



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Meer rechtsbeginselen in de Awb? Gezichtspunten voor toekomstige codificatie

Gerards, J.H.; Barkhuysen, T.; Ouden, W. den; Polak, J.E.M.

Citation

Gerards, J. H. (2010). Meer rechtsbeginselen in de Awb? Gezichtspunten voor toekomstige codificatie. In T. Barkhuysen, W. den Ouden, & J. E. M. Polak (Eds.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb* (pp. 787-809). Den Haag: Boom Juridische uitgevers. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/15873>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/15873>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Meer rechtsbeginselen in de Awb?

Gezichtspunten voor toekomstige codificatie

J.H. Gerards*

I Inleiding

De algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn in de afgelopen decennia vooral in rechtspraak tot ontwikkeling gekomen.¹ Bij de invulling van vage normen of van hiaten in de wetgeving beriepen rechters zich regelmatig op beginselen die in het algemeen rechtsbewustzijn aanwezig zijn en die aanwijzingen geven over wat redelijk en behoorlijk is bij bestuurshandelen. In de loop van de tijd zijn de beginselen steeds vaster omlijnd geraakt en hebben zij zich een vaste plaats verworven in het bestuursrechtelijk instrumentarium. In 1976 werd dit bevestigd door de beginselen uitdrukkelijk in de Wet Arob vast te leggen als beroepsgrond voor de rechter.² In 1994 zette de Awb-wetgever een volgende stap. Niet alleen werd in artikel 8:77 Awb bevestigd dat de bestuursrechter zijn oordeel kan baseren op ongeschreven rechtsregels of algemene rechtsbeginselen,³ maar ook werden verschillende algemene beginselen van behoorlijk bestuur gecodificeerd. Daarbij werd uitdrukkelijk niet gestreefd naar een volledige codificatie – het vastleggen van beginselen als het vertrouwensbeginsel of het gelijkheidsbeginsel werd te complex of overbodig bevonden.⁴ De uiteindelijke keuze voor te codificeren beginselen lijkt zelfs betrekkelijk willekeurig. Hoewel de parlementaire stukken uitgebreid

* Prof. mr. J.H. Gerards is als hoogleraar staats- en bestuursrecht verbonden aan de Afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden.

1 Handzame overzichten van deze ontwikkeling zijn onder meer te vinden in Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier 2008, hst. 7, nr. 5 en G.H. Addink, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer: Kluwer 1999, hst. 1. Zie uitgebreider vooral P. Nicolai, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer: Kluwer 1990.

2 Zie eerder ook al de Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie (1954); vgl. Van Wijk/Konijnenbelt 2008, hst. 7, nr. 5, p. 285.

3 Er is enige discussie mogelijk over de vraag of dat niet als een stap terug moet worden gekenschetst – het is daardoor immers minder duidelijk dan onder de Wet Arob dat de rechter besluiten aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur mag toetsen (daarover Addink 1999, p. 14). Anderzijds is de nieuwe redactie wel gezien als een teken dat de toetsing aan ongeschreven recht en algemene beginselen van behoorlijk bestuur zodanig is ingeburgerd dat dit niet meer afzonderlijk in de wet hoefde te worden aangegeven (vgl. Van Wijk/Konijnenbelt 2008, p. 285).

4 Vgl. R.J.N. Schlössels, 'Dimensies van rechtsbeginselen. Enige observaties vanuit het bestuursrecht', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In beginsel. Over aard, inhoud en samenhang van rechtsbeginselen in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 13-43, op p. 38-39; Addink 1999, p. 16.

ingaan op de redenen om bepaalde (aspecten van) beginselen een plaats te geven in de Awb, maken zij niet duidelijk op welke overwegingen de keuze voor juist *die* beginselen is gebaseerd. Wel geven de parlementaire stukken enig inzicht in de verwachtingen die de Awb-wetgever koesterde ten aanzien van de codificatie. Net als met de introductie van de Awb als geheel, hoopte de Awb-wetgever dat het vastleggen van bepaalde beginselen de kenbaarheid van het recht en de rechtzekerheid zou bevorderen en zou bijdragen aan de samenhang van het bestuursrecht.⁵ In de praktijk is deze hoop niet (geheel) bewaarheid.⁶ Drie ontwikkelingen lijken daaraan debet te zijn.

Allereerst bleek al meteen na invoering van de Awb dat de verwachtingen omtrent de kenbaarheid en rechtszekerheid van de beginselcodificaties te rooskleurig waren geweest. De formulering van sommige bepalingen over de algemene beginselen van behoorlijk bestuur bleek complex en ondoorzichtig en stelde de rechtspraktijk voor de nodige vragen en problemen. Vooral in artikel 3:4 Awb bleken verschillende aspecten van beginselen op een (achteraf gezien) ongelukkige manier te zijn samengebracht.⁷ Bekend is de discussie over de vraag of de weergave van het evenredigheidsbeginsel in artikel 3:4, tweede lid Awb zich nu richt tot het bestuur als behoorlijkheidsnorm, of tot de rechter als toetsingsnorm. Onduidelijk was vooral of een volle of een marginale rechterlijke toets van het bestuurshandelen was aangewezen. Aan deze discussie werd vrij snel een einde gemaakt door de uitspraak van de Afdeling in de *Kwantum*-zaak.⁸ Daardoor is het echter opnieuw vooral rechtersrecht dat de toepassing van het evenredigheidsbeginsel bepaalt, en niet zozeer de codificatie zoals die is gegeven met artikel 3:4, tweede lid Awb. Ook verder zijn er talrijke discussies geweest over de precieze betekenis van de bepaling, variërend van de vraag of artikel 3:4, eerste lid een voldoende operationele weerslag vormt van het specialiteitsbeginsel,⁹ tot de vraag of artikel 3:4, tweede lid Awb op een bruikbare manier uitdrukking geeft aan het vereiste van *égalité*

5 Dit geldt in algemene zin voor de Awb (zie MvT, PG Awb I, p. 19), maar specifiek ook voor de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (MvT, PG Awb I, p. 22).

6 Vgl. ook R.J.N. Schlössels, 'Elefantiasis en de Awb. Een alsmaar uitdijende wet en alomtegenwoordige beleidsridders...', in: P.P.T. Bovend'Eert e.a. (red.), *De staat van wetgeving. Opstellen aangeboden aan prof. mr. C.A.J.M. Kortmann*, Deventer: Kluwer 2009, p. 357-383, op p. 366, waar hij zich kritisch toont over de codificatie van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, en op p. 367 e.v., waar hij duidelijk maakt dat de doelstellingen van de algehele codificatieoperatie lang niet zijn verwezenlijkt.

7 Vgl. Schlössels 2004, p. 39 en Schlössels 2009, p. 367.

8 ABRvS 9 mei 1996, *JB* 1996/158, m.nt. Stroink.

9 Daarover in het bijzonder R.J.N. Schlössels, *Het specialiteitsbeginsel*, Den Haag: Sdu 1998, p. 3, waar hij aangeeft dat verschillende visies op de betekenis van het specialiteitsbeginsel onder de Awb-bepaling kunnen worden gebracht. Net als bij art. 3:4, tweede lid moest de Afdeling eraan te pas komen om, zoals Heldeweg het stelt, het redeneerschema van de wettelijke bepaling 'bloot te leggen' (ABRvS 1 april 1996, *JB* 1996/155 (Velps duivenhok); zie M.A. Heldeweg, 'Specialiteitsbeginsel', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *JB Select*, tweede herziene druk, Den Haag: Sdu 2009, p. 79-97, op p. 83 voor een analyse, waaruit blijkt dat de redactie van art. 3:4, eerste lid zeker niet eenduidig is).

devant les charges publiques.¹⁰ Hoewel de meeste discussies op een tamelijk bevredigende manier zijn beslecht door de ontwikkeling van rechtspraak, komt met enige regelmaat de vraag op of het niet beter zou zijn als de tekst van een codificatie zou worden aangepast of als een bepaald beginsel, of een element ervan, in de Awb zou worden vastgelegd.¹¹

Een tweede ontwikkeling is de toename van de betekenis van het Europese recht voor het nationale bestuursrecht. Juist op het punt van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur is er in de afgelopen 15 jaar belangrijke rechtspraak gekomen uit Luxemburg en Straatsburg. Het HvJ EG geeft daarin een eigen invulling aan beginselen als het vertrouwensbeginsel (bijvoorbeeld bij terugvordering van staatssteun), het gelijkheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel, die op punten afwijkt van de nationale bestuursrechtspraak.¹² Daarnaast omvat het Europese recht specifieke beginselen, zoals het voorzorgbeginsel, het transparantiebeginsel en het verdedigingsbeginsel, die in Nederland nog niet met zoveel woorden zijn erkend als onderdeel van het algemene bestuursrecht.¹³ Op soortgelijke wijze heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens een verdere verfijning laten zien van procedurele beginselen en heeft het eisen geformuleerd omtrent

- 10 B.P.M. van Ravels, 'Het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In beginsel. Over aard, inhoud en samenhang van rechtsbeginselen in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 67-92, op p. 80. Zie over deze discussie ook het Voorontwerp van de Studiegroep Schadevergoeding bij rechtmatige en onrechtmatige overheidsdaad, 1 mei 2007, te vinden via www.justitie.nl.
- 11 Zie voor het evenredigheidsbeginsel J.H. Gerards, 'Het evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 lid 2 Awb en het Europese recht', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en E. Steyger (red.), *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, p. 73-113, op p. 112-113; voor het égalité-beginsel geldt dat in de Awb mogelijk zal worden voorzien in een aantal bepalingen over nadeelcompensatie, waardoor de discussie over het égalité-beginsel als bevoegdheidsgrondslag tot het verleden zal behoren (zie voor het voorontwerp <http://www.justitie.nl>).
- 12 Zie voor een goed overzicht o.m. T. Tridimas, *The General Principles of EC Law*, 2d Ed., Oxford: OUP 2006 en P. Craig, *EU Administrative Law*, Oxford: OUP 2006; vgl. ook J.H. Jans e.a., *Europeanisation of Public Law*, Groningen: European Law Publishers 2007 en zie R.G.J.M. Widdershoven e.a., *De Europese agenda van de Awb. Derde evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht*, WODC, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, hst. 5. Meer specifiek over de verhouding tussen het Europese en het Nederlandse vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel: W. den Ouden, *De terugvordering van Europese subsidies in Nederland. Over legaliteit, rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel*, Oratie Leiden 2008, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2009, p. 21 e.v.; R. Ortlep, 'Drie Nederlandse rechtsbeginselen in communautair perspectief: de EG-rechtelijke plicht tot terugvordering van communautaire steun', *JB Plus* 2009, p. 81-105, vooral p. 96 e.v.; J.E. van den Brink, 'Europese grenzen aan het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel', *Preadvies Jonge VAR 2009*, te raadplegen via www.verenigingvoorbestuursrecht.nl/JongeVAR2009.html (bezoekt 23 december 2009).
- 13 Zie bijv. R.J.G.M. Widdershoven, 'Rechtsbeginselen in het Europese recht', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In beginsel. Over aard, inhoud en samenhang van rechtsbeginselen in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. p. 293-328, op p. 311; Widdershoven e.a. 2007, p. 78 e.v.; S. Prechal, 'De emancipatie van 'het algemene transparantiebeginsel'', *SEW* 2008, afl. 9, p. 316-322, p. 321; G.H. Addink, 'Principles of Good Governance; Lessons from Administrative Law', in: D. Curtin & R. Wessel (red.), *Good Governance and the European Union*, Oxford/New York: Intersentia 2005, p. 174. Deelaspecten van deze beginselen zijn overigens wel gecodificeerd in de Awb. Bovendien komen deze beginselen natuurlijk wel aan bod in de rechtspraak waarin Europeesrechtelijke vragen spelen; zie bijv. Hoge Raad 4 november 2005, *NJ* 2006/204, waarin het transparantiebeginsel wordt erkend en toegepast op het terrein van het aanbestedingsrecht).

informatievoorziening en de zorgvuldige voorbereiding van besluiten.¹⁴ Het is inmiddels welbekend dat de doorwerking van het Europese recht naar het nationale recht kan leiden tot fricties.¹⁵ Tegen die achtergrond kan de vraag worden gesteld of de beginselencatalogus van de Awb niet meer 'Europaconform' moet worden gemaakt.¹⁶

Een derde en laatste ontwikkeling die kan verklaren dat de vraag naar herijking van de Awb-beginselencatalogus wordt gesteld, betreft de 'ontdekking' van nieuwe beginselen van behoorlijk bestuur.¹⁷ Vooral vanuit bijzondere terreinen van het bestuursrecht, met name het milieurecht, is gewezen op specifieke beginselen die wellicht een plaats zouden moeten krijgen in wetgeving.¹⁸ Een aantal van deze beginselen is vrijwel uitsluitend relevant voor bijzondere beleidsterreinen (zoals het 'standstill-beginsel' of het 'alara-beginsel' binnen het milieurecht), maar andere beginselen hebben een ruimere betekenis gekregen. Dit geldt bijvoorbeeld voor het voorzorgbeginsel, dat een 'proactieve omgang met onzekerheden' impliceert.¹⁹ Weliswaar is dit beginsel ontwikkeld vanuit het milieurecht, maar het omgaan met onzekerheden is ook relevant voor tal van andere beleidsterreinen, van voedselveiligheid tot het omgaan met gevaarlijke stoffen of met informatietechnologie.²⁰ Op vergelijkbare wijze kan het transparantiebeginsel een ruimere betekenis krijgen dan alleen voor de context van het aanbestedingsrecht, waarbinnen het is ontwikkeld: het beginsel vereist immers meer in het algemeen dat besluitvorming

14 Zie voor een overzicht van de doorwerking van de Straatsburgse rechtspraak vooral T. Barkhuysen, *Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht*, Preadvies VAR 2004, VAR-reeks 132, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, par. 3. Een recent voorbeeld waaruit blijkt welke eisen het EHRM stelt als het gaat om voorbereiding, informatievoorziening, maar ook voorzorg, is de zaak *Tatar / Roemenië*, EHRM 27 januari 2009, AB 2009/285 (m.nt. Barkhuysen/Van Emmerik), EHRC 2009/40 (m.nt. Peeters).

15 Zie nader T. Barkhuysen, *Eenheid en coherentie van rechtsbescherming in de veellagige Europese rechtsorde*, oratie Leiden, Deventer: Kluwer 2006.

16 Zie voor aanbevelingen in die richting Widdershoven e.a. 2007, p. xv e.v. – zij vinden dat het verdedigingsbeginsel en het transparantiebeginsel een plaats in de Awb zouden moeten krijgen (p. 83).

17 Of algemene beginselen van behoorlijk bestuur door de rechter (of de wetgever) 'gevonden' worden, of eerder 'gecreëerd', is een discussie op zichzelf die sterk verband houdt met geloof in een meer natuurrechtelijke of een meer rechtspositivistische houding ten aanzien van grondrechten. Zie over dit laatste o.m. Schlössels 2004; vgl. verder Nicolai 1990, p. 379, waar hij nader op deze discussie ingaat.

18 In het bijzonder Ch.W. Backes e.a., *Codificatie van milieurechtelijke beginselen in de Wet milieubeheer*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002; zie ook J.E. Hoitink, 'Het beginsel de vervuiler betaalt: "revival" van een milieubeginsel', *Milieu & Recht* 2000, nr. 2, p. 30-35.

19 Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Onzekere veiligheid. Verantwoordelijkheden rondom fysieke veiligheid*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2008, p. 162. De betekenis van dit beginsel is overigens weinig omlijnd en erg controversieel; zie het rapport van de WRR, p. 130 en de analyse van R. Pieterman en T. Arnoldussen, 'Het voorzorgbeginsel: over ideologie en onzekerheid', *R&R* 2008, afl. 3, p. 230-251. Daarnaast kan dit gelden voor het verdedigingsbeginsel. Widdershoven heeft aangegeven dat dit, uit het Europees recht afkomstig, beginsel vooral tot ontwikkeling is gekomen in het mededingingsrecht en dat bepaalde elementen ervan ook in de Mededingingswet zijn gecodificeerd (Widdershoven 2004, p. 311). Elementen van dit beginsel zijn overigens wel al in de Awb gecodificeerd.

20 Dit blijkt vooral uit de Europese rechtspraak hierover, waarin het beginsel nader is geoperationaliseerd. Zie voor een goed overzicht en over de toepassing van het beginsel op diverse rechtsterreinen Craig 2006, p. 719.

plaatsvindt op basis van kenbare en heldere criteria.²¹ Daarnaast is vanuit academische hoek gewezen op de noodzaak om de notie van 'behoorlijk bestuur' te bezien vanuit het bredere perspectief van 'goed bestuur'.²² Die notie geeft ruimere eisen te zien waaraan bestuurshandelen zou moeten voldoen, zoals vereisten van effectief bestuur, participatief bestuur en verantwoordelijk bestuur.²³ Volgens auteurs als Addink heeft de rechter in de afgelopen 15 jaar weinig kans gezien om dit soort vernieuwing tot uitdrukking te doen komen.²⁴

Gelet op de wat onbevredigende codificatie van algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de Awb in 1994, en gelet op de hierboven geschetste ontwikkelingen, kan met recht de vraag worden gesteld of het niet tijd is om de Awb wat op te frissen. De al gecodificeerde beginselen kunnen worden aangepast aan de moderne academische, praktische en Europese eisen en voorwaarden, en de catalogus kan worden uitgebreid met een selectie van ongeschreven beginselen die in rechtspraak en literatuur tot wasdom zijn gekomen.²⁵ Daarmee komt de Awb bij de tijd, worden bruikbare handvatten gegeven aan de rechter, en weten zowel de rechtzoekende burger als het bestuur waar zij aan toe zijn.

Maar is het zo eenvoudig? Codificatie van rechtsbeginselen in de Awb is meer dan het zomaar opstellen van een lijstje van algemene beginselen van behoorlijk bestuur die een plaats moeten krijgen aan het begin van hoofdstuk 3. Codificatie van beginselen is (net als codificatie van grondrechten) een ingewikkeld proces met moeilijk overzienbare consequenties, ook al omdat de categorie van 'beginselen' diffuus is en de betekenis van deze beginselen lang niet altijd onomstreden. De genoemde ervaringen met artikel 3:4, tweede lid Awb laten wel zien dat een misstap van de wetgever kan leiden tot onzekerheid en tot een stroom van rechterlijke uitspraken en wetenschappelijke bemoeienis om die misstap ongedaan te maken.²⁶ Een fundamentele vraag is bovendien of codificatie eigenlijk wel nodig en wenselijk is. In feite maakt het bijzondere karakter van de ongeschreven beginselen van behoorlijk bestuur vastlegging in wetgeving overbodig. De beginselen gelden

21 Zie bijvoorbeeld de (indirecte) toepassing van het transparantiebeginsel via het zorgvuldigheidsbeginsel in CBB 3 juni 2009, LJN BI6466, bij de verlening van een kansspelvergunning. Zie over deze toepassing verder uitgebreid A. Drahmman, 'Tijd voor een Nederlands transparantiebeginsel?', *Preadvies Jonge VAR 2009*, te raadplegen via <www.verenigingvoorbestuursrecht.nl/JongeVAR2009.html> (bezoekt 23 december 2009).

22 Zie vooral Addink 2005; G.H. Addink, 'Goed bestuur: een norm voor het bestuur of een recht van de burger?', in: G.H. Addink e.a. (red.), *Grensverleggend bestuursrecht (Ten Berge-bundel)*, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2008, p. 3-25.

23 Addink 2005; Addink 2008. Hij verwijst daarbij vooral naar de Europese softlawinstrumenten die op dit punt tot stand zijn gebracht.

24 Addink 2005, p. 171.

25 Vgl. Addink 2005, p. 171.

26 Daarbij komt dat voorzichtigheid bij het aanpassen en uitbouwen van de Awb meer in zijn algemeenheid op zijn plaats is om ervoor te zorgen dat het 'gebouw' van de Awb blijft staan; zie Schlössels 2009, p. 358.

toch wel, ook als zij niet in de Awb zijn vastgelegd.²⁷ Niets staat eraan in de weg dat de rechter op zeker moment nieuwe beginselen erkent en in zijn overwegingen betreft. Rechters zijn er bovendien aan gewend geraakt dat zij bestuurshandelingen aan beginselen mogen toetsen.²⁸ Door hun beginselkarakter zijn de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ook flexibel genoeg om aanpassing aan nieuwe ontwikkelingen of praktische vereisten mogelijk te maken.

Toch kan codificatie van waarde zijn, zoals hierna nader zal worden omschreven.²⁹ De beslissing tot vastlegging van beginselen in de Awb moet dan echter weloverwogen en op goede gronden worden genomen. Opmerkelijk genoeg zijn er in de algemene bestuursrechtelijke literatuur maar weinig algemene gezichtspunten en criteria genoemd die ondersteuning kunnen bieden bij de beslissing tot het vastleggen van bepaalde beginselen. Deze bijdrage beoogt een eerste aanzet te geven tot de ontwikkeling van dergelijke gezichtspunten.³⁰ Doel daarvan is ervoor te

- 27 Vgl. ook E. Van de Velde, 'Naar een codificatie van de beginselen van behoorlijk bestuur?', in: I. Opdebeek & M. Van Damme (red.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge: Die Keure 2006, p. 429-449, op p. 430 en 434 en A.M.M. Bots, 'Het zorgvuldigheidsbeginsel en advisering', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In beginsel. Over aard, inhoud en samenhang van rechtsbeginselen in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 141-166, op p. 165. Overigens is hierover nog wel enige discussie mogelijk – een uitgangspunt kan zijn dat een ongeschreven rechtsbeginsel slechts gelding heeft voor zover het in wetgeving tot uitdrukking komt. In het algemeen wordt echter aangenomen dat dit een te beperkte opvatting is (daarover Nicolai 1990, p. 386 e.v.). Meer aanvaard is de lezing dat een rechtsbeginsel in ieder geval als toetsingsgrond kan dienen wanneer het beginsel als zodanig in de rechtspraak is erkend.
- 28 Het staat ook niet vast dat het gemakkelijker is voor de rechter om aan een gecodificeerd beginsel te toetsen dan aan een ongeschreven rechtsregel. Er zijn aanwijzingen dat een rechter liever toetst aan de in de Awb opgenomen beginselen dan aan de ongeschreven rechtsbeginselen. Zo worden veel zaken die in feite het (ongeschreven) gelijkheidsbeginsel betreffen, in de praktijk afgedaan door een vernietiging op grond van het (geschreven) zorgvuldigheidsbeginsel of het in art. 3:4 Awb vastgelegde evenredigheidsbeginsel. De vraag is echter wat hiervan de precieze oorzaak is – deze kan ook zijn gelegen in de complexiteit van een beginsel als het gelijkheidsbeginsel. Zie nader o.m. J.H. Gerards, 'Gelijkheidsbeginsel', in: R.J.N. Schlössels e.a., *JB Select: Jurisprudentie Bestuursrecht Select*, Den Haag: Sdu 2009, p. 122-123. Bovendien is in de literatuur aangegeven dat sommige rechters, zoals de Afdeling, een voorkeur hebben voor toetsing aan het ongeschreven verbod van willekeur boven het geschreven evenredigheidsbeginsel (A.J. Bok, 'Het vertrouwensbeginsel, een beginsel op tegenspraak. Ofwel: botsing van rechtsbeginselen, toegelicht aan de hand van het vertrouwensbeginsel', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In beginsel. Over aard, inhoud en samenhang van rechtsbeginselen in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 93-112, op p. 102-103). Dat lijkt te impliceren dat het voor de rechtspraktijk uiteindelijk weinig verschil maakt of een beginsel wel of niet in de Awb staat.
- 29 Over het begrip 'codificatie' kan worden opgemerkt dat hiermee in het algemeen bedoeld wordt op een grotere operatie waarbij op een meer fundamentele, coherente en systematische manier een stelsel van regels in een wettelijke regeling wordt vastgelegd (zie nader W. Voermans, C. Moll, N. Florijn en P. van Lochem, 'Codification and Consolidation in the European Union: A Means to Untie Red Tape', *Statute Law Review* 29(2) (2008), p. 65-81, op p. 73 en 74). Het vastleggen van één specifiek algemeen beginsel van behoorlijk bestuur in de Awb kan daarom wellicht niet als 'codificatie' worden aangeduid. Niettemin kan worden gesteld dat met een dergelijk wetgevend optreden sprake is van aanvulling of nadere uitwerking van de bestaande codificatie – van 'nadere codificatie' dus eigenlijk. Om die reden zal in deze bijdrage in het algemeen worden gesproken van 'codificatie' van algemene beginselen van behoorlijk bestuur wanneer bedoeld wordt op het vastleggen van (elementen van) beginselen in de Awb.
- 30 De bedoeling is dus uitdrukkelijk niet om aan te geven in welke lijst van te codificeren beginselen deze gezichtspunten zouden moeten resulteren.

zorgen dat de discussie over (nadere) codificatie van beginselen in de Awb op een meer fundamentele en systematische manier kan worden gevoerd.³¹

In het hiernavolgende zullen de volgende gezichtspunten worden onderscheiden, die in de verschillende paragrafen van deze bijdrage nader zullen worden besproken en geanalyseerd:

- kenbaarheid, toegankelijkheid en rechtszekerheid (par. 2);
- democratische legitimatie en symboolfunctie (par. 3);
- actualiteit en dynamiek (par. 4);
- effect op de rechtswerking; functie en karakter van het beginsel (par. 5);
- consistentie en coherentie; het gezichtspunt van het Europese en internationale recht (par. 6).

De bijdrage wordt in paragraaf 7 afgesloten met een kort resumé van de gevonden gezichtspunten en hun onderlinge verhouding. Belangrijk is te vermelden dat de verschillende hierna te bespreken gezichtspunten zijn ontleend aan de rechtswetenschappelijke literatuur, waarbij in het bijzonder gebruik is gemaakt van het denkwerk dat op het terrein van het milieurecht is verricht.³² Nadere verfijning en aanvulling in de toekomst door middel van rechtsvergelijkend onderzoek is aangewezen. In de bijdrage wordt verder niet ingegaan op de vraag of Nederland behoefte heeft aan een 'code voor goed bestuur', die los staat van de Algemene wet bestuursrecht – gelet op de thematiek van de bundel staat de Awb centraal.³³ Evenmin zullen conclusies worden getrokken ten aanzien van de vraag welke beginselen, gelet op de geselecteerde gezichtspunten, nu wel of niet voor codificatie in aanmerking komen. Doel van de bijdrage is slechts om een kader te ontwikkelen, niet om dat kader toe te passen op de veelheid van beginselen die momenteel (nog) niet of niet volledig in de Awb zijn vastgelegd.

2 Kenbaarheid, toegankelijkheid en rechtszekerheid

2.1 De waarde van codificatie als bron van rechtszekerheid

Een eerste gezichtspunt bij de beslissing tot codificatie van algemene beginselen van behoorlijk bestuur betreft de wens tot kenbaarheid, rechtszekerheid en toegankelijkheid. Juist die wens lag ten grondslag aan het opnemen van een aantal bestuursrechtelijke beginselen in de Awb.³⁴ Geconstateerd werd dat het ongeschreven bestuursrecht moeilijk toegankelijk was en dat dit problematisch was, gelet op de belangrijke rol die dit ongeschreven recht speelt.³⁵ Ook meer in algemene zin worden kenbaarheid en rechtszekerheid genoemd als de belangrijkste redenen om

31 Zie voor de behoefte aan een dergelijke meer fundamentele en systematische discussie ook Schlössels 2009, p. 382-383.

32 In het bijzonder door Backes e.a. 2002.

33 Zie over de wenselijkheid van de ontwikkeling van zo'n code nader Addink 2008, p. 24. De discussie hierover is niet eenvoudig, vooral omdat de vraag nog open ligt wat de juridische status van zo'n code zou moeten zijn en hoe deze zich zou moeten verhouden tot de Awb.

34 MvT, PG Awb I, p. 22; zie ook Advies RvS, PG Awb I, p. 16. Vgl. ook Addink 1999, p. 40.

35 MvT, PG Awb I, p. 18.

over te gaan van ongeschreven naar geschreven regels.³⁶ De grote codificaties in de achttiende eeuw werden hierdoor in belangrijke mate gedreven.³⁷ Dit is ook begrijpelijk, nu mensen graag willen weten waar zij aan toe zijn; voorspelbaarheid, consistentie en rechtszekerheid worden niet voor niets gerekend tot belangrijke basiswaarden van de rechtsstaat. Voor iedereen die met bestuurshandelen bezig is of er mee in aanraking komt – variërend van degenen die het beleid vaststellen en de concrete besluiten nemen, tot de aanvragers van vergunningen of de rechters die oordelen over de rechtmatigheid van bestuurshandelen – is het belangrijk dat zij weten aan welke eisen en normen dat bestuurshandelen moet voldoen.³⁸ Deze waarden van zekerheid en voorspelbaarheid worden van oudsher beschermd door het legaliteitsbeginsel. Juist wettelijke regelingen kenmerken zich immers door algemeenheid en kenbaarheid, zodat het gemakkelijk is om daarop het gedrag af te stemmen. Bij ongeschreven rechtsregels, zoals de beginselen van behoorlijk bestuur, is de roep om codificatie dan ook niet verrassend.

2.2 Codificatie van alle algemene beginselen van behoorlijk bestuur?

Tot het uiterste doorgedreven zou de wens tot kenbaarheid en rechtszekerheid impliceren dat *alle* algemene beginselen van behoorlijk bestuur in wetgeving moeten worden neergelegd. Het is echter maar de vraag of zo'n volledige codificatie nodig is. Ook ongeschreven rechtsregels kunnen voldoende kenbaar zijn en kunnen een grote mate van rechtszekerheid verschaffen.³⁹ Als een beginsel in de rechtspraak

36 J.H.A. Lokin & W.J. Zwolve, *Hoofdstukken uit de Europese Codificatiegeschiedenis*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1992, p. 35-37.

37 Lokin & Zwolve (1992), p. 35 en 37. Vgl. ook P.A.J. van den Berg, *Codificatie en staatsvorming. De politieke en politiek-theoretische achtergronden van de codificatie van het privaatrecht in Pruisen, de Donaumonarchie, Frankrijk en Nederland, 1450-1811* (diss. Groningen), Groningen: Wolters-Noordhoff 1996, p. 33, die overigens wijst op een groot aantal meer politieke en praktische overwegingen om tot codificatie over te gaan, die voor het Awb-perspectief minder relevant zijn.

38 Vanuit dit perspectief is het niet nodig om onderscheid te maken naar de adressaat van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals in de literatuur soms wel gebeurt (daarover nader Addink 1999, p. 33 e.v.). Vanuit kenbaarheidsperspectief geldt dat het voor de rechter, voor het bestuur en voor de burger in gelijke mate van belang is dat een beginsel van behoorlijk bestuur als zodanig kenbaar is en dat duidelijk is welke eisen en normen voor het bestuurshandelen samenhangen met dit beginsel. Wel geldt dat het voor de aard van de codificatie verschil kan maken of een norm wordt neergelegd in de vorm van een negatieve toetsingsgrond voor de rechter (zoals het verbod van willekeur) of als een positieve gedragsnorm voor het bestuur (zoals het vereiste van evenredigheid). Wordt voor het laatste gekozen, dan rijst onmiddellijk de vraag naar de intensiteit van de rechterlijke toetsing aan zo'n norm. Aangenomen kan echter worden dat positieve gedragsnormen tot een duidelijkere codificatie leiden en daarom vanuit kenbaarheidsperspectief de voorkeur verdienen. Bovendien geldt dat inmiddels algemeen wordt aangenomen dat de beginselen primair rechtsnormen zijn voor overheidshandelen, en dat codificatie vanuit die functie dus het meest voor de hand ligt (vgl. Van Wijk/Konijnenbelt 2008, hst. 7, nr. 66, p. 376). Het probleem van de intensiteit van rechterlijke toetsing kan immers relatief gemakkelijk worden opgelost door een goede toelichting; bovendien geldt dat inmiddels de uitgangspunten van marginale toetsing van bestuurshandelen voldoende zijn uitgekristalliseerd om een hernieuwde discussie daarover onwaarschijnlijk te maken.

39 Backes e.a. hebben zelfs betoogd dat het vastleggen van zeer algemene normen tot rechtsonzekerheid kan leiden omdat daardoor onvoldoende duidelijkheid aan burgers wordt gegeven over wat er van hen wordt verlangd (2002, p. 183).

een duidelijke en eenduidige uitleg en toepassing krijgt en als over de betekenis in de praktijk en de academische literatuur nauwelijks controverserig bestaat, is het weliswaar mogelijk (en bovendien relatief gemakkelijk) om zo'n beginsel in de Awb vast te leggen, maar is de praktische toegevoegde waarde daarvan beperkt. Een voorbeeld is het verbod van *détournement de pouvoir*. Al voor de vastlegging in de Awb werd dit beginsel breed aanvaard en op een consistente manier toegepast.⁴⁰ De Awb-codificatie bevestigt de in de praktijk aan het beginsel gegeven uitleg, maar geeft in wezen niet *meer* duidelijkheid over dit beginsel dan er al was. Vanuit het gezichtspunt van kenbaarheid was codificatie van dit beginsel dus niet echt nodig. Datzelfde geldt wanneer niet meer gebeurt dan dat een elders al gecodificeerde norm wordt gekopieerd. Het is om die reden niet onbegrijpelijk dat het gelijkheidsbeginsel niet in algemene zin is opgenomen in de Awb, nu uit artikel 1 Grondwet al duidelijk blijkt dat de overheid zich aan dit beginsel heeft te houden.⁴¹

Het streven naar kenbaarheid en toegankelijkheid door middel van wetgeving wordt als gezichtspunt echter belangrijker, naarmate het moeilijker is om te weten wat de betekenis van een beginsel precies is.⁴² De oorzaak van de onduidelijkheid kan divers zijn. Het is mogelijk dat verschillende (hoogste) rechters een tegenstrijdige toepassing geven aan een bepaald beginsel;⁴³ het is denkbaar dat een beginsel afkomstig is uit het Europese recht en minder gemakkelijk inpasbaar is in het Nederlandse bestuursrechtelijk systeem; het kan zijn dat een beginsel nog onvoldoende is uitgekristalliseerd en dat hieraan nu eens de ene, dan weer de andere betekenis wordt toegekend; enzovoort. Ongeacht de oorzaak van de onduidelijkheid kan het dan waardevol zijn als een bepaling in de Awb wordt opgenomen waarin de betekenis van het beginsel duidelijk en ondubbelzinnig wordt vastgelegd. Bijkomend voordeel is dat de wetgever dan gedwongen is om na te denken over de systematiek van de wet en om het beginsel te relateren aan de andere bepalingen en beginselen die in de wet zijn opgenomen.⁴⁴ De samenhang van het algemene bestuursrecht (die als zodanig kan bijdragen aan toegankelijkheid, kenbaarheid en rechtszekerheid) kan daardoor worden vergroot.

40 Vgl. MvT, PG Awb I, p. 207.

41 Vgl. Van de Velde 2006, p. 437. Daarmee is overigens niet gezegd dat nauwkeurig toegespitste codificatie van specifieke onderdelen niet nuttig kan zijn vanuit het perspectief van kenbaarheid – het gaat er vooral om dat een algemene normstelling weinig toegevoegde waarde zou hebben.

42 Ook dit is door Lokin en Zwolve aangegeven als een voordeel van de algemene codificaties in de achttiende eeuw: waar het voor de codificatie vaak nodig was om regels te ontdekken door ingewikkelde en tijdrovende intellectuele beredenering, hoefde men daarna alleen nog maar het wetboek op te slaan (Lokin & Zwolve, p. 37). Overigens moet niet worden onderschat dat in de eindeloze mogelijkheden tot nuancering die in rechtspraak besloten liggen, ook voordelen vervat zijn – wetgeving biedt vaak veel minder mogelijkheden om de rechtspraakprecisie zuiver weer te geven. Als dat het geval is en als het risico bestaat dat de codificatie juist onduidelijkheden gaat opleveren, dan is codificatie niet aan te bevelen.

43 Dat lijkt momenteel bijvoorbeeld het geval bij sommige toepassingen van het gelijkheidsbeginsel, maar vooral ook als het gaat om de toelaatbaarheid van *contra legem*-werking van rechtsbeginselen; zie nader bijv. Gerards 2009 en Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2008, hst. 7, § 7 (p. 358 e.v.).

44 Vgl. Backes e.a. 2002, p. 186 en 189.

2.3 Algemene of gedeeltelijke en concrete codificatie?

Wordt besloten tot het vastleggen van een bepaald algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, dan vergt het gezichtspunt van kenbaarheid verder dat aandacht wordt besteed aan de vraag of het *gehele* beginsel in de Awb moet worden gecodificeerd, of slechts onderdelen daarvan. Ook moet worden besloten hoe concreet de codificatie van het beginsel moet zijn. Het in algemene zin formuleren van beginselen zal meestal niet zoveel toevoegen aan de bestaande rechtspraak.⁴⁵ Een algemene weergave in de Awb kan juist eerder tot interpretatievragen leiden, omdat al snel zal worden aangenomen dat de wetgever de bepaling niet voor niets heeft gecodificeerd.⁴⁶ Precies dat werd zichtbaar na de algemene codificatie van het evenredigheidsbeginsel in artikel 3:4, tweede lid Awb, waarbij het enige tijd duurde voordat in de rechtspraak was uitgemaakt dat het nieuwe beginsel in wezen geen andere betekenis en functie had dan het oude verbod van willekeur. Zonder de algemene codificatie van het evenredigheidsbeginsel was deze verwarring er niet geweest. Om een dergelijk averechts effect te voorkomen en de kenbaarheid daadwerkelijk te vergroten, kan in het algemeen beter worden gekozen voor een precieze codificatie, zo nodig van deelonderdelen. Hoe specifieker de codificatie is – en hoe concreter de norm is die wordt gesteld – hoe meer duidelijkheid en inhoudelijk houvast deze zal scheppen.⁴⁷ Wordt toch gekozen voor een algemene(re) codificatie, dan is het waardevol om in de parlementaire geschiedenis zo duidelijk mogelijk aan te geven hoe het beginsel moet worden toegepast.

3 Democratische legitimatie en symboolfunctie

Kenbaarheid en rechtszekerheid zijn waarden die in belangrijke mate door het legaliteitsbeginsel worden gegarandeerd. Ook het tweede gezichtspunt houdt verband met een door het legaliteitsbeginsel beschermde waarde, namelijk de waarde van democratische legitimatie. Bij codificatie krijgt een beginsel dat eerder alleen door de rechter werd erkend en toegepast, een democratisch stempel door vastlegging in de wet. Dit gezichtspunt van democratische legitimatie kan in een aantal omstandigheden van bijzonder belang zijn.

45 P. Popelier, 'Beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie van de normen', in: I. Opdebeek & M. Van Damme (red.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge: Die Keure 2006, p. 3-35, op p. 17-18. Wel kan enige waarde zijn gelegen in het laten zien van een geïntegreerd perspectief. Algemene codificatie van een ruim beginsel met veel verschillende deelaspecten (zoals het transparantiebeginsel) kan de onderlinge samenhang tussen de verschillende aspecten verduidelijken; zie Prechal 2008, p. 322. De vraag is echter of dat doel niet ook met een goede toelichting kan worden bereikt.

46 Vgl. ook Backes e.a. 2002, p. 192.

47 Vgl. Backes e.a. 2002, p. 187-188 en 192-194; Popelier 2006, p. 17-18. Zie specifiek ten aanzien van het brede beginsel dat de overheid de burger voldoende moet voorlichten over beleid en besluitvorming (het 'tweede bekendmakingsbeginsel', het 'voorlichtingsbeginsel' of een element van het transparantiebeginsel) R.J. van Dam, 'Een tweede bekendmakingsbeginsel?', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In beginsel. Over aard, inhoud en samenhang van rechtsbeginselen in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 221-242, op p. 239.

Allereerst is dit gezichtspunt relevant wanneer de wetgever optreedt in een situatie van tegenstrijdige rechtspraak of van controversie of onzekerheid over de precieze betekenis van een bepaald beginsel. Het vastleggen van een algemeen beginsel is dan geen eenvoudige codificatie – in de zin van het laten ‘stollen’ van een beginsel in een wettelijke bepaling – maar vergt een zekere mate van modificatie. De wetgever kan een bepaalde richting geven aan de invulling van een beginsel door dit op een specifieke manier te definiëren of door de betekenis ervan te preciseren. De legitimatie van de democratisch verkozen wetgever om zo’n richtinggevende rol te vervullen is allicht groter dan die van de rechter.

Het gezichtspunt van democratische legitimatie speelt verder een belangrijke rol als een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur niet meer louter en alleen wordt gebruikt als norm om de deugdelijkheid van bestuurshandelen vast te stellen, maar er een sterkere juridische betekenis aan wordt toegekend. Bekend is de discussie over de wijze waarop het in artikel 3:4, tweede lid Awb gecodificeerde beginsel van de *égalité devant les charges publiques* werd getransformeerd van algemeen beginsel van behoorlijk bestuur tot bevoegdheidsgrondslag voor het nemen van besluiten over nadeelcompensatie.⁴⁸ In dergelijke gevallen is het aanbevelenswaardig als de wetgever ingrijpt en voorziet in een deugdelijke wettelijke basis.⁴⁹

In de derde plaats kan het democratisch stempel van codificatie in de Awb een symboolfunctie hebben. De keuze voor wettelijke verankering kan worden gezien als een belangrijk signaal voor het maatschappelijk en juridisch belang dat aan een bepaald beginsel wordt toegekend.⁵⁰ Zeker bij beginselen die sturend zijn voor de inhoudelijke belangenafweging of de te maken beleidskeuzes – zoals het voorzorgsbeginsel – kan die symboolfunctie een grote waarde hebben. Niet voor niets is in de literatuur aangegeven dat sommige algemene beginselen zelfs in de Grondwet zouden moeten worden vastgelegd, om op die manier de fundamentele waarde van deze beginselen te onderstrepen.⁵¹ Het symbolische karakter van de Algemene wet bestuursrecht is wellicht minder groot dan dat van de Grondwet, maar door het algemene karakter van de bepalingen en de wijze waarop daarin uitdrukking

48 Zie ABRvS 6 mei 1997, AB 1997/229, m.nt. Van Buuren, JB 1997/118, m.nt. Simon.

49 Zoals nu wordt beoogd blijktens het Voorontwerp Schadevergoeding bij rechtmatige en onrechtmatige overheidsdaad (p. 17); zie www.justitie.nl.

50 Zie voor de mogelijkheid van wetgeving om een dergelijke symboolwaarde te hebben nader B.M.J. van Klink, *De wet als symbool. Over wettelijke communicatie en de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 88-89.

51 Grondwetten hebben volgens Van Klink vaak een symbolisch-constituerende functie, in die zin dat zij gericht zijn op het vastleggen van als fundamenteel erkende waarden (Van Klink 1998, p. 122). Zie meer concreet voor de wens tot grondwettelijke codificatie van beginselen bijv. A.M.L. Jansen, *Constitutionalisering van het bestuursprocesrecht*, Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, Deventer: Kluwer 2004, p. 105. De WRR heeft aangegeven het voorzorgsbeginsel zo belangrijk te vinden dat codificatie als algemene inspanningsverplichting in de Grondwet in de rede zou liggen (maar heeft ook bepleit dat nadere uitwerking in de Awb plaatsvindt) – WRR 2008, p. 184 resp. 167. Op vergelijkbare wijze is codificatie van het legaliteitsbeginsel in de Grondwet bepleit – zie L.J.A. Damen, ‘Het legaliteitsbeginsel als partieel gecodificeerde constitutionele norm’, in: *Het bestuursrecht als agenda voor het staatsrecht*, Staatsrechtconferentie 1998, Kluwer: Deventer 1999, p. 35-67, op p. 66 en, met enige aarzeling, F. van Ommeren, ‘De betekenis van het legaliteitsbeginsel voor het staatsrecht’, *Het bestuursrecht als agenda voor het staatsrecht*, Staatsrechtconferentie 1998, Kluwer: Deventer 1999, p. 69-85, op p. 80.

wordt gegeven aan waarden als goed bestuur mag de symbolische functie van de Awb toch niet worden onderschat.⁵² Met codificatie kan duidelijk worden gemaakt dat een bepaald beginsel een oriëntatiepunt vormt, waarmee bij (toetsing van) besluitvorming en inhoudelijke afwegingen rekening moet worden gehouden.⁵³ Tegelijkertijd moet in het oog worden gehouden dat een al te ruime codificatie van algemene beginselen van behoorlijk bestuur kan leiden tot een zekere ‘inflatie’ – Schlössels heeft er wel op gewezen dat het onderscheidend en richtinggevend karakter van de beginselen daardoor kan afnemen.⁵⁴ Selectiviteit dient dus uitgangspunt te blijven.

4 Actualiteit, dynamiek en het risico van rigiditeit

4.1 Actualiteit en dynamiek

Het vastleggen van een bepaald beginsel in de wet betekent dat de wettekst sturend wordt voor de verdere rechtsontwikkeling. Dit geldt zeker wanneer de wetgever ervoor kiest om niet alleen een in de rechtspraak ontwikkelde betekenis vast te leggen, maar om deze enigszins te wijzigen of bij te stellen. Deze sturende functie betekent dat codificatie kan bijdragen aan het actualiteitsgehalte van de Algemene wet bestuursrecht. De Awb is een aanbouwwet, die voortdurend moet worden vernieuwd en herzien om ervoor te zorgen dat deze wet het kernpunt blijft vormen van het algemene bestuursrecht – de wet verliest mogelijk aan relevantie en betekenis wanneer nieuwe rechtsontwikkelingen uitsluitend nog plaatsvinden in de rechtspraak.⁵⁵ Bovendien komt een belangrijke doelstelling van de Awb – het vergroten van toegankelijkheid – onder druk te staan als de burger na verloop van tijd alsnog de geldende normen moet zoeken in het ongeschreven recht of in het rechtersrecht. Hieraan kan tegemoet worden gekomen door van tijd tot tijd te bezien of nieuwe beginselen tot ontwikkeling zijn gekomen of bestaande beginselen een andere uitleg hebben gekregen, en de wet daaraan aan te passen. Daarbij geldt bovendien dat de wetgever een voortrekkersfunctie kan vervullen wanneer de rechtspraktijk aarzelend staat tegenover een bepaald beginsel. Wettelijke erken-

52 Vgl. Jansen 2004, p. 108, die aangeeft dat beginselen die ongeschikt worden bevonden om te worden opgenomen in de Grondwet als *second best* in een wet in formele zin kunnen worden vastgelegd die na de constitutie bovenaan in de hiërarchie van regelgeving staat. De symboolwaarde van een dergelijke codificatie zou misschien nog groter kunnen zijn wanneer de algemene beginselen duidelijker als zodanig worden aangeduid. Belgische auteurs hebben wel enige verrassing uitgesproken over het feit dat zo onrechtstreeks duidelijk wordt gemaakt wat de rechtsplicht voor het bestuur inhoudt (Van de Velde 2006, p. 438). Tegelijkertijd kan zo'n meer algemene verwijzing naar de algemene beginselen van behoorlijk bestuur het risico inhouden dat weinig wordt toegevoegd aan de bestaande situatie (zie par. 2).

53 Vgl. Backes e.a. 2002, p. 182. Zie ook Hoitink 2000, p. 31, die voor het beginsel ‘de vervuiler betaalt’ aangeeft dat dit wellicht serieuzer zou worden genomen als het wettelijk werd verankerd.

54 Schlössels 2004, p. 2. Vgl. ook D.H.M. Meuwissen, ‘Rechtsbeginselen en natuurrecht’, *Ars Aequi* 40 (1991) 10, p. 730-743, p. 22.

55 Tegelijkertijd is de voortdurende verandering risicovol als het gaat om het behoud van de structuur en eenvoud van de Awb – zie Schlössels 2009, p. 358 en p. 383, die aangeeft dat de wet juist een zekere rust moet uitstralen als het gaat om de materiële kernbeginselen. Met alle aanpassingen moet dus wel terughoudendheid worden betracht.

ning of precisering van een beginsel kan dan leiden tot nieuwe, politiek wenselijk geachte rechtsontwikkelingen.⁵⁶

4.2 Risico's: rigiditeit en *a contrario*-redeneringen

Hoewel codificatie dus kan bijdragen aan de actualiteit en dynamiek van de Awb, moet daarbij terdege rekening worden gehouden met het risico dat codificatie juist ook kan leiden tot een zekere rigiditeit. Als een beginsel nog volop in ontwikkeling is en de betekenis ervan niet vaststaat, kan vastlegging van zo'n beginsel de vrije ontwikkeling ervan belemmeren.⁵⁷ Van Geest heeft bijvoorbeeld gewezen op de averechtse effecten van de codificatie van het zogenaamde alara-beginsel in de Wet milieubeheer.⁵⁸ Dit beginsel (het acroniem staat voor 'as low as reasonably achievable') houdt in dat als voorschriften aan een milieuvergunning niet kunnen voorkomen dat de vergunning nadelige effecten heeft voor het milieu, dan toch in ieder geval die voorschriften aan de vergunning worden verbonden die de grootst mogelijke bescherming kunnen bieden tegen deze gevolgen. Het beginsel is in artikel 8.11, tweede lid Wmb opgenomen, maar in de literatuur is stevige kritiek op deze codificatie geleverd – van een eenduidige of overtuigende uitleg is geen sprake. Van Geest wijt het 'mislukken' van deze codificatie aan het feit dat de wetgever niet voldoende duidelijk voor ogen stond welke precieze betekenis het beginsel moest hebben.⁵⁹ Mogelijk zou de codificatie meer waarde hebben gehad als deze niet als concrete rechtsnorm, maar als algemeen gezichtspunt was geformuleerd, of als met codificatie was gewacht totdat het beginsel meer was uitgerijpt in de rechtspraktijk.

Naast het probleem van rigiditeit, kan het vastleggen van rechtsbeginselen in de Awb een ander nadeel hebben. Dit geldt vooral wanneer een brede codificatiestrategie wordt gekozen, waarbij wordt gestreefd naar volledigheid. In dat geval kan het risico ontstaan van *a contrario*-redeneringen, waarbij uit het feit dat bepaalde beginselen *niet* in de Awb zijn vastgelegd, wordt afgeleid dat zij minder relevant zijn als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.⁶⁰ De mogelijkheid van het ontwikkelen of 'vinden' van nieuwe rechtsbeginselen in de praktijk kan daarmee ernstig worden belemmerd – de Awb wordt dan te zeer sturend als kenbron van rechtsbeginselen.⁶¹

56 Vgl. Hoitink 2000, p. 34, die op deze grond codificatie van het beginsel 'de vervuiler betaalt' bepleit.

57 De Raad van State waarschuwde hier al voor bij het vastleggen van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in paragraaf 3.2 – hij vroeg zich af of daarmee wel voldoende ruimte werd gelaten voor verdere verfijningen (Advies RvS, PG Awb I, p. 16).

58 H.J.A.M. van Geest, 'Bij twijfel niet inhalen: Over milieurechtbeginselen', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In beginsel. Over aard, inhoud en samenhang van rechtsbeginselen in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 329-350, op p. 340.

59 Van Geest 2004, p. 340.

60 Zie in deze zin ook (zij het nogal bedekt) het advies van de Raad van State bij de Awb; PG Awb I, p. 16.

61 Dit was ook uitdrukkelijk niet de bedoeling van de Awb-wetgever, die juist stelt dat de verdere ontwikkeling van het ongeschreven recht niet mag worden afgesneden door de codificatie; MvT, PG Awb I, p. 22.

5 Effect op de rechtswerking; functie en karakter van het beginsel

5.1 Rechtsbeginsel of rechtsregel?

Vanwege het beginselkarakter van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur maakt het voor de rechtswerking op zichzelf niets uit of een beginsel wel of niet in wetgeving is vastgelegd.⁶² Zijn juridische werking ontleent een beginsel immers niet aan de codificatie, maar aan de algemene erkenning van het fundamentele karakter van het beginsel.⁶³ Juist dat fundamentele karakter zorgt ervoor dat beginselen bovenaan staan in de normenhierarchie – de beginselen zijn sturend en normerend voor het overheidshandelen, dat binnen de door de beginselen gedefinieerde kaders moet plaatsvinden. Het feit dat het vertrouwensbeginsel of het legaliteitsbeginsel niet in de Awb is gecodificeerd maakt daarbij geen verschil voor de rechtswerking van die beginselen. De rechter kan ook zonder geschreven norm een bestuurlijk handelen aan deze beginselen toetsen en kan consequenties verbinden aan de constatering van een schending.⁶⁴ Artikel 120 Grondwet staat slechts in de weg aan de toetsing van formele wetgeving aan de fundamentele rechtsbeginselen, niet aan de toetsing van lagere regelgeving of besluiten.⁶⁵ Ondanks de sterke rechtswerking en grote betekenis van de algemene rechtsbeginselen, kan worden aangenomen dat codificatie van een rechtsbeginsel de juridische status ervan kan versterken. Dat geldt niet bijvoorbeeld wanneer een relatief gezien minder ‘fundamenteel’ beginsel wordt gecodificeerd of wanneer de codificatie tot resultaat heeft dat een beginsel een ‘regelachtig’ karakter krijgt. De extra betekenis die codificatie van beginselen kan hebben, kan worden verklaard vanuit het klassieke onderscheid tussen regels en beginselen. Waar een beginsel een relatief ‘zacht’ karakter heeft en kan wijken bij botsingen met andere beginselen of rechtsregels (zeker wanneer het beginsel een minder zwaarwegend belang vertegenwoordigt), is de werking van rechtsregels scherper en harder.⁶⁶ Wordt een minder zwaarwegend beginsel gecodificeerd, dan kan het verschaffen

62 Vgl. A. Soeteman, ‘Hercules aan het werk. Over de rol van rechtsbeginselen in het recht’, *Ars Aequi* 40 (1991) 10, p. 744-756, p. 754-755.

63 Zoals Schlössels heeft aangegeven is het mogelijk om anders tegen de rechtswerking van rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur aan te kijken – vooral vanuit het rechtspositivisme wordt de rechtswerking van algemene beginselen niet zomaar erkend. Met Schlössels kan echter worden gesteld dat een cultuurrechtelijke visie op grondrechten te verkiezen valt, waarbij beginselen enerzijds kunnen worden gezien als ‘boven-willekeurige aanknopingspunten, grondslagen en richtsnoeren voor de positieve rechtsvorming’, maar anderzijds alleen gekend kunnen worden vanuit het positieve recht (Schlössels 2004, p. 22). Dit betekent dat positiefrechtelijke erkenning van de gelding van een beginsel wel nodig is voor de rechtswerking ervan. Die erkenning kan echter niet alleen tot uitdrukking komen door positivering in de wet, maar ook door erkenning in de rechtspraak. Vgl. ook Van de Velde 2006, p. 434-435.

64 Vgl. ook Bots 2004, p. 165, die aangeeft dat ook nadere codificatie van beginselen die al in de Awb staan niet zoveel toevoegt, omdat zo’n nieuwe regeling dan niet veel meer doet dan uitdrukkelijk vastleggen wat eerder ook al gold.

65 Zie klassiek het Harmonisatiewet arrest: HR 14 april 1989, NJ 1989/469, m.nt. MS.

66 Vgl. hiervoor de klassieke uiteenzetting van Dworkin (R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London: Duckworth 1978, p. 24-28), maar ook die van Alexy (R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, vert. J. Rivers, Oxford: OUP 2002, p. 48).

van een 'regelkarakter' aan dat beginsel tot gevolg hebben dat het minder gemakkelijk kan wijken bij botsing met andere belangen of beginselen. Daarnaast geldt dat het onderscheid tussen regels en beginselen vloeiend is.⁶⁷ Regels kunnen soms een beginselachtig karakter hebben, en andersom kunnen beginselen erg op regels lijken.⁶⁸ Juist algemene beginselen van behoorlijk bestuur bevinden zich vaak op het grensvlak tussen de uitersten van 'echte' rechtsbeginselen en 'echte' rechtsregels.⁶⁹ Dit houdt verband met het vaak complexe karakter van algemene beginselen van behoorlijk bestuur: binnen één en hetzelfde beginsel kunnen veelal talrijke deelaspecten worden onderscheiden.⁷⁰ Sommige van deze aspecten zullen meer een regelkarakter hebben, terwijl bij andere aspecten het beginselkarakter sterker zichtbaar is.⁷¹ Door juist de heldere en duidelijke aspecten van een beginsel te codificeren, kan het regelkarakter ervan worden versterkt. Daarbij geldt dat de rechtswerking van een heldere regel of verbod mogelijk groter (en in ieder geval zichtbaarder) is dan de rechtswerking van een ongeschreven rechtsbeginsel. Bok heeft dit wel aangeduid als de wet van omgekeerde evenredigheid: 'Naarmate een beginsel meer concreet en geoperationaliseerd is, kan het eerder derogeren aan een algemeen en fundamenteel rechtsbeginsel.'⁷² Als het doel is om de rechtswerking van een bepaald ongeschreven beginsel te versterken, kan codificatie dus zinvol zijn.⁷³ Die codificatie moet dan echter wel precies en concreet zijn en moet ervoor zorgen dat het regelkarakter van (een aspect van) een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur wordt versterkt en benadrukt.⁷⁴ Een algemene codificatie van een beginsel van behoorlijk bestuur met een sterk beginselkarakter zal vanuit het perspectief van rechtswerking weinig toevoegen, nu de codificatie geen verschil zal maken in het typische beginselkarakter.⁷⁵

67 In het bijzonder hierover Soeteman 1991, p. 749-750.

68 R. de Lange, *Publiekrechtelijke rechtsvinding*, Zwolle: Tjeenk Willink 1991, p. 111-112.

69 Bots 2004, p. 143. Vgl. ook E.M.H. Hirsch Ballin, 'Rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur', *R&R* 1982, nr. 2, p. 105-111, op p. 110, waar hij aangeeft dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur geen rechtsbeginselen zijn 'in de zin van richtinggevende ideeën die aan rechtsnormen en de interpretatie ervan ten grondslag liggen, maar (doorgaans ongeschreven) rechtsnormen die door hun eigenaardige relatie tot andere rechtsnormen een bijzondere plaats in de rechtsorde innemen'. Zie voor een nadere beschouwing hierover ook Nicolai 1990, p. 243 e.v.; overigens komt hij uiteindelijk tot de conclusie dat alle algemene beginselen van behoorlijk bestuur als regels kunnen worden gekwalificeerd.

70 Bots 2004, p. 144.

71 Vgl. Bok 2004, p. 107.

72 Bok 2004, p. 106.

73 Dit is ook de reden waarom Lambers in 1994 pleitte voor het opnemen van meer milieurechtelijke beginselen in wetgeving (C. Lambers, *De ontbrekende schakel in het milieurecht*, oratie Groningen 1994, Deventer: Kluwer 1994); deze beginselen zijn in ongeschreven vorm vaak wat vaag en ontastbaar, terwijl geschreven varianten betere aangrijpingspunten vormen voor toetsing en een duidelijker richtsnoer bieden voor zowel burger als bestuur. De juridische werking kan dan door gerichte codificatie worden versterkt.

74 Vgl. ook Popelier 2006, p. 17-18, die aangeeft dat codificatie de concrete eisen die voortvloeien uit een beginsel strenger kan maken.

75 Wel kan de symboolwaarde van de codificatie (zie par. 3) wellicht bijdragen aan de rechtswerking – eerder is al gewezen op de stelling van Hoitink dat het beginsel 'de vervuiler betaalt' wellicht serieuzer zou worden genomen (en dus meer rechtswerking krijgt) als het in de Awb zou worden gecodificeerd (2000, p. 31).

5.2 Waarborgbeginsel of beleidsbeginsel?

Bij de beslissing tot codificatie van beginselen moet verder rekening worden gehouden met de specifieke aard en functie van een beginsel. Lang niet alle beginselen zullen zich, gelet op hun karakter en functie, goed lenen voor vastlegging in de Awb. In dit verband kan worden gewezen op de door Schlössels onderscheiden dimensies van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.⁷⁶ Sommige beginselen hebben volgens hem primair een constitutieve functie, in die zin dat het gaat om zeer basale, algemene rechtsprincipes die de rechtspraktijk legitimeren. Het gaat dan in wezen om rechtsstatelijke beginselen, zoals het legaliteitsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel. Een tweede groep van beginselen heeft volgens Schlössels een rechtsvormende functie, zoals het *égalité*-beginsel; deze beginselen dienen als juridisch baken bij de beslechting van 'hard cases'. Andere beginselen hebben vooral een 'normerende' functie; daarbij gaat het om juridische behoorlijksmaatstaven, zoals het vertrouwensbeginsel. Ten slotte onderscheidt Schlössels beginselen met een strategisch-instrumentele functie, waarbij het gaat om beleidsprincipes die betekenis hebben bij het verwezenlijken van beleid. Ook andere auteurs hebben aangenomen dat er een verschil bestaat tussen verschillende soorten algemene beginselen van behoorlijk bestuur, hoewel zij vaak net iets andere categorieën hanteren dan Schlössels.⁷⁷ Voor het doel van deze bijdrage kan in dit verband een onderscheid worden gemaakt tussen meer rechtsstatelijke beginselen (zoals het legaliteitsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel), de meer 'instrumentele' algemene beginselen van behoorlijk bestuur, en algemene beleidsbeginselen. De rechtsstatelijke beginselen en de beginselen van behoorlijk bestuur hebben vooral een waarborgfunctie – zij bieden een garantie tegen willekeurig en onbehoorlijk overheidshandelen en richten zich daarmee op het *gedrag* van het bestuursorgaan. Deze beginselen zijn meer of minder abstract en algemeen. Het algemene legaliteitsbeginsel is bijvoorbeeld veel minder duidelijk en concreet dan het verbod van misbruik van bevoegdheid. Aan het waarborgkarakter van de beide beginselen doet dit echter niet af. Deze beginselen kunnen in gezamenlijkheid dus ook worden gevat onder de noemer 'waarborgbeginselen'. Tegenover deze categorie van waarborgbeginselen staan de 'beleidsbeginselen', die zich richten op de *inhoud* van de te nemen besluiten of het te voeren beleid. Dit zijn eerder 'adagia' dan beginselen; de bedoeling ervan is om het bestuursorgaan ertoe

⁷⁶ Schlössels 2004, p. 27 e.v.

⁷⁷ Van Geest maakt bijvoorbeeld onderscheid tussen blote beleidsbeginselen en uitgangspunten 'met een zekere ethische inhoud' – de laatste categorie heeft een zekere duurzaamheid en is minder snel veranderlijk (Van Geest 2004, p. 332); Popelier onderscheidt tussen het geven van een garantie tegen willekeur, een preventieve en jurisdictionele waarborgfunctie en een instrumentele functie (Popelier 2006, p. 20-21). Voor het Europese recht kan eveneens een iets andere indeling gelden – Widdershoven onderscheidt beginselen met een waarborgfunctie en met een rechtspolitiiek-strategische functie, waarbij de tweede groep zowel beginselen omvat die zich richten op de verhouding tussen EU en lidstaten als beginselen die een meer rechts-economische grondslag hebben (Widdershoven 2004, p. 293-294). Het algemene onderscheid tussen algemene beginselen van behoorlijk bestuur en beleidsbeginselen is echter breed geaccepteerd. Vgl. ook Backes e.a. 2002, p. 172.

te dwingen om met bepaalde, inhoudelijke uitgangspunten rekening te houden in de belangenafweging.⁷⁸

Voor de mogelijkheid van codificatie heeft het verschil in karakter van de verschillende beginselen duidelijke consequenties. De waarborgbeginselen zullen vaak relatief gemakkelijk als gedragsnormen voor het bestuur kunnen worden geformuleerd.⁷⁹ Dat geldt zeker als het gaat om concrete (aspecten van) beginselen die een sterk normerende functie hebben, in die zin dat zij aangeven hoe het bestuur dient te handelen. Het is dan ook niet verrassend dat juist normerende beginselen als het vereiste van een zorgvuldige voorbereiding, het motiveringsvereiste en een aantal aspecten van het verdedigingsbeginsel op een heldere manier in de Awb konden worden vastgelegd.⁸⁰ Dit betekent overigens niet dat het gemakkelijk is om deze beginselen op een eenduidige manier te codificeren. Het kan zijn dat aan bepaalde beginselen in de rechtspraak een verschillende uitleg is gegeven, om op die manier te kunnen beantwoorden aan bijzondere omstandigheden of eisen binnen een bepaald bestuursrechtelijk terrein. Daarmee moet bij de beslissing tot vastlegging in de Awb terdege rekening worden gehouden, waarbij ook de mogelijkheid moet worden bezien om (bepaalde uitwerkingen van) beginselen of normen primair in bijzondere wetgeving vast te leggen. Daarnaast geldt, zoals eerder ook al aangegeven, dat niet alle waarborgbeginselen even duidelijk en concreet zijn. Vooral de meer algemene, rechtsstatelijke beginselen zoals het legaliteitsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel, zijn niet gemakkelijk in een eenduidige wettelijke bepaling te vatten. Gesteld kan bovendien worden dat dergelijke beginselen zich eerder lenen voor codificatie in een nog fundamentele regeling dan de Awb, namelijk in de Grondwet – het rechtsstatelijke karakter van deze beginselen kan daardoor beter tot uitdrukking komen.

Waar codificatie van concrete waarborgbeginselen in de Awb vaak goed mogelijk is, is dit aanzienlijk lastiger bij beleidsbeginselen.⁸¹ Codificatie kan in sommige gevallen wel essentieel zijn om überhaupt rechtswerking aan een beleidsbeginsel toe te kennen – sommige van deze beginselen zijn zo vaag en aspiratief, dat zij niet als zodanig als beginsel van behoorlijk bestuur kunnen worden erkend en wellicht ook niet als toetsingsnorm kunnen dienen.⁸² Voor het verlenen van juridische status aan zo'n beginsel is interventie door de wetgever vereist. Van belang is echter dat deze beginselen in het algemeen sterk samenhangen met inhoudelijke beleidster-

78 Vgl. Hoitink 2000, p. 32.

79 Vgl. Bok 2004, p. 95, die aangeeft dat het vooral de normerende beginselen zijn die in de rechtspraak de status van operationele rechtsregel hebben gekregen. Wel moet hier in herinnering worden geroepen dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een complex karakter hebben, waarbij sommige elementen zich gemakkelijker lenen voor codificatie als gedragsnorm dan andere (zie par. 5.1).

80 Zie Bok 2004, p. 95.

81 Wat eventueel wel mogelijk is, zoals gesuggereerd door Addink, is dat ten aanzien van diverse beleidsterreinen algemene doelstellingen worden opgenomen, zoals dat ook in het EG-Verdrag is gebeurd (G.H. Addink, 'De Algemene wet bestuursrecht in grondwettelijk perspectief', in: J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), *De Grondwet als voorwerp van aanhoudende zorg. Burkens-bundel*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1995, p. 387-408, op p. 405 en 408). De vraag is echter of een dergelijke codificatie goed past bij het instrumentele karakter van de Awb.

82 Vgl. Van Geest 2004, p. 345.

reinen en met het onderwerp van de beslissingen die op deze terreinen moeten worden genomen. Zo zullen beleidsbeginselen als het standstillbeginsel of het beginsel 'de vervuiler betaalt' zich niet of nauwelijks lenen voor codificatie in een algemene bestuursrechtelijke wet, omdat deze beginselen buiten het milieurecht nauwelijks relevantie toekomt.⁸³ Alleen als een beleidsbeginsel een breder bereik heeft, zoals het geval is voor het voorzorgbeginsel, dan ligt codificatie in de Awb in de rede. Wordt hiervoor gekozen – bijvoorbeeld om meer duidelijkheid te geven over de precieze betekenis van zo'n beginsel of om het belang van het beginsel te benadrukken –,⁸⁴ dan moet het karakter van het beginsel terdege onder ogen worden gezien. Bij inhoudelijke beginselen moet tot uitdrukking worden gebracht dat het niet zozeer gaat om een beginsel van behoorlijk bestuur, als wel om een richtinggevend principe dat in de besluitvorming of in de beleidsvorming moet worden meegenomen.⁸⁵ Een heldere toelichting is dan vereist om de interpretatie of 'inkleurende' rechtswerking van het beginsel te verduidelijken.

6 Coherentie en consistentie; het gezichtspunt van het Europese en internationale recht

Een laatste gezichtspunt dat de wetgever in zijn overwegingen over codificatie zou moeten betrekken, betreft de wens om het rechtssysteem als geheel zo coherent en consistent mogelijk te laten zijn. Het doel van systematisering en harmonisering van een bepaald terrein van het recht ligt aan veel codificaties ten grondslag.⁸⁶ Dit gezichtspunt hangt nauw samen met dat van rechtszekerheid en voorspelbaarheid (zie par. 2), maar de invalshoek is een iets andere wanneer het primair op de doorwerking van het Europese en internationale recht wordt betrokken. In de inleiding op deze bijdrage is aangegeven dat algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn erkend en ontwikkeld in de rechtspraak van het HvJ EG en van het EHRM en in talrijke Europeesrechtelijke en internationale rechtsinstrumenten. In sommige gevallen vormen de Europese en internationale normen vooral een aanvulling op de in Nederland erkende beginselen – te denken valt aan de ontwikkeling van het transparantiebeginsel of van het voorzorgbeginsel.⁸⁷ In andere gevallen gaat het

83 Codificatie in bijzondere bestuurswetgeving ligt dan veel meer voor de hand. Daarnaast hebben Backes e.a. wel aangegeven dat soms codificatie in beleidsdocumenten een optie kan zijn, vooral wanneer de beginselen nog niet zo ver zijn ontwikkeld dat er een duidelijke en eenduidige betekenis aan kan worden toegekend (2002, p. 177).

84 Vgl. Van Geest 2000, p. 732. Tegelijkertijd kan gelden dat dit bij het voorzorgbeginsel vooralsnog lastig zal zijn, vanwege de vele meningsverschillen die bestaan rondom de precieze betekenis van dit beginsel (vgl. bijv. Pieterman/Kortleven 2009, die aangeven dat codificatie van deelelementen van het beginsel rigidiserende effecten kan hebben (vgl. in dat verband par. 4); zie ook Pieterman & Arnoldussen (2008), die hebben gewezen op het feit dat er maar op weinig concrete punten consensus in de literatuur bestaat). Een algemene codificatie in de Grondwet, zoals voorgesteld door de WRR (2008) en Pieterman en Arnoldussen (2008), is op dit moment misschien beter – de symbolische waarde daarvan is groot, terwijl er nog voldoende ruimte overblijft om het beginsel in de praktijk een duidelijkere betekenis te geven.

85 Vgl. ook Backes e.a. 2002, p. 182, die aangeven dat het voorzorgbeginsel deze functie voor het milieurecht zou kunnen hebben.

86 Bijv. Addink 1999, p. 39. Voor de Awb-wetgever was dit een belangrijke doelstelling; zie MvT, PG Awb I, p. 19.

87 Zie nader over deze beginselen o.m. Widdershoven e.a. 2007, § 5.4 en 5.5.

om beginselen die ook in Nederland erkend zijn, maar waaraan op Europees of internationaal niveau een afwijkende invulling wordt gegeven.⁸⁸ De daarmee gepaard gaande doorwerkingsproblematiek is bekend. Als in vergelijkbare omstandigheden het Europese recht andere eisen stelt dan het nationale recht, kan dat leiden tot moeilijk te rechtvaardigen verschillen en inconsistenties.⁸⁹ Ook kan de Europese rechtspraak tot fricties leiden, vooral wanneer de door het Luxemburgse of Straatsburgse hof gewenste invulling van een rechtsbeginsel moeilijk inpasbaar is in nationale opvattingen of in de systematiek van het nationale bestuursrecht. Codificatie van algemene beginselen van behoorlijk bestuur vormt niet noodzakelijk een oplossing voor deze doorwerkingsproblematiek. Rechteren kunnen immers ook zonder codificatie in de Awb kiezen voor een toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur die aansluit bij het Europese recht.⁹⁰ Ook kunnen zij via hun rechtspraak oplossingen geven voor de problematiek van inconsistentie, bijvoorbeeld door een puur nationaalrechtelijke toepassing van een beginsel 'Europeesrechtelijk' in te kleuren.⁹¹ Een goede doorwerking van Europeesrechtelijke beginselen kan echter gemakkelijker worden bereikt door de beginselen op een zichtbare en systematische manier in het nationale recht te verankeren.⁹² Daarbij kan ook de invulling van de 'eigen' rechtsbeginselen iets worden aangepast, zodat uiteindelijk binnen het systeem van de Awb voldoende samenhang en coherentie wordt bewerkstelligd.⁹³ Bovendien kan door codificatie soms enige bijsturing of

88 Denk hierbij aan het vertrouwensbeginsel en de invulling die daaraan in het Europese recht op het terrein van staatssteun is gegeven; daarover o.m. Den Ouden 2009, p. 22 e.v. Zie voor een algemener overzicht ook Jans e.a. 2007, hst. v.

89 Daarover nader Barkhuysen 2006.

90 Vgl. ook Widdershoven e.a. 2007, p. 39.

91 Zie ook hiervoor Widdershoven e.a. 2007, in het bijzonder hst. 5.

92 Backes e.a. 2002, p. 195. Zie over mogelijkheden tot het faciliteren van soepele doorwerking van Europees recht ook T. Barkhuysen, W. den Ouden en E. Steyger (red.), *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007.

93 Vgl. Popelier 2006, p. 19 en Widdershoven e.a. 2007, p. 91. Voor de Awb-wetgever vormde juist ook deze overweging een belangrijke reden om tot codificatie van het bestuursrecht als zodanig over te gaan; vgl. MvT, PG Awb I, p. 22. Overigens is de vraag of vastlegging in de Awb altijd de meest gereede optie is. Bij beginselen als het transparantiebeginsel, die specifiek van relevantie zijn voor bepaalde vraagstukken van bestuursrecht (in dit geval het nemen van schaarse besluiten, zoals in het kader van aanbestedingen), kan het nuttiger zijn om in de bijzondere wetgeving een concrete uitwerking te geven aan de beginselen.

aanvulling plaatsvinden van Europese jurisprudentielijnen die minder duidelijk worden gevonden of die minder bescherming bieden aan individuele belangen.⁹⁴ Vanuit dit gezichtspunt beschouwd kan ook aanpassing van de bestaande beginselcodificaties in de rede liggen. Een goed voorbeeld is opnieuw het evenredigheidsbeginsel zoals dat is vastgelegd in artikel 3:4, tweede lid Awb.⁹⁵ De Europese rechtspraak biedt op dit punt een aantal specificaties die meer rechtsbescherming lijken te bieden dan strikt genomen volgens de Awb-codificatie is voorgeschreven. Andersom biedt de Nederlandse toepassing van het beginsel weer een aantal voordelen boven de toepassing van de Europese rechtspraak. Waar de bestuursrechter op dit moment nogal lijkt te worstelen met de over elkaar heen schuivende toepassingen van het evenredigheidsbeginsel, zou de wetgever aan die worsteling een einde kunnen maken door een codificatie waarmee de voordelen van de nationale en de Europese benadering worden gecombineerd en die kan gelden voor zowel de zaken met een Europeesrechtelijke component als de zaken van puur nationale aard.

7 Conclusie – de gezichtspunten en hun onderlinge samenhang

In het bovenstaande zijn vijf gezichtspunten besproken die betrokken kunnen worden bij de beslissing om tot codificatie van (bepaalde) algemene beginselen van behoorlijk bestuur over te gaan:

1. Bijdrage van codificatie aan de kenbaarheid en toegankelijkheid van de aan het bestuur te stellen eisen en de voor de burger geldende waarborgen.
2. Betekenis van codificatie vanuit het perspectief van democratische legitimatie en symboolfunctie van vastlegging van een beginsel in de Awb.
3. Bijdrage van codificatie van een beginsel aan de actualiteit en dynamiek van de Awb.
4. Effect van codificatie op de rechtswerking van een beginsel, in samenhang met functie en karakter van het beginsel (waarborgbeginsel of beleidsbeginsel).

94 Vgl. bijv. Jansen 2004, p. 106, die aangeeft dat het procesrecht en de fundamentele beginselen waarop dit is gegrondvest te belangrijk zijn om geheel en al aan Straatsburg over te laten; juist om die reden geeft hij aan dat bepaalde beginselen op nationaal niveau duidelijker zouden worden gecodificeerd. Aanvulling is zeker nuttig als het gaat om het opvullen van hiaten in de Europese rechtspraak; vgl. ten aanzien van het evenredigheidsbeginsel bijv. Gerards 2007, p. 113. Bijsturing ligt iets ingewikkelder. Hoewel er iets te zeggen valt voor enige nationale koppigheid bij de bescherming van fundamentele beginselen, zeker als die in het Europese recht een minder beschermende invulling krijgen (denk aan de discussie over de invulling van het vertrouwensbeginsel door het HvJ EG), is Nederland immers gebonden aan klassieke eisen van gemeenschapstrouw en effectieve tenuitvoerlegging van het gemeenschapsrecht (vgl. art. 10 EG). Ook voor het EVRM-recht geldt dat al te vergaand bijsturen van Europese jurisprudentielijnen kan leiden tot Straatsburgse veroordelingen wanneer het EHRM de nationale invulling niet EVRM-conform acht. Voor zowel het gemeenschapsrecht als het EVRM-recht geldt bovendien dat het riskant kan zijn om te ver voor de troepen vooruit te lopen, omdat de Europese jurisprudentie kan wijzigen op een manier die strijdig is met de Nederlandse codificaties. Voorzichtigheid op dit punt is dus geboden.

95 Zie nader Gerards 2007.

5. Bijdrage van codificatie aan coherentie en consistentie van het nationale bestuursrecht in relatie tot de in het Europese en internationale recht gestelde eisen en normen.

Bij de bespreking van de verschillende gezichtspunten is niet alleen aangegeven wat het voordeel kan zijn van codificatie, maar ook welke risico's hieraan verbonden kunnen zijn. Zo kan codificatie weliswaar bijdragen aan de actualiteit en de effectiviteit van de Awb, maar te strakke vastlegging van beginselen kan ook rigiditeit en *a contrario*-redeneringen in de hand werken. Het maken van keuzes door de wetgever kan wenselijk zijn met het oog op democratische legitimatie en de symboolfunctie van rechtsbeginselen, maar te snelle codificatie kan leiden tot fouten die de verdere rechtsontwikkeling belemmeren.

Duidelijk is ook dat het belang van bepaalde gezichtspunten kan verschillen. De behoefte aan coherentie en consistentie zal bijvoorbeeld niet altijd even groot zijn. Soms kan zelfs gelden dat een beginsel juist *niet* uniform voor het gehele bestuursrecht moet gelden, bijvoorbeeld omdat de uitwerking ervan kan verschillen per bestuursrechtelijk terrein, of omdat een beginsel feitelijk alleen relevant is voor een bijzonder bestuursrechtelijk gebied. Verder zal het vergroten van kenbaarheid een minder bepalend gezichtspunt zijn wanneer een bepaald beginsel zeer bekend en relatief oncontroversieel is. Ook geldt dat de rechtswerking door het wettelijk vastleggen van een beginsel niet altijd zal worden vergroot – of dit het geval is, is mede afhankelijk van de mate van precisie en de operationaliteit van de codificatie. In die gevallen kan echter het streven naar coherentie en consistentie van het bestuursrecht, of de wens om de betekenis en het belang van een beginsel te benadrukken (symboolfunctie), nog steeds een codificatie rechtvaardigen.

Duidelijk is hiermee dat de gezichtspunten zeker geen eenduidige beslissing voorschrijven. Evenmin is het mogelijk om een maatstaf te geven die kan helpen bij het bepalen van het onderlinge gewicht van de verschillende factoren. Niettemin zal de (Awb-)wetgever wellicht beter zicht krijgen op de relevante voor- en nadelen van codificatie, door dit soort gezichtspunten in zijn overwegingen te betrekken. Mogelijk prikkelt dat tot beter nadenken over de noodzaak van codificatie en – als wordt besloten tot codificatie – over de vorm daarvan.

