

Tilburg University

Gedragsgericht publiekrecht

Meuwese, A.C.M.

Publication date:
2014

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Meuwese, A. C. M. (2014). *Gedragsgericht publiekrecht*. Tilburg University.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Gedragsgerecht publiekrecht



Rede, uitgesproken door
prof.dr. Anne Meuwese

Anne Meuwese heeft rechten gestudeerd aan de Universiteit Leiden (1997-2002, cum laude). Na een master in Oxford (M.Jur.) afgerond te hebben, is zij in Leiden promotie-onderzoek gaan doen naar het gebruik van impact assessment in het Europese wetgevingsproces. In februari 2008 is zij cum laude op dat onderwerp gepromoveerd. Op datzelfde moment rondde zij ook een tweejarig research fellowship in politicologie aan de University of Exeter af en begon zij aan een Marie Curie postdoc aan de Faculteit Rechten van de Universiteit Antwerpen. In maart 2010 kwam Anne als universitair hoofddocent naar Tilburg University, waar zij in maart 2013 benoemd werd tot hoogleraar *European and Comparative Public Law*. Als Veni-laureaat heeft Anne gepubliceerd over Europees bestuursrecht, burgerparticipatie in constitutionele discussies en transnationale ontwikkeling van publiekrecht. In het voorjaar van 2013 was zij vier maanden *visiting fellow* aan het Center for the Study of Law and Society van de University of California, Berkeley. Momenteel is zij co-chair van de ECPR Standing Group on Regulatory Governance en voorzitter van het departement Public Law, Jurisprudence and Legal History van Tilburg Law School.



GEDRAGSGERICHT PUBLIEKRECHT

Rede

uitgesproken bij de openbare aanvaarding van het ambt van hoogleraar
European and Comparative Public Law aan Tilburg University,
op vrijdag 13 juni 2014 door prof.dr. Anne Meuwese

© Anne C.M. Meuwese, Tilburg University, 2014
ISBN: 978-94-6167-193-6

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of op enige andere manier.

All rights reserved. This publication is protected by copyright, and permission must be obtained from the publisher prior to any reproduction, storage in a retrieval system, or transmission in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise.

www.tilburguniversity.edu

Mijnheer de Rector Magnificus,

Mevrouw de Decaan van Tilburg Law School,

Zeer gewaardeerde studenten, collega's, familie en vrienden,¹

Inleiding Een jaar geleden schreven Europarlementariërs in een rapport dat de “systemische en algemene trend waarbij het constitutionele en juridische kader in zeer korte tijd meerdere malen gewijzigd werd”², zoals in Hongarije kon worden waargenomen, in strijd moest worden geacht met de waarden uit het EU-verdrag. Tenzij de Hongaarse overheid haar gedrag zou verbeteren, vreesden de Europarlementariërs voor een serieuze schending, overigens vanwege de inhoud van de wijzigingen, bijvoorbeeld het voortijdig beëindigen door de Hongaarse regering van een mandaat van de onafhankelijke privacywaakhond. De justitiecommissie van het Europees Parlement is slechts één van de actoren die aan de bel trokken omdat de Hongaarse overheid rechtsstatelijke zonden zou begaan. Ondanks alle aandacht is dit een casus – waarover straks meer – waarin de traditionele mechanismen van publiekrecht lijken te haperen.

Zelf ga ik de komende veertig minuten alvast zondigen tegen één uitgangspunt dat wij studenten hier aan Tilburg Law School in de staats- en bestuursrechtelijke vakken bijbrengen, namelijk dat dé overheid niet bestaat. Mijn onderwerp is het algemeen publiekrecht,³ wat een benaming is voor die delen van het constitutionele recht en het bestuursrecht die gelden voor rechtsrelaties waar ‘de overheid’ bij betrokken is,⁴

¹ Veel dank aan Maurice Adams en Jacco Bomhoff voor hun waardevolle commentaar op een eerdere versie van deze rede.

² EP Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs (Rapporteur: Rui Tavares), ‘Report on the situation of fundamental rights: standards and practices in Hungary (pursuant to the European Parliament resolution of 16 February 2012)’, 2012/2130(INI).

³ “In de praktijk maken maar weinigen zich erg druk om het onderscheid staatsrecht-bestuursrecht”, R.J.N. Schlóssels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010, p. 63. “Er is veel voor te zeggen staatsrecht en bestuursrecht als één rechtscompartiment (publiekrecht) te beschouwen, temeer daar het onderscheid tussen beide, voor zover is na te gaan, weinig rechtsgevolgen heeft. Toch heeft het maken van onderscheid wel methodologische en didactische zin.”, C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Kluwer: Deventer 2008 (6^e druk), p. 5.

⁴ Zowel het staatsrecht als het bestuursrecht hebben betrekking op “relaties waarbij de overheid is betrokken”, C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Kluwer: Deventer 2008 (6^e druk), pp. 4-5.

ongeacht het specifieke maatschappelijke onderwerp. Het overheidsrecht dus dat, hoe algemeen ook qua object, qua subject wel differentieert tussen wetgevende, uitvoerende en rechterlijke macht, tussen ambten en ambtenarij en tussen verschillende territoriale niveaus. Ik zal echter bewust voorbeelden uit verschillende landen, machten en lagen gebruiken en regelmatig spreken over ‘de overheid’. Deze zonde is wel functioneel. Mijn doel vandaag is aanvullend perspectief voor het publiekrecht en de publiekrechtswetenschap voor te stellen, een perspectief dat juist even afstand neemt van formele publiekrechtelijke categorieën en aandacht vraagt voor de sociale dynamiek binnen allerlei overheidsorganisaties. Het is ook een perspectief waarin ‘leren’ centraal staat, dwars door verschillende landen, machten en lagen heen.⁵ Daarnaast wil ik laten zien dat ‘Europa’ en ‘rechtsvergelijking’ twee basisingrediënten in discussies over rechtsvorming⁶ en overheidshervorming⁷ zijn en dus ook van een leerstoel waarbinnen bijzondere aandacht is voor de werking van publiekrecht in de praktijk.

Publiekrecht als

problematische exercitie “Een wellustig recht”, zo zou De Marez Oyens, juridisch auteur en minister van Waterstaat in het kabinet-Kuyper het publiekrecht genoemd hebben.⁸ Het is onmogelijk gebleken te achterhalen welk beeld deze kwalificatie meer dan een eeuw geleden opriep, maar in een hedendaagse interpretatie geeft zij nog steeds sprekend een fundamentele puzzel weer: het publiekrecht is ‘voor en tegen de overheid’ maar ook ‘van de overheid’⁹ en niet zoals in het privaatrecht ‘van de burger’ – althans niet op dezelfde manier. De overheid kan, als een “slager die zijn eigen vlees keurt”,¹⁰

⁵ M. Scheltema, ‘Staatsrecht zonder staat?’, *Nederlands Juristenblad* 2006, p. 192-196. In dit essay wordt niet alleen aandacht gevraagd voor de directe gevolgen van multilevel government, maar ook voor de leermogelijkheden die het vervagen van grenzen biedt voor het nationale publiekrecht.

⁶ A.K. Koekkoek, ‘De methode van staatsrechtelijke rechtsvergelijking’, in: P.P.T. Bovend’eert, J.W.A. Fleuren & H.R.B.M. Kummeling, *Grensverleggend staatsrecht* (Kortmann-bundel), Deventer: Kluwer 2001, p. 184.

⁷ T. Steen, C. van den Berg, F. van der Meer, P. Overeem en Th. Toonen, ‘Andere Overheid in het buitenland. Internationale vergelijking van veranderprocessen bij de centrale overheid’, rapport in opdracht van Programma Andere Overheid, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, 2005.

⁸ “Het publiek recht is een wellustig recht” is een uitspraak die door Fockema Andreae wordt toegeschreven aan de voormalig minister. S.J. Fockema Andreae, ‘Levensbericht J. Kusters’, in: *Jaarboek, 1951-1952*, Huygens Institute, KNAW, Amsterdam, pp. 218-224.

⁹ R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010, p. 3.

¹⁰ L.F.M. Verhey, *De constitutionele conventie: een blinde vlek in ons staatsrecht* (oratie Leiden), 2014, p. 14.

dit recht, in de ogen van burgers “onbeheersbaar”¹¹ maken. Zeker aan het constitutionele recht kunnen de overheidsvingers verlekkerd worden afgelikt, omdat daar, althans in Nederland, “de regels (mede) getoetst worden door de deelnemers aan het spel”.¹² In de private sfeer kun je altijd lid worden van een andere vereniging, of zelf een nieuwe vereniging oprichten. In de publieke sfeer kun je wel je stem laten horen, maar kun je exitdreigementen meestal niet waarmaken – zomaar burger worden van een andere staat gaat immers niet.¹³ Burgers worden misschien mondiger maar niet invloedrijker.

Het publiekrecht is echter zeker niet een en al verlekking. Soms is het ook een noodrem. Zo heeft het Europese Hof van Justitie onlangs verklaard dat de Europese wetgeving over telecomgegevensbewaring in strijd is met fundamentele rechten van burgers.¹⁴ Niet alleen rechters, ook verantwoordingsfora als rekenkamers en ombudsinstanties hebben de mogelijkheid overheden aan te spreken op specifieke aspecten van hun handelen.¹⁵ Als het allemaal goed werkt, daagt het publiekrecht overheden op die manier uit de optimale balans tussen vrijheid en interventie op te zoeken.¹⁶ Zo heeft het kabinet al laten weten te verwachten dat de implementatie van de uitspraak over telecomgegevensbewaring een “gunstige uitwerking op de bescherming van de privacy van burgers” zal hebben.¹⁷ Een te stevige noodrem kan echter ook het draagvlak voor de remmende instelling verminderen; denk aan de Europese begrotingsnormen.

¹¹ ‘Prof Twan Tak over De Nederlandse Rechtsstaat’, interview Platform Argus00g, 15 december 2013, via YouTube @17:10. Tak noemt hier ook het ‘beheersbaarheidprobleem’ en herinnert eraan, onder verwijzing naar Hamaker, dat het publiekrecht kenmerkt dat het ‘niet van de burger’ is.

¹² M. Adams, ‘Constitutionele geletterdheid voor de democratische rechtsstaat’, *Nederlands Juristenblad*, 2013, pp. 1110-1118.

¹³ Ook als burgers hun stem kunnen laten horen (*‘voice’*), kunnen zij, rijke Franse acteurs en topatleten daargelaten, meestal niet zomaar besluiten tot de cruciale tegenhangersanctie van *‘exit’*, C.M. Tiebout, ‘A Pure Theory of Local Expenditures’, *Journal of Political Economy* 1956, pp. 416-424. Zie ook J. Smits, *Rechtstoerisme: Burgerlijk Wetboek en Grondwet voorbij* (oratie Tilburg) 2010, p. 8, waarin hij stelt dat burgers zouden moeten kunnen kiezen voor een ander rechtsstelsel en dat de Staat niet de oplossing waartoe hij zelf komt als de enige juiste zou moeten beschouwen.

¹⁴ HvJ EU, 8 april 2014, gevoegde zaken C-293/12 and C-594/12 (*Digital Rights Ireland en Seitlinger e.a.*).

¹⁵ Voor Europese ontwikkelingen op dit gebied, zie E.M. Busuioc, *European Agencies: Law and Practices of Accountability*, Oxford: Oxford University Press 2013; A.C.M. Meuwese, ‘The European Court of Auditors steps out of its comfort zone with an ‘Impact Assessment Audit’’, *European Journal of Risk Regulation* 2011, pp. 104-107.

¹⁶ R. Belzer, ‘Principles for an Effective Regulatory Impact Analysis Challenge Function’, *Horizons* (Special Issue on ‘Regulatory Strategy’) 2009, pp. 31-39: “government agencies normally regulate others, [but] they are themselves the regulated parties of a challenge function”.

¹⁷ Kabinetsappreciatie van de mededeling “De EU-agenda voor justitie voor 2020 – Meer vertrouwen, mobiliteit en groei binnen de Unie” en de mededeling “Naar een open en veilig Europa”, *Kamerstukken II*, 2013-14, 32 317 (JBZ-Raad), nr. 227, p. 20.

Zo bekeken is het algemeen publiekrecht dus een problematisch recht: schipperend tussen machteloosheid en een noodremfunctie. Dit maakt het verder ontwikkelen van deze tak van recht, of dat nu vanuit de wetenschap of de praktijk gebeurt, een lastige exercitie. Het hoge abstractieniveau van het constitutionele recht en de onvermijdelijke “rommeligheid”¹⁸ van het bestuursrecht drijven creatieve geesten nog al eens in de armen van het privaatrecht. Daarnaast valt in de praktijk een dominantie van het bestuursrecht te bespeuren,¹⁹ terwijl in de academie juist het constitutionele recht een hoge vlucht neemt. Het is belangrijk dat we – in Tilburg, in Nederland en in Europa – beide smaken van het algemeen publiekrecht op elkaar blijven betrekken.

Implementatie en naleving van de democratische rechtsstaat

De verworvenheden van het publiekrecht zijn niet gering. In westerse landen is sprake van een hoge mate van consensus over de fundamentele rechten, democratische responsiviteit en bevoegdheid,²⁰ in Nederland samengebracht onder de noemer van de democratische rechtsstaat.²¹ Gelukkig gaat het hierbij om veel meer dan een etiket. Ook ambtsdragers refereren aan de democratische rechtsstaat als een “kader van ons functioneren”, waar “[b]urgers en overheid (...) samen invulling aan [moeten] geven”²². Het recht is zelfs weleens aangeduid als “wetenschap van de

¹⁸ Schlössels en Zijlstra wijten de “verrommeling van het algemeen deel van het bestuursrecht” aan “verregaand instrumentalisme bij de wetgever”, R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010, p. 81.

¹⁹ J.A.F. Peters, ‘Verbestuursrechtelijking en staatsrecht’, in: P.J.J. Zoontjens & J.A.F. Peters (red.), *Getuigend staatsrecht* (Koekoek-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, pp. 347-362.

²⁰ E. Jordão & S. Rose Ackerman, ‘Judicial Review of Executive Policymaking in Advanced Democracies: Beyond Rights Review’, *Administrative Law Review* 2014, p. 3. De auteurs betogen hier dat dit ook betekent dat rechters zich minder exclusief op fundamentele recht en meer op democratische responsiviteit en bevoegdheid moeten richten. Zie in die trant ook J. Scott & S.P. Sturm, ‘Courts as Catalysts: Rethinking the Judicial Role in New Governance’, *Columbia Journal of European Law* 2007, pp. 565-594.

²¹ Adviesraad voor Internationale Vraagstukken (AIV), ‘De rechtsstaat. Waarborg voor Europese Burgers en fundament van Europese samenwerking’, rapport no. 87, januari 2014, p. 17; Zie ook W.J.M. Voermans & J.H. Gerards, Juridische betekenis en reikwijdte van het begrip ‘rechtsstaat’ in de legisprudentie & jurisprudentie van de Raad van State, Den Haag: Raad van State 2011.

²² Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, ‘Nederlandse code voor goed openbaar bestuur. Beginselen van deugdelijk overheidsbestuur’ 2009, voorwoord door minister Ter Horst, p. 3. Uiteraard is dit slechts een voorbeeld; de retoriek is op meerdere plaatsen te vinden.

rechtsstaat”.²³

Maar hoe concreter we de rechtsstaat maken door deze te implementeren door middel van rechten, beginselen, regels, handleidingen en gedragscodes,²⁴ hoe groter het risico dat de verbinding met de intenties van de rechtsstaat verloren gaat.²⁵ Minister-president Orbán van Hongarije is door middel van verkiezingen aan de macht gekomen en heeft vervolgens bevoegd de pensioenleeftijd van rechters verlaagd met als effect het automatisch ontslag van een grote groep onafhankelijk gewaande rechters.²⁶ Het Hof van Justitie achtte dit weliswaar een inbreuk op het verbod op leeftijdsdiscriminatie,²⁷ maar Hongarije kwam weg met het betalen van een schadevergoeding aan de ontslagen rechters. “[D]e neiging van de overheid om de grenzen van haar bevoegdheden op te zoeken”²⁸ en de neiging om specifieke belangen te laten prevaleren boven het algemeen belang²⁹ blijken niet eenvoudig uit te bannen. Ook de menselijke neiging tot conformisme³⁰ is overheidsactoren niet vreemd. Toewijding aan de rechtsstaat bij grote en kleine overheidsbeslissingen is een kwestie van vertrouwen van burgers in de

²³ Dit in het kader van een duiding van de aard van de bestuurskunde: “Politologie als wetenschap van de democratie, economie als wetenschap van de marktwerking, sociologie als wetenschap van de geïntegreerde moderne samenleving, en recht als wetenschap van de rechtsstaat werden weer herenigd in een interdisciplinair nieuw vakgebied”, R. Hoppe, ‘Van flipperkast naar grensverkeer. Veranderende visies op de relatie tussen wetenschap en beleid’, AWT-achtergrondstudie 2002, nr. 25, p. 9.

²⁴ H. Doornhof & S.A.J. Munneke, ‘De gedragscode voor raadsleden gewogen... en te licht bevonden’, *De Gemeentestem* 2013, pp. 631-641.

²⁵ In navolging van de opvatting van Hirsch Ballin dat democratie en rechtsstaat onlosmakelijk met elkaar verbonden (“niet los verkrijgbaar”) zijn, die ik ook als onderdeel van de in de hoofdttekst genoemde consensus beschouw, permitteer ik mij om in het vervolg van deze rede van ‘rechtsstaat’ te spreken en het ‘democratische’ impliciet te laten. E.M.H. Hirsch Ballin, ‘De rechtsstaat: wachten op een nieuwe dageraad?’ *Nederlands Juristenblad* 2011, pp. 71-73.

²⁶ K. Lane Scheppele, ‘Making Infringement Procedures More Effective: A Comment on Commission v. Hungary, Case C-288/12’, blogpost eutopia law, 8 April 2014, <http://eutopialaw.com/tag/kim-lane-scheppele/>.

²⁷ HvJ EU, zaak C-286/12, 6 November 2012 (*Commissie/Hongarije*). De recentere zaak HvJ EU, zaak C-288/12, 8 april 2014 (*Commissie/Hongarije*) ging over het voortijdig beëindigen van een mandaat van de toezichthoudende autoriteit op het gebied van gegevensbescherming.

²⁸ Jaarverslag van de Nationale ombudsman over 2013, *Kamerstukken II*, 2013/14, 33 876, nr. 1, p. 4.

²⁹ “De huidige ambtenaar is meer gericht op de kleinere kring en rekent het meer tot zijn taak zelf voor de belangen van die kleinere kring op te komen. Hij is minder bereid eigen macht en bevoegdheid op te geven”, H.G. Schermers, *Een terugblik* (afscheidscollege Leiden), 1993, p. 4.

³⁰ In zijn Nijmeegse afscheidsrede identificeert Kortmann ‘conformisme’ als een van de oorzaken van gebrekkige parlementaire controle. Hij voegt daar wel meteen aan toe dat deze constatering “niet tot het staatsrecht [behoort]”, C.A.J.M. Kortmann, *Staatsrecht en raison d’Etat* (afscheidsrede Nijmegen), Deventer: Kluwer 2009, p. 10.

rechtsstaat,³¹ maar ook van *verwezenlijking* van die rechtsstaat. De gebruikelijke focus op rechtspraak en dus op wat er fout ging, brengt een defensieve implementatiestrategie met zich mee; constructieve houvast voor de overheidsactor schiet er bij in.³² Een ambtenaar die moet beslissen over een openbaarheidsverzoek zal misschien eerder gericht zijn op 'zich indekken' dan op 'handelen vanuit de rechtsstaatgedachte'.

Het algemeen publiekrecht kent dus een implementatie-uitdaging, maar het kent ook een nalevingsprobleem.³³ Dit speelt met name bij de Grondwet,³⁴ maar ook bij constitutioneel recht uit andere bronnen³⁵ en bij het bestuursrecht.³⁶ Het begint er vaak al mee dat niet eens duidelijk is hoe naleving er precies uitziet, aangezien "[v]oor belangrijke delen van het staatsrecht geldt dat er geen instantie is die in concreto kan beslissen wat geldend recht is."³⁷ Soms ontbreekt überhaupt het besef dat een bepaalde kwestie van constitutionele

³¹ "De overheid moet zich dus consequent en consistent in de geest van de rechtsstaat gedragen om dat vertrouwen bij de burger te laten groeien. Vertrouwen is gebaseerd op feiten, maar ook op gevoelens. Incidenten kunnen daarom het vertrouwen ernstig beschadigen", Adviesraad voor Internationale Vraagstukken (AIV), 'De rechtsstaat. Waarborg voor Europese Burgers en fundament van Europese samenwerking', rapport no. 87, januari 2014, p. 17.

³² De Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG) heeft bijvoorbeeld een WOB-handleiding, <https://www.vng.nl/files/vng/publicaties/2012/wobpublicatie2009.pdf>. Ook is bijvoorbeeld recent de nieuwe handleiding EU-Grondrechtenhandvest verschenen, <http://www.minbuza.nl/ecer/nieuws/2014/05/icer-handleiding-eu-handvest-grondrechten-gepubliceerd.html>.

³³ Ook het Hof van Justitie erkent in *N.S. tegen SSHD*, C-411/10 en C-493/10 dat het gegeven dat een staat aangesloten is bij een verdrag niet het onweerlegbare vermoeden vestigt dat deze staat ook de verplichtingen die uit dat verdrag voortvloeien, naleeft. Zie ook E. Brouwer, 'Wederzijds vertrouwen en de samengestelde rechtsorde van Dublin: grondrechten op losse schroeven', in: H.R.B.M. Kummeling e.a. (red.), *De samengestelde Besselink*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers, p. 71.

³⁴ Zie E.M.H. Hirsch Ballin, 'De Grondwet in politiek en samenleving', Rechtsstaatlezing 2013, Den Haag: Boom/Lemma uitgevers 2013, p. 9, voor een aansprekend voorbeeld uit de parlementaire praktijk. Uiteraard is dit geen exclusief Nederlands probleem: F. Schauer, 'Comparative Constitutional Compliance', in: M. Adams & J.A. Bomhoff (red.), *Practice and Theory in Comparative Law* 2012, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 212-229.

³⁵ C.A.J.M. Kortmann, *Staatsrecht en raison d'Etat* (afscheidsrede Nijmegen), Deventer: Kluwer 2009.

³⁶ Bekende criticaster van de mate waarin het Nederlandse bestuursrecht erin slaagt in overeenstemming met meer fundamentele normen is Tak: "Als je niet weet hoe je behoort te functioneren, dan kun je ook nooit fatsoenlijk functioneren. (...) Wat mij de laatste jaren (...) erg tegen is gevallen is de kwaliteit van degenen die daadwerkelijk uitvoering moeten geven aan het staatsrecht, die (...) die machine draaiende moeten houden in Nederland. Zij hebben geen enkel benul van de fundamentele en wat veel erger is, ze hebben er geen enkele belangstelling voor" [transcriptie AM], 'Prof Twan Tak over De Nederlandse Rechtsstaat', interview Platform Argusoog, 15 december 2013, via YouTube @6:14. Zie ook M.A. Heldeweg, B.M.J. van der Meulen & J.M.H.F. Teunissen (red.), *Publiekrecht in de Leer* (Opstellen aangeboden aan prof. mr.dr. A.Q.C. (Twan) Tak), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008.

³⁷ L.F.M. Verhey, *De constitutionele conventie: een blinde vlek in ons staatsrecht* (oratie Leiden), 2014, p. 9.

orde is.³⁸ Zo kunnen ook op het oog technische aspecten van onderwijskwaliteittoezicht in strijd komen met de grondwettelijke onderwijsvrijheid.³⁹ Verder kan sprake zijn van bewuste overheidsongehoorzaamheid.⁴⁰ Dit lijkt extreem, maar het willens en wetens in de wind slaan van Europese normen door nationale overheden komt zeker voor.⁴¹ Ten slotte is min of meer toevallig in overeenstemming met regels van algemeen publiekrecht handelen iets anders dan constitutioneel bewuste naleving.⁴²

Wat te doen als de dagelijkse, daadwerkelijke rechtsstatelijkheid tekortschiet?⁴³ In materiële rechtsgebieden, zoals het milieurecht of het financiële recht, worden ook regelmatig implementatie- en nalevingsproblemen geconstateerd. Hierop wordt dan gereageerd door evaluaties of impactanalyses van wetgeving uit te voeren en te experimenteren met alternatieve vormen van regulering.⁴⁴ De mogelijke bijdrage die de inzichten uit de gedragswetenschappen, zoals gedragseconomie en sociale psychologie kunnen leveren aan overheidsbeleid en wetgeving staat daarbij volop in de belangstelling.⁴⁵ Er bestaan al 'nudge units', die proberen collega-overheden te helpen gedragswetenschappelijke inzichten in beleid te vertalen. Zo heeft wat we geloven dat anderen doen een krachtige invloed op ons eigen gedrag en kan ons zo een 'duwtje', een *nudge*, geven. Dit geldt vooral als we hen zien als *peers*, als gelijken. Informatie over of aansporing door *peers* kan dus worden aangewend om mensen tot naleving te bewegen. Op dit soort 'alternatieve' oplossingen

³⁸ E.M.H. Hirsch Ballin, 'De Grondwet in politiek en samenleving', Rechtsstaatlezing 2013, Den Haag, p. 11.

³⁹ J.A. de Boer, 'Grondwetsontwijking en onderwijskwaliteitstoezicht', blogpost Publiekrecht & Politiek, 15 mei 2014, <http://www.publiekrechtropolitiek.nl/grondwetsontwijking-en-onderwijskwaliteitstoezicht/>.

⁴⁰ P.J.P.M. van Lochem, 'Rechtsrelativering door de overheid', *Ars Aequi* 2014, pp. 229-232.

⁴¹ P.J.P.M. van Lochem, 'De spanning tussen ambtelijke loyaliteit en correct overheidshandelen', *RM Themis* 2012, pp. 115-122.

⁴² F. Schauer, 'Comparative Constitutional Compliance', in: M. Adams & J.A. Bomhoff (red.), *Practice and Theory in Comparative Law* 2012, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 212-229.

⁴³ Het is het bekende punt van 'law in action': het recht slaagt er in wisselende mate in de maatschappelijke werkelijkheid te beïnvloeden. J. Griffiths (red.), *De sociale werking van recht. Een kennismaking met de rechtssociologie en rechtsantropologie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1996, pp. 469-513.

⁴⁴ W.J. Witteveen, 'Alternatieve regulering: de vele gezichten van de wetgever', in: Alternatieve regelgeving, preadviezen voor de Nederlandse Juristen Vereniging, Deventer: Kluwer 2007, p. 3-65.

⁴⁵ P. Lunn, 'Regulatory Policy and Behavioural Economics', OECD Publications 2014; W.L. Tiemeijer, C.A. Thomas en H.M. Prast (red.), 'De menselijke beslisser. Over de psychologie van keuze en gedrag', Amsterdam: Amsterdam University Press 2009; F. Amtenbrink and K. Heine, 'Regulating Credit Rating Agencies in the European Union: Lessons from Behavioural Science', *Dovenschmidt Quarterly* 2013, p. 2-15; P.E. Mullen & G. Lester 'Vexatious Litigants and Unusually Persistent Complainants and Petitioners: From Querulous Paranoia to Querulous Behaviour', *Behavioral Sciences and the Law* 2006, pp. 333-349; P. Jonkers, 'Inzicht in gedrag voorwaarde voor goede wetgeving', *Regelmaat* 2013, pp. 6-21. De WRR is ook bezig met een nieuw adviesrapport over de toepassing van 'nudging in beleid'.

is weliswaar kritiek mogelijk, maar het gaat er hier om dat in het materiële recht implementatie- en nalevingskwesaties worden aangepakt vanuit een reguleringsperspectief.⁴⁶ Is een dergelijk perspectief ook niet interessant voor het algemeen publiekrecht?⁴⁷

Publiekrecht als (zelf)regulering

Tegenwoordig wordt algemeen aanvaard dat de relatie overheid-burger niet puur hiërarchisch is: “[s]turing door de overheid en zelfsturing van sectoren en organisaties in de samenleving grijpen op elkaar in”.⁴⁸ Niet alleen het bestuursrecht,⁴⁹ ook het constitutionele recht gaat uiteindelijk over interacties tussen burgers en overheid.⁵⁰ In de meer normatief getinte discussies over wat de constatering van feitelijke ‘wederkerigheid’ betekent voor het publiekrecht,⁵¹ is het controversiële punt dat de burger misschien gestuurd zou kunnen worden richting bepaalde verplichtingen.⁵² Belangrijk, maar laten we de omgekeerde mogelijkheid niet vergeten: sturing, of ‘regulering’ van de overheid namens de burger.

‘Sturing’ impliceert een ambitie gedragsverandering te bewerkstelligen. Nu is er is de laatste tijd ook veel aandacht voor ‘overheidsgedrag’; integriteit binnen de overheid

⁴⁶ C. Scott, ‘Regulating Constitutions’, in: Parker, C., Scott, C., Lacey, N. & Braithwaite, J. (red.), *Regulating Law*, Oxford: Oxford University Press 2004, pp. 226-245; B. Morgan & K. Yeung, *An Introduction to Law and Regulation: Text and Materials*, Cambridge: Cambridge University Press 2007; R. Baldwin & M. Cave, *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*, Oxford: Oxford University Press 1999.

⁴⁷ A.C.M. Meuwese, ‘A Regulatory Approach to Global Constitutional Analysis’, *Tilburg Law Review* 2012, pp. 311-319.

⁴⁸ G. Overkleeft-Verburg, ‘Zelfsturing en zelfregulering, Over de verhouding van bestuurskunde en (bestuurs)recht’, in: W.B.H.J. van de Donk & P.H.A. Frissen (red.), *Over Bestuur, Recht en Informatisering* (opstellen aangeboden aan prof. mr. dr. I.Th.M. Snellen), Lelystad 1998, pp. 253-270, citerend uit I.Th.M. Snellen, *Boeiend en Geboeid, Ambivalenties en ambities in de bestuurskunde* (oratie Tilburg), Alphen aan den Rijn 1987, p. 18.

⁴⁹ A.T. Marseille, *Voor- en nazorg door de bestuursrechter* (oratie Tilburg), 2012, p. 9.

⁵⁰ Ook voor relaties tussen overheden onderling geldt, of althans zou vanuit een oogpunt van democratie moeten gelden, dat minstens een van die overheden de burger vertegenwoordigt – en dat alle in het algemeen belang handelen.

⁵¹ E.M.H. Hirsch Ballin, ‘Wederkerig bestuursrecht’, *RM Themis* 1989, pp. 1-4; J.L.M. Gribnau, *Rechtsbetrekking en rechtsbeginselen in het belastingrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Gouda Quint 1998, p. 226 e.v.

⁵² R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010, p. 49.

staat hoog op de agenda en de Nationale ombudsman heeft de afgelopen jaren met succes ingezet op de “relationele kant” van de overheid”.⁵³ Hierdoor wordt het thema ‘overheidsgedrag’ echter vaak alleen met de ‘behoorlijkheidssfeer’⁵⁴ geassocieerd.⁵⁵ Maar ook in de ‘rechtsstatelijkheidssfeer’ en vaak zelfs in de ‘rechtmatigheidssfeer’ speelt het gedrag van overheden een belangrijke rol.

Publiekrecht lijkt het tegenovergestelde van zelfregulering te zijn. Toch kunnen ook overheidsactoren gereguleerd worden, of misschien zelfs zichzelf en elkaar ‘reguleren’. Dat laatste gaat misschien wat ver, maar we zouden de ‘regulerende functie’ van het constitutionele recht⁵⁶ wel in wat minder hiërarchische termen kunnen bezien door net als bij zelfregulering van maatschappelijke sectoren uit te gaan van de sociale dynamiek binnen en tussen overheden.⁵⁷ Het hedendaagse debat over de ‘levende rechtsstaat’⁵⁸ is wat dat betreft veelbelovend: ‘zelfbeperking’⁵⁹ en ‘zelfreflectie’⁶⁰ worden genoemd als belangrijke waarden. En de aanwezigheid van ‘zelfbinding’ wordt gezien als argument om “informele regels die het gedrag reguleren van onze instituties”⁶¹ als ‘constitutionele conventies’ te beschouwen. Goede regulering probeert het zelfcorrigerend vermogen

⁵³ M. Hertogh, ‘Van hoera-instituut tot luis in de pels. Acht jaar Alex Brenninkmeijer als Nationale ombudsman’, *Nederlands Juristenblad* 2014, pp. 25-31.

⁵⁴ Nationale ombudsman, ‘Behoorlijk omgaan met schadeclaims’, 24 juni 2009, 2009/135, p. 46.

⁵⁵ Ronde tafel WOB, Tweede Kamer 29 september 2011, Inbreng Nationale ombudsman Alex Brenninkmeijer: “De openbaarmaking van informatie moet primair vanuit behoorlijk bestuur beoordeeld worden en niet vanuit een juridisch perspectief. Openbaarheid van informatie is immers een onmisbaar middel om het vertrouwen van burgers in de overheid te versterken”.

⁵⁶ C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Kluwer: Deventer 2008 (6^e druk), p. 40.

⁵⁷ D. Lehmkuhl, ‘Control Modes in the Age of Transnational Governance’, *Law & Policy* 2008, pp. 336-363; P. Hirst, ‘Democracy and Governance’, in: J. Pierre (red.), *Debating Numbers: Authority, Steering, and Democracy*, Oxford: Oxford University Press 2000, pp. 13-35; C. Hood, O. James, G. Jones, C. Scott & T. Travers, *Regulation Inside Government. Waste-Watchers, Quality Police, and Sleazebusters*, Oxford Oxford University Press 1999; B. Jacobsson, ‘Regulated regulators: Global trends of state transformation’, in M.-L. Djelic & K. Sahlin-Andersson (red.), *Transnational Governance. Institutional Dynamics of Regulation*, Cambridge: Cambridge University Press 2006.

⁵⁸ Of ‘levend staatsrecht’, zie G. Leenknecht & E.M.H. Hirsch Ballin, *Korte uitleg van de Grondwet*, Deventer: Kluwer 2014, p. 15 en een boek dat van de hand van Hirsch Ballin in 2015 bij Querido zal verschijnen.

⁵⁹ G. Teubner, *Constitutional Fragments*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 87: “[s]ocial-scientific and political performance reviews by authorities independent of the state (similar to audit courts), which render errors visible and avoidable could be among the currently urgent constitutional self-limitations of the politics of the welfare state”.

⁶⁰ E.M.H. Hirsch Ballin, ‘De Grondwet in politiek en samenleving’, Rechtsstaatlezing 2013, Den Haag, p. 18

⁶¹ L.F.M. Verhey, *De constitutionele conventie: een blinde vlek in ons staatsrecht* (oratie Leiden), 2014, p. 7.

van organisaties aan te wakkeren.⁶² En hoewel we er gezien het inherent problematische karakter van het publiekrecht geen overspannen verwachtingen van moeten hebben,⁶³ kan een reguleringsperspectief helpen het publiekrecht wat minder ‘wellustig’ te maken.

Ambities, doeleinden

en effectiviteit van publiekrecht Als we met het publiekrecht overheidsgedrag gaan reguleren, impliceert dat bepaalde doeleinden. Veel werkwoorden die we onbewust gebruiken bij het beschrijven van constitutionele functies, zoals ‘temmen’, ‘binnen de perken houden’ en ‘onderwerpen’⁶⁴ wijzen inderdaad op doelstellingen die een bepaald gedrag willen bewerkstelligen. Op het niveau van het constitutionele recht moeten onze verwachtingen en ambities over hoe we met elkaar om willen gaan hun beslag krijgen.⁶⁵ Het bestuursrecht is waar deze grotendeels verder geoperationaliseerd moeten zien te worden. Op dit meer operationele niveau is veel aandacht voor de vraag of doeleinden verwezenlijkt worden, voor effectiviteit dus. De link met constitutionele doeleinden verdwijnt echter nog al eens naar de achtergrond. Beslistermijnen in het bestuursrecht, om een voorbeeld te geven, worden gezien als een instrument om “burgers [te] beschermen tegen onbehoorlijk gedrag van de overheid”.⁶⁶ Echter, de introductie van een dwangsom bij niet tijdig beslissen door de wetgever lijkt vooral mogelijke perverse gedragseffecten bij ‘professionele dwangsomminners’ te

⁶² S. Gilad, ‘It runs in the family: Meta-regulation and its siblings’, *Regulation & Governance* 2010, pp. 485-506; C. Parker, *The Open Corporation: Effective Self-Regulation and Democracy*, New York: Cambridge University Press 2002.

⁶³ M. Adams, ‘Constitutionele geletterdheid voor de democratische rechtsstaat’, *Nederlands Juristenblad*, 2013, pp. 1110-1118: “Van constitutionele normen moeten we geen overspannen verwachtingen hebben”.

⁶⁴ C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Kluwer: Deventer 2008 (6^e druk), p. 4.

⁶⁵ Dit gegeven krijgt binnen het Amerikaanse debat over *originalism* een bijzondere lading. Zie M.C. Dorf, ‘The Aspirational Constitution’, *George Washington Law Review* 2009, pp. 1631-1671; Adams en Witteveen betogen dat we onze ambities op het constitutionele vlak best wat naar boven mogen bijstellen. In plaats van de rechtsstaat te beschouwen als een ondergrens, moeten we “de nieuwste bouwlaag van het huis van de rechtsstaat” vormgeven, M. Adams & W.J. Witteveen, ‘Drie dimensies van de rechtsstaat’, *Nederlands Juristenblad* 2014, pp. 1364-1373.

⁶⁶ Kamerstukken II 2004/05, 29 934, nr. 3, p. 1. (MvT Wet dwangsom en beroep).

hebben.⁶⁷ Als het doel is dat denkend overheidsactoren denken vanuit het burgerbelang met de factor tijd omspringen, zou een positieve nalevingsstrategie, bijvoorbeeld via servicenormen⁶⁸ wel eens beter kunnen werken, oftewel effectiever kunnen zijn.

‘Effectiviteit’ heeft onder veel juristen, en zeker onder constitutionalisten, een slechte naam,⁶⁹ omdat het wordt gezien als concurrent van ‘rechtmatigheid’⁷⁰ of gewoon omdat het verward wordt met ‘kosteneffectiviteit’. Maar effectiviteit *sec* betekent niets anders van ‘de mate waarin doelstellingen verwezenlijkt worden’. Ook constitutioneel recht kan een beleidsinstrument zijn waarmee samenlevingen bepaalde doelen willen bereiken,⁷¹ alleen zijn die doelen van een bijzondere orde. Het gaat er hier dus niet om rechtsstatelijke waarden ondergeschikt te maken aan effectiviteit,⁷² maar om effectiviteit in dienst te stellen van deze waarden. In discussies over *impact assessment*, systematische en transparante effectbeoordeling van wetgeving en beleid, een onderwerp waar ik eerder onderzoek naar heb gedaan, wordt vaak naar voren gebracht dat ‘justitie-achtige’ onderwerpen niet geschikt zouden zijn om op deze manier beoordeeld te worden. Ik deel dat standpunt niet: juist bij onderwerpen waarbij de gemoederen nog wel eens hoog oplopen, is het zinvol om in het debat momenten in te bouwen waarop we nuchter naar onze aannames kijken.⁷³

⁶⁷ De voormalige Nationale ombudsman Brenninkmeijer heeft wel in twijfel getrokken of het dwangsom-mechanisme op de juiste wijze ‘gedragsgericht’ is. Nationale ombudsman, Brief aan minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties inzake afschaffing Wet dwangsom en beroep, 30 oktober 2012. De Bestuurlijke Monitor Commissie had bij de evaluatie van de wet ook al aangegeven dat deze veel onbedoelde effecten heeft.

⁶⁸ Zoals ook voorgesteld door de Nationale ombudsman, Brief aan minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties inzake afschaffing Wet dwangsom en beroep, 30 oktober 2012.

⁶⁹ Uitzondering is de, in met dank aan het EU-recht ingeburgerde, term ‘effectieve rechtsbescherming’. Zie J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013 voor een uitgebreide schets van dit beginsel.

⁷⁰ Uit onderzoek van Van der Wal is gebleken dat bijna de helft van de bevroegde bewindslieden rechtmatigheid ondergeschikt achtten aan efficiëntie en effectiviteit. Z. van der Wal, ‘Elite Ethiek. Hoe politici en topambtenaren invulling geven aan publieke waarden’, *Beleid en Maatschappij* 2012, pp. 258-279.

⁷¹ D.S. Law & M. Versteeg, ‘The Evolution of Global Constitutionalism’, *California Law Review* 2011, pp. 1163-1257.

⁷² Al is dat risico natuurlijk altijd aanwezig: “als we kijken naar de werking van het democratische politieke bestel in Nederland en de Europese Unie, zien we een wanverhouding tussen de torenhoge pretentie van ‘vertegenwoordiging’ van de burgers, het ideaal van de representatieve democratie die geroepen is tot permanent via alle mogelijke media ‘luisteren’ naar de naar de kiezers en ‘benoemen’ van ongenoegen, aan de ene kant, en een permanente, diepgaande verdeeldheid die de democratie in effectiviteit laat verzanden aan de andere kant” E.M.H. Hirsch Ballin, ‘De Grondwet in politiek en samenleving’, *Rechtsstaatlezing* 2013, Den Haag, p. 31.

⁷³ C. Sunstein, *Simpler. The Future of Government*, New York: Simon & Schuster 2013; R.A.J. van Gestel, ‘De wetgever als keuzearchitect’, *RegelMaat* 2013, pp. 22-38.

Effecten, en zeker *gedragseffecten*, krijgen nog niet genoeg aandacht aan de frontlinie van het publiekrecht.⁷⁴ Zo kon de rechter in de recente ‘stemfie-zaak’ niet veel verder komen dan te constateren dat er geen regel binnen het publiekrecht te vinden is, die het maken van ‘stemfies’ verbiedt.⁷⁵ De Stichting Bescherming Burgerrechten had terecht aandacht gevraagd voor mogelijke effecten van het fenomeen ‘stemfie’ én van de omarming ervan door de minister van Binnenlandse Zaken op ons denken over het stemgeheim.⁷⁶ Over wat ‘daadwerkelijk rechtsstatelijk’ gedrag van de minister was geweest valt te discussiëren. Maar het vertoonde gedrag staat, zoals tussen de regels van de uitspraak al doorklinkt, minstens op gespannen voet met een belangrijk doel van ons kiesrecht: totale afwezigheid van druk bij het stemmen.⁷⁷

Wat willen we dan wel bereiken? In ieder geval een voortdurende toewijding aan denken vanuit de rechtsstaat onder een breed scala aan overheidsactoren. Het internaliseren van “constitutioneel bewustzijn”⁷⁸ of zelfs “constitutionele geletterdheid”⁷⁹ kan de wind uit de zeilen nemen van een dynamiek geënt op “raison d’Etat”⁸⁰, op denken vanuit het

⁷⁴ “[I]nquiry into the effects of constitutional law on actual behavior is almost entirely absent”, F. Schauer, ‘Comparative Constitutional Compliance’, in: M. Adams & J.A. Bomhoff (red.), *Practice and Theory in Comparative Law* 2012, Cambridge: Cambridge University Press, p. 213; Ook de rechterlijke rechtsvorming binnen het bestuursrecht moet minder “casusgericht” en meer “effectgericht” worden, J.C.A. de Poorter. *Het overbruggen van de kloof tussen recht en samenleving. Over rechtsvorming door de bestuursrechter en hoe de samenleving daarbij te betrekken* (oratie Tilburg), 2013, p. 27.

⁷⁵ Rb. Den Haag, 9 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:5657, r.o. 3.16: “Het is niet aan de rechter om te beoordelen of de minister er verstandig aan heeft gedaan door in dit opzicht te verklaren dat “het mag” zonder daarbij tevens en met nadruk te wijzen op de hier beschreven ernstige nadelen. In dit kort geding kan slechts een oordeel worden gegeven over het al dan niet rechtmatig zijn van de uitingen”.

⁷⁶ Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Circulaire gemeenteraadsverkiezingen 2014.

⁷⁷ Zie ook Besluit Wob-verzoek smartphones in stemhokjes, 4 maart 2014.

⁷⁸ B. Oomen, ‘Constitutioneel bewustzijn in Nederland’, *Recht der Werkelijkheid* 2009, pp. 55-79.

⁷⁹ M. Adams, ‘Constitutionele geletterdheid voor de democratische rechtsstaat’, *Nederlands Juristenblad*, 2013, pp. 1110-1118; M.G. Kammen, ‘A machine that would go of itself: the Constitution in American culture’, New Brunswick: Transaction Publishers 2006 beargumenteert dat de populariteit en bekendheid van de Amerikaanse Grondwet een keerzijde heeft: het enthousiasme voor die grondwet als symbool, maskeert onwetenschap op het gebied van de inhoud. Volgens Kammen houdt de Amerikaanse staatsrechtsgemeenschap deze situatie in stand door ‘esoterische taal’ te bezigen. Zie voor uitleg van de Nederlandse Grondwet in heldere taal: G. Leenknecht & E.M.H. Hirsch Ballin, *Korte uitleg van de Grondwet*, Deventer: Kluwer 2014.

⁸⁰ C.A.J.M. Kortmann, *Staatsrecht en raison d’Etat* (afscheidsrede Nijmegen), Deventer: Kluwer 2009, pp. 15-17. Kortmann geeft onder andere als voorbeeld van ‘raison d’Etat-handelen’ de reactie van minister Verdonk en van de minister-president op de motie van wantrouwen die de Tweede Kamer in de nacht van 12 op 13 december 2006 tegen Verdonk aannam. Verdonk bleef (demissionair) aan en de minister-president ondersteunde dit met een argumentatie die volgens Kortmann in strijd is met de staatsrechtelijke eis van homogeniteit van de ministerraad.

staatsbelang. Daadwerkelijke naleving van veel publiekrechtelijke normen in de geest van de rechtsstaat vergt een bepaalde mentaliteit. Het legaliteitsbeginsel, bijvoorbeeld, krijgt pas waarde als regelgevende actoren elke actiedrang zelf hieraan toetsen in het licht van achterliggende waarden als zelfbeschikking.⁸¹ Het gaat mij steeds om het naar voren halen van een effectiviteit die al impliciet is in het gegeven dat wij ook met algemene publiekrechtelijke normen doeleinden voor ogen hebben en dat we uiteindelijk een duurzame toewijding hieraan ambiëren. Publiekrecht is dan óók gedragsregulering en publiekrechtwetenschap mede een gedragswetenschap.

Publiekrecht als gedragswetenschappelijke praktijk

Naast de klassieke publiekrechtelijke hamvraag ‘wie mag wat beslissen onder welke voorwaarden?’, mag vaker de vraag ‘hoe krijgen we de overheid zover dat zij in haar handelen binnen de kaders van de democratische rechtsstaat blijft?’ gesteld worden. Rechtssociologisch en rechtspsychologisch onderzoek naar de werking van publiekrecht in de praktijk en de uitwerking van publiekrechtelijke mechanismen op degenen die werkzaam zijn in het openbaar bestuur kunnen zo de doctrine ondersteunen.

Deze gedachte op zich is niet nieuw. Veel inzichten uit de sociale psychologie, bijvoorbeeld over procedurele rechtvaardigheid, worden momenteel toegepast binnen het beleid van de Nederlandse overheid op het terrein van geschilbeslechting, bijvoorbeeld binnen het project ‘Prettig Contact met de Overheid’.⁸² Hierbij valt op dat alleen gekeken naar sociale effecten van procedures en praktijken op de *burger*.⁸³ In het toezicht op de semi-overheid is het denken in temen van ‘regulering van de overheid’ al sterker

⁸¹ Dit was ogenschijnlijk niet het geval bij de gemeente Tilburg in de kwestie van regulering van de kleding van leden van motorclubs. Het ‘verbod’ op het dragen van clubjassen bleek helemaal niet op schrift te staan. Zie G.J. Leenknecht, ‘Tilburg schendt rechten van motorclubs’, *Brabants Dagblad*, 3 mei 2014.

⁸² En dat zonder speciale ‘nudge unit’, zoals het Behavioural Insights Team van de Britse overheid wel wordt genoemd.

⁸³ A.T. Marseille, *Voor- en nazorg door de bestuursrechter* (oratie Tilburg), 2012, p. 9.

doorgedrongen.⁸⁴ In deze sector is het ondernemersdenken van *New Public Management* al snel aangewezen als oorzaak voor een zelfbeeld bij bestuurders waarin het publiek belang een ondergeschikte rol heeft.⁸⁵ Een dergelijk causaal verband is bij de kernoverheid – wetgever, bestuur, rechter – diffuser, net als de spanningsvelden waarin deze overheidsactoren opereren. Het identificeren van de sociale en institutionele mechanismen achter het gedrag en mentaliteit bij deze actoren en daarop inspelen, is een formidabele klus. Maar het zou al helpen als we ons iets vaker zouden realiseren op welke punten er in ieder geval een *mismatch* is tussen publiekrechtelijke mechanismen en gewenst overheidsgedrag. *Impact assessment* zonder publicatieverplichting is bijvoorbeeld alvast niet geschikt om ‘verantwoording door informatie’ te versterken.⁸⁶ En we kunnen inzichten in menselijk gedrag positief aanwenden. Overheidsactoren zouden bijvoorbeeld wel eens het meest geïnspireerd kunnen raken door hoe hun collega’s (hun *peers*) uit een ander land bepaalde zaken aanpakken. Zo kunnen conformistische neigingen gedragsverandering bewerkstelligen. Uiteraard is het niet evident dat deze mechanismen binnen het bereik van het publiekrecht vallen, zeker niet als de *peer* in kwestie president Bartlet heet,⁸⁷ maar door middel van het publiekrecht kunnen zij gefaciliteerd of juist ontmoedigd worden.

⁸⁴ ‘Een lastig gesprek’, Advies Commissie Behoorlijk Bestuur, September 2013 (Commissie Maatschappelijk verantwoord bestuur en toezicht in de semipublieke sector), p. 5: “[s]inds enige tijd bloeit de professionele aandacht voor goed gedrag. Zowel in bedrijven als in het openbaar bestuur zijn gedragscodes ontwikkeld; er worden dilemmatrainingen gegeven, ‘compliance officers’ aangesteld en handreikingen geschreven voor morele vragen tijdens functionerings- en beoordelingsgesprekken. Ook in de samenleving is het besef aanwezig dat veranderingen in organisaties en bedrijven gedoemd zijn te mislukken zonder aandacht voor het belang van waarden en zonder een open cultuur die het medewerkers en leidinggevendens mogelijk maakt goed te functioneren. Zo werkt bijvoorbeeld de financiële sector niet alleen intern aan veranderingen in cultuur en gedrag, ook de externe toezicht- houder schenkt meer aandacht aan morele aspecten en probeert er actief op te sturen”.

⁸⁵ Zie bijvoorbeeld Commissie onderzoek financiële problematiek Amarantis, ‘Niet onwettig, wel onwenselijk’ (Rapport vervolgonderzoek Commissie onderzoek financiële problematiek Amarantis), 14 februari 2013. In dat rapport werd gesteld dat sommige HBO-bestuurders de oriëntatie op publieke waarden uit het oog verloren, zich onvoldoende lieten leiden door een moreel kompas en de spelregels van de eigen sectorale governancecodes.

⁸⁶ A.C.M. Meuwese, ‘Waarom het IAK het keurmerk ‘IA’ (nog) niet mag voeren’, *RegelMaat* 2012, pp. 17-28.

⁸⁷ De naam van de fictieve Amerikaanse president in de tv-serie *West Wing*. Politici zoeken nog wel eens staatsrechtelijke inspiratie zoeken in tv-series, zie G. Boogaard, ‘De macht van de verbeelding. Over staatkunde en staatsrechtelijke televisieseries’, *Nederlands Juristenblad* 2014, pp. 395-399. Zie ook P. Hirst, ‘What would Jed Bartlet do?’, 19 February 2003 http://www.opendemocracy.net/conflict-iraqwarquestions/article_988.jsp.

Dit kan bijvoorbeeld door ruimte te bieden aan experimenten met technieken die inzetten op het transformeren van destructieve en defensieve neigingen tot constructieve, op zelfcorrectie gerichte, disposities bij overheidsactoren.⁸⁸

Gedraggerichte tendensen in het algemeen publiekrecht te over. Zo hebben wetgevers de afgelopen decennia te maken gehad met verhoogde eisen die gesteld worden aan wetgevingsprocessen.⁸⁹ Deze eisen hebben vaak expliciet betrekking op het gedrag van de wetgever, die communicatief moet zijn⁹⁰ en “rechtsgenoten een rol in de discussie over de inhoud van het recht”⁹¹ moet garanderen. Uit Europa of zelfs Amerika overgewaaid verwachtingen,⁹² want dat zijn het vooralsnog grotendeels, over pluralistische (internet) consultatie fungeren als “*legal irritants*”⁹³ in de Nederlandse rechtsorde. Gelijke kansen moeten geven aan standpunten en empirische inzichten van verschillende *stakeholders*, dat schuurt en dat wrijft met onze neo-corporatistische traditie.⁹⁴ Nu staat de overheid er sowieso al om bekend dat zij niet direct maalt om empirische inzichten. Deze worden snel weggezet als obstakels die echte politiek vooral hinderen. Gedraggericht publiekrecht kan daarom niet alleen maar *soft law* zijn. Het publiekrecht kan een rol

⁸⁸ S. Holmes, *Passions & Constraints. On the theory of liberal democracy*, Chicago/Londen: The University of Chicago Press 1995, p. 274. M. Schlanger, ‘Offices of Goodness: Influence Without Authority in Federal Agencies’, University of Michigan Public Law Research Paper 2013, no. 353; Emoties bij de overheidsactor spelen een belangrijke rol bij de manier waarop informatie verwerkt wordt en daarmee bij het gedrag en eventueel bij de resulterende beslissing, zie M. IJzermans, *De overtuigingskracht van emoties bij het rechterlijk oordeel* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011, p. 278.

⁸⁹ Zowel in het wetgevingsbeleid als in de wetenschap. Zie ook W.J.M. Voermans, *Toedeling van bevoegdheid* (oratie Leiden), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2004, p. 17: “argumentatie- en besluitvormingsprocessen, waarin het recht voortduren wordt geijkt, herijkt, becommentarieerd, toegepast en geëvalueerd”.

⁹⁰ W.J. Witteveen, *Het wetgevend oordeel: Studies over wetgeving en communicatie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

⁹¹ W.J.M. Voermans, *Toedeling van bevoegdheid* (oratie Leiden), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2004, p. 18 en 36.

⁹² S. Rose Ackerman, ‘Regulation and Public Law in Comparative Perspective’, *University of Toronto Law Journal* 2010, pp. 519.

⁹³ G. Teubner, ‘Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Differences’, *Modern Law Review* 1998, 61, pp. 11-32.

⁹⁴ Deze constatering staat overigens niet per se haaks op de opmerking van Koopmans uit 1978 dat “het representatieve stelsel kennelijk in staat is een aantal nieuwe vormen van representatie, via groepen en organisaties, en een aantal vormen van meer directe zeggenschap, te absorberen”. Het ‘absorberen’ verloopt alleen met wat horten en stoten. T. Koopmans, *Vergelijkend publiekrecht*, Deventer: Kluwer 1978, p. 241.

spelen bij het versterken van transparantieverplichtingen,⁹⁵ die verder gaan dan de huidige actieve openbaarheid⁹⁶ door niet alleen mee te nemen welke data, inclusief metadata, overheden over het eigen handelen moeten verzamelen en publiceren, maar ook *hoe* ze dat moeten doen.⁹⁷ Terwijl ‘big data’ *booming* is, moeten we in het algemeen publiekrecht nog wennen aan ‘data’ überhaupt.⁹⁸ Maar waarom bijvoorbeeld geen app die je vertelt in welke gemeente je het beste kunt gaan wonen als je het belangrijk vindt dat openbaarheid actief wordt benaderd?⁹⁹ Laten we eens opnieuw nadenken over welke “basisinformatie van de democratische rechtsstaat”¹⁰⁰ naast wetten, besluiten en rechterlijke uitspraken, speciale bescherming in de vorm van bijvoorbeeld uitzondering van auteursrecht nodig heeft.¹⁰¹

Publiekrecht wordt ook meer gedragsgericht omdat we, al dan niet via officiële netwerken, meer weten over wat overheden over de grens doen en daar als vanzelf op gaan reageren.¹⁰² Of het vonnis van de Duitse rechter die weigerde een asielzoeker naar Nederland terug te sturen wegens gebrekkige levensstandaarden aldaar,¹⁰³ daadwerkelijk een effect gaat hebben op de naleving van het internationale recht door staatssecretaris Teeven is

⁹⁵ A. Drahmann, ‘Hoe kunnen transparantieverplichtingen worden geïntroduceerd in het Nederlandse bestuursrecht bij de verdeling van schaarse besluiten?’, *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*, 2014/11, pp. 86-95; M.D. McCubbins, R.G. Noll & B.R. Weingast, ‘Structure and process, politics and policy: administrative arrangements and the political control of agencies’, *Virginia Law Review* 1989, pp. 431-482.

⁹⁶ *Kamerstukken II* 2011/12, 33 328, nr. 2 (initiatief-wetsvoorstel Nieuwe Wet openbaarheid van bestuur).

⁹⁷ Voor ideeën over hoe democratie en de noodzaak tot geheimhouding te verenigen zijn, zie D.M. Curtin, *Top Secret Europe* (oratie Amsterdam UvA), 2011.

⁹⁸ M.A.P. Bovens, *De digitale rechtsstaat. Beschouwingen over informatiemaatschappij en rechtsstaat*, Alphen a/d Rijn: Samsom 1999.

⁹⁹ Voor inspiratie, al zijn er weinig op de overheid gerichte apps te vinden, zie <https://www.data.gov/consumer/page/consumer-apps-page>.

¹⁰⁰ Actieprogramma Elektronische Overheid (beleidslijn ‘Naar optimale beschikbaarheid van overheidsinformatie’), *Kamerstukken II*, 1999/2000, 26 387, nr. 7.

¹⁰¹ Zie ook M. Adams, ‘Constitutionele geletterdheid voor de democratische rechtsstaat’, *Nederlands Juristenblad* 2013, pp. 1110-1118: burgers hebben informatie nodig om tot constitutionele geletterdheid te komen.

¹⁰² A. Hamann & H. Ruiz Fabri, ‘Transnational networks and constitutionalism’, *International Journal of Constitutional Law* 2008, pp. 481-508. Ook in wetenschappelijk zin weten we overigens meer, onder anders dankzij nieuwe databases met informatie over constituties over de hele wereld: D.S. Law & M. Versteeg, ‘The Evolution of Global Constitutionalism’, *California Law Review* 2011, 99, 1163-1257; A.C.M. Meuwese & M. Versteeg, ‘Quantