuur in (in dit geval) de gemeenten.
De gemeenten zijn uiteraard vrij in het vaststellen van uitgangspunten en de uitwerking daarvan. Voor een goed begrip van de materie volgt hieronder een aantal voorbeelden voor een gemeentelijke aanpak van het rechtmatigheidsbeleid.

Uitgangspunten raad: algemene beginselen van behoorlijk bestuur
Het staat de raad vrij zijn uitgangspunten te bepalen. Het ligt natuurlijk wel voor de hand hierbij te kiezen voor strategische en principiële thema's.
Zulke strategische en principiële thema's op het gebied van rechtmatigheid zijn te ontlenen aan de rechtsstatelijke beginselen. Hierbij valt te denken aan het legaliteitsbeginsel, het democratiebeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het dienstbaarheidsbeginsel en eventueel de andere in de Awb gecodificeerde beginselen van behoorlijk bestuur.
Ik doe hieronder een aantal suggesties.

Uitgaande van het legaliteitsbeginsel is als eerste van belang dat de raad er aan herinnert dat de overheid en dus ook de gemeente bestaat dankzij en gebonden is áán het recht, en dat er dus binnen de overheid een positief beleefde naleving van wet en recht moet zijn.
Raadsleden, burgemeesters, wethouders en ambtenaren leggen individueel de eed op de wet af. De gemeenteraad zou dit uitgangspunt nog eens voor de (bestuursorganen van de) gemeente als geheel kunnen verwoorden of "herbevestigen."
De raad zou daarbij kunnen aantekenen dat de afgelegde eed een duidelijke verantwoordelijkheid ten aanzien van het recht en de rechtmatigheid met zich mee brengt.
Ook op de gemeentejuristen rust vanwege hun specialistische kennis en hun functie eveneens een extra verantwoordelijkheid voor het rechtmatig handelen van de overheid.

Aandacht zou kunnen worden besteed aan de betekenis van de afgelegde eed voor het dagelijks functioneren van raadsleden, collegeleden en medewerkers, onder meer door het bespreekbaar maken van dilemma's.

Omdat de raad het hoogste orgaan is op gemeentelijk niveau en de verordeningen vaststelt zou een uitgangspunt kunnen zijn dat de juridische scholing van en de juridische advisering aan raadsleden worden versterkt. Inzake de juridische scholing geldt dat daarbij ook de democratische en rechtsstatelijke fundering van de gemeente aandacht verdienen.
Ook voor zowel burgemeesters als wethouders kan bezien worden welke juridische kennis verdieping behoeft.

Democratie is ook een belangrijk rechtsstatelijk uitgangspunt. Aandacht zou kunnen worden besteed aan de vraag of en zo ja hoe de burgers beter voorgelicht kunnen worden over gemeentelijke beleidsvormingsprocessen en de daarbij af te wegen belangen. Ook is van belang te bezien en of en hoe ze eerder en nauwer bij de lokale besluitvorming betrokken kunnen worden, mogelijk ook via nieuwe vormen van consultatie van, en participatie en zelfbeheer door burgers..
De raad kan voorts, het democratiebeginsel combinerend met het dienstbaarheidsbeginsel, aandacht vragen voor een snelle en waar mogelijk ruimhartige omgang met de Wet open overheid.

In het wetsvoorstel Versterking waarborgfunctie Awb stelt ingevolge het voorgestelde artikel 2:4a (Hoofdstuk Verkeer tussen burgers en bestuursorganen) het bestuursorgaan zich bij het uitoefenen van zijn bevoegdheden dienstbaar op. Dienstbaarheid steunt op de gedachte van een dienende overheid en is daarmee een funderend rechtsstatelijk principe.
Tegelijk is dienstbaarheid zowel een organisatiebeginsel als een persoonlijke houding. Het college zal dit dienstbaarheidsbeginsel verder kunnen (en zodra het is gecodificeerd moeten) uitwerken. Hierbij zal toekomstige jurisprudentie van de rechtspraak een belangrijk richtsnoer gaan vormen.
Inzake dienstbaarheid aan de burgers kan als uitgangspunt worden geformuleerd dat de burgers centraal staan, wat betekent dat waar mogelijk vanuit hun perspectief geredeneerd wordt. Ook betekent dit dat recht gedaan wordt aan hun belangen en zo goed als mogelijk rekening gehouden wordt met wat tegenwoordig in goed Nederlands heet hun doenvermogen: maatwerk waar dat geboden en mogelijk is. Maar ook het begrijpelijker formuleren en eenvoudiger vormgeven van regels en voorschriften kan een vorm van dienstbaarheid zijn.

Ongetwijfeld zullen er grenzen zijn aan wat met maatwerk mogelijk is. In een democratie zal het belang van het algemeen soms voorrang moeten hebben. Overheden zullen er dan ook goed aan doen waar mogelijk daarover vooraf duidelijkheid te geven. In meer preventieve zin zullen ze met een multidisciplinaire beleidsaanpak maar ook met inspirerend voorbeeldgedrag van politici moeten werken aan draagvlak bij de burgers voor het algemeen belang.

In het overheidsbestuur is het gebruik van computers en AI niet meer weg te denken. Van belang is wel dit gebruik zodanig te beheersen dat computerprogramma's en bijvoorbeeld (zelflerende) algoritmen niet leiden tot uitkomsten die botsen met

(grond)rechten van burgers, zoals de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, het recht op gelijke behandeling en het non-discriminatiebeginsel.

Inzake de juridische organisatie zou de raad als uitgangspunt kunnen formuleren dat de gemeentelijke juristen qua aantallen, kennis, kunde, houding, wijze van (samen)werken en plaats en rol in de organisatie in staat zijn alle juridische vraagstukken meester te worden waar de gemeente mee te maken heeft. Die opgaven zijn mede te ontlenen aan de in de eerste paragrafen van deze notitie geschetste staat van de rechtsstaat.
Wat het genoemde samenwerken betreft gaat het ook om onder erkenning van ieders positie een goede samenwerking van de juristen met de bestuursorganen te bevorderen.
De raad zou daarbij als uitgangspunt kunnen formuleren dat de gemeentejuristen, net als overigens alle andere overheidsjuristen, niet alleen vanwege hun ambtseed maar ook vanwege hun kennis en vaardigheid op het gebied van het recht een bijzondere taak hebben in het ondersteunen van de rechtsstaat.
De opdracht van de juristen is immers om te bevorderen dat de bestuursorganen van de gemeente bij het regelgeven, beschikken en overig handelen voldoen aan de eisen van wet en recht. Zij hebben tevens tot taak om (binnen dat kader) in het civiele rechtsverkeer de kansen van de gemeente te optimaliseren en de risico's te minimaliseren.

Een laatste voorbeeld van een uitgangspunt van de raad zou kunnen zijn het uitspreken van de wenselijkheid dat de rekenkamer daadwerkelijk aandacht besteedt aan het democratisch en rechtmatig functioneren van de gemeente.
De raad zou kunnen overwegen of er mogelijkheden zijn burgers te betrekken in de voorbereiding op het formuleren van de hier bedoelde uitgangspunten voor en/of uitwerkingen van een rechtmatigheidsbeleid. Ook is het denkbaar consultaties te houden onder deskundigen zoals de (lokale) advocatuur, de Nijmeegse rechtenfaculteit en welzijnsorganisaties.

Ten slotte zal de raad kunnen bepalen om de hoeveel tijd het college zijn rapportages omtrent de uitwerking dient uit te brengen.

Uitwerking college
Het college zal om te beginnen de door de raad geformuleerde uitgangspunten voor het rechtmatigheidsbeleid moeten uitwerken.
Daarnaast kunnen de verworvenheden van de bestaande juridische kwaliteitszorg een plaats in die uitwerking krijgen.
Genoemde uitwerking zal niet uitsluitend kunnen plaatsvinden binnen het juridische domein.
Vaak zal een multidisciplinaire aanpak gewenst zijn.
Te denken valt aan organisatiebeleid, opleidingsbeleid, beleid inzake ICT, alsmede beleid inzake voorlichting en participatie.

Een belangrijk uitgangspunt is vandaag de dag het streven naar maatwerk vanuit de gedachte dat de burger met zijn specifieke kenmerken meer centraal moet staan. Dit ook als antwoord op de versterkte evenredigheidstoets op grond van art. 3:4, tweede lid Awb door de rechtspraak.

Het college zou daarnaast waar nodig telkens kunnen bezien waar en hoe hardheidsclausules kunnen worden toegepast.
Ook zou kunnen worden uitgesproken dat een meer nadrukkelijke en consistente belangenafweging nodig is alvorens beroep zal worden aangetekend als een burger een geschil heeft gewonnen.
Dat zou ook kunnen gelden voor gevallen waarin wordt overwogen of het in voorkomende gevallen opzoeken van de grenzen van de wet verantwoord is.
Het college zou de gevallen waarin hij oploopt tegen de grenzen van wat met maatwerk mogelijk is kunnen monitoren en evalueren. De ontwikkeling van wetgeving en jurisprudentie omtrent de toepassing van maatwerk zal mede daarom nauwgezet moeten worden gevolgd.

Het college zou voorts beleid en organisatie inzake rechtsstatelijke aspecten van ICT en IA kunnen uiteenzetten. Het is zaak al in bij de inkoop of in de ontwikkelfase van projecten te bezien hoe met (grond)rechten van burgers strijdige werkwijzen kunnen worden voorkomen. Ook kan als systemen in werking zijn getoetst worden op ongewenste uitkomsten.
Vanuit democratisch oogpunt kan worden gestreefd naar transparantie jegens de burgers omtrent opgeslagen data.
Kennis en kunde van de medewerkers inzake juridische en ethische aspecten zijn van groot belang. Ook de veiligheid van opgeslagen gegevens verdient aandacht: datalekken en inbraken door onbevoegden in de systemen moeten worden voorkomen.

Dienstbaarheid kan onder andere nader vorm worden gegeven door het eerder en begrijpelijker geven van voorlichting aan, en het vaker en eerder persoonlijk contact opnemen met de burger.
De behoefte van burgers aan persoonlijk contact kan bijvoorbeeld ook worden meegewogen bij het bepalen van aard, aantal en locatie van loketfuncties.
In de ambtelijke functiebeschrijvingen kunnen in dit verband naast de eis van bestuurlijke affiniteit ook die van dienstbaarheid en burgergerichtheid opgenomen worden.

Ter uitwerking van het desbetreffende uitgangspunt van de raad kan het college aandacht besteden aan de manier waarop de gemeentelijke juristen worden georganiseerd en aan de manieren waarop zij voor hun taak worden toegerust.
De gemeentejuristen moeten qua aantallen, opleidingsniveau, vaardigheden en houding alsmede taakverdeling in staat zijn tot adequate advisering aan de bestuursorganen raad, college en burgemeester. Deze kwaliteitsnorm is nu al voor gemeentejuristen een bekend gegeven, maar verdient zeker wel wat extra aandacht. Thema’s hierbij zijn onder meer onderverdeling in staf en lijn, en de taakverdeling daartussen.
Ook eenheid van opvatting onder de juristen (de unité de doctrine), het gemeentebreed hanteren van dezelfde methoden en modellen zodat niet iedere afdeling telkens eigen wielen gaat uitvinden, en het inrichten van een systeem van kennisdeling kunnen onderdeel van het beleid zijn.
Het opleidingsbeleid voor gemeentejuristen verdient daarnaast de nodige aandacht, waarbij de bestaande beroepsopleiding voor gemeentejuristen zoals de G40, de VJK en de VNG in een gezamenlijke intentieverklaring uit 2019 al eens hebben vastgesteld, een centrale plaats kan innemen.

De gemeentejuristen zouden in staat gesteld kunnen worden, mede gegeven de spanning die bestaat tussen recht en beleid, zich regelmatig te laten bijscholen in morele en rechtsstatelijke theorieën en principes en daarbij te reflecteren op hun taakinvulling.
Overigens verdienen ook andere gemeenteambtenaren dan de juristen het om een passende introductie in de Gemeentewet en het functioneren van de bestuursorganen te krijgen.

Verder kan het college de positie van de gemeentejuristen erkennen en versterken door hen het recht te geven om bij tegengestelde opvattingen desgewenst hun advies rechtstreeks aan het college of de burgemeester voor te leggen. De gemeente zou daarbij de nodige veiligheid voor de juristen moeten garanderen. Een dergelijke aanpak is te zien als een concrete en tegelijk vakmatige toepassing van het programma inzake “dialoog & ethiek als onderdeel van ambtelijk vakmanschap” waarmee volgens een bericht in Binnenlands Bestuur (16 februari 2024) onder auspiciën van de VNG in gemeenteland wordt geëxperimenteerd.
Voorts kan gedacht worden aan het instellen van de functie van Chief Legal Officer. Een functionaris die onder meer een regiefunctie heeft ten aanzien van de gemeentelijke juristen en ook alle bestuursorganen met een nader te bepalen onafhankelijkheid zowel gevraagd als ongevraagd van advies kan dienen.

Het college zou eventueel ook aandacht kunnen worden geven aan de manier waarop de hiervoor nog niet genoemde maar wel al gecodificeerde beginselen van behoorlijk bestuur zullen worden toegepast. Het gaat hier bijvoorbeeld om de zorgvuldige voorbereiding, correcte belangenafweging, en goede motivering bij de besluitvorming. Ten slotte kan aandacht worden besteed aan andere elementen van de in veel gemeenten al bestaande juridische kwaliteitszorg zoals het monitoren en evalueren van aantallen klachten, bezwaren en rechtsgedingen, en de doorlooptijden daarvan.
Het verdient ten slotte aanbeveling om één van de leden van het college te belasten met een portefeuille rechtmatigheidsbeleid.

6. Proeve van een wetstekst
Voorgesteld wordt een artikel voor als hierna weergegeven. De eerste twee leden zijn min of meer gemodelleerd naar de hiervoor al genoemde bepalingen in de artikelen 212 en 213a van de Gemeentewet. Deze twee artikelen staan in Titel IV De financiën van de gemeente, Hoofdstuk XIV De administratie en de controle.

Het door mij voorgestelde artikel zou een plaats kunnen krijgen in Titel III De bevoegdheid van het gemeentebestuur, Hoofdstuk IX De bevoegdheid van de raad. Hier staan onder meer enkele als algemeen te beschouwen bepalingen inzake de verordenende bevoegdheid van de raad. De nieuwe bepaling zou het nummer 151 kunnen krijgen waarmee het op de plaats komt van een eerder maar intussen vervallen artikel 151.

Artikel 151

1. De raad stelt bij verordening de uitgangspunten vast voor de wijze waarop het college de rechtmatigheid van het gemeentelijk regelgeven, beschikken en overig handelen bevordert, alsmede voor de wijze waarop de juridische functie wordt

ingericht.
2. Het college brengt periodiek verslag uit aan de raad over de wijze waarop aan de in het eerste lid bedoelde uitgangspunten uitvoering wordt gegeven.

In de voorgestelde tekst wordt een plicht geïntroduceerd om beleid te maken voor de manier waarop de gemeente zich aan recht en wet zal houden.
Doordat volgens het artikel de raad na openbaar debat de uitgangspunten van het rechtmatigheidsbeleid vaststelt wordt de discussie over rechtmatigheid naar het hoogste gemeentelijk niveau getild. Dit kan bijdragen aan het bevorderen van een meer bewuste en ook voor burgers herkenbare rechtsstatelijke cultuur in de gemeente.
Door een verplichte periodieke rapportage wordt beoogd dat het rechtmatigheidsbeleid niet blijft bij een eenmalige plechtige verklaring, maar een continu proces wordt waarin ook de beleidsinhoud stap voor stap verder uitgewerkt kan worden.

Raad en burgemeester zijn zelf ook bestuursorgaan
Omdat de raad en de burgemeester ook zelf bestuursorgaan zijn zal bij het gemeentelijk rechtmatigheidsbeleid met die positie rekening gehouden moeten worden.
Zo zouden de gemeentelijke bestuursorganen elk voor zijn eigen bevoegdheid de geformuleerde uitgangspunten en uitwerkingen ook zelf kunnen vaststellen.

College of burgemeester?
Ik heb bezien of het zorg dragen voor rechtmatigheid een formele bevoegdheid zou moeten zijn niet van het college maar van de burgemeester. De burgemeester heeft krachtens artikel 170 Gemeentewet mede een centrale coördinerende functie. Ook is hij belast met het bevorderen van de bestuurlijke integriteit en van de zorgvuldige behandeling van klachten en bezwaarschriften. Hierbij zou eventueel een zorg voor de rechtmatigheid goed lijken te passen.
Rechtmatigheid evenwel hoort tot de kern van het gemeentelijk beleid, en is onlosmakelijk onderdeel van elke regeling, elke beschikking en elk civielrechtelijk en feitelijk handelen. Toezien op of bevorderen van rechtmatigheid heeft daarmee dus vrijwel het gehele gemeentelijke beleid op vrij directe wijze tot onderwerp. Daarmee zou een burgemeesterlijke rechtmatigheidszorg zich gaan bewegen op alle beleidsterreinen van zowel de raad als het college en dus ook van iedere wethouder. Het bevorderen van rechtmatig handelen zal vaak concrete en bijvoorbeeld ook organisatorische maatregelen vragen.
De rollen van de burgemeester in artikel 170 zijn evenwel tamelijk terughoudend geformuleerd en niet voorzien van concrete bevoegdheden. In artikel 160 wordt bovendien het stellen van regels voor de ambtelijke organisatie expliciet voorbehouden aan het college.

De burgemeester voorzien van de nodige interventiemogelijkheden zou dus om te beginnen een wijziging of aanvulling van Hoofdstuk XI (artikel 170 en volgende) eisen dat handelt over de bevoegdheden van de burgemeester.
Ook artikel 160 dat handelt over de bevoegdheden van het college zou dan daaraan aangepast moeten worden om onduidelijkheden in de bevoegdheidsverdeling te voorkomen. Ook artikel 213 dat spreekt over de rechtmatigheid van de inrichting van de financiële organisatie zou dan nader moeten worden bezien.

De vraag is ook of het in de democratische verhoudingen zoals die in de Gemeentewet zijn vastgelegd zou kunnen passen dat de burgemeester verreikende inhoudelijke bevoegdheden zou krijgen ten aanzien van college- en raadsbesluiten. Een dergelijke bevoegdheidsverdeling zou een relevante beperking met zich mee kunnen gaan brengen van de bevoegdheden en het handelingsbereik van raad en college. Dit zou kunnen leiden tot een niet geringe wijziging in de gemeentelijke bestuurlijke verhoudingen. Hiertoe zou alleen moeten worden overgegaan na diepgaande onderzoeken naar de meest wenselijke vorm van het gemeentelijk bestel..

Ik geef er daarom de voorkeur aan om het college te belasten met de zorg voor het rechtmatig gemeentelijk handelen. Dit is beter inpasbaar in het huidige wettelijke systeem van de bestuurlijke opzet van de gemeenten, en sluit ook aan de praktijk inzake de juridische kwaliteitszorg in de gemeenten. Ook de voorbereiding en uitvoering van de financiële rechtmatigheid is gemeenterechtelijk aan het college opgedragen.

Voor de volledigheid zij vermeld dat er in formeel opzicht geen belemmering is om in de praktijk de burgemeester namens het college tot portefeuillehouder te maken voor het rechtmatigheidsbeleid. Het college blijft daarmee nog steeds het eindverantwoordelijke bestuursorgaan dat dan ook de beleidsruimte en het mandaat van de burgemeester hiervoor kan vaststellen.

mr. G.F.J. Krol
Nijmegen, maart 2024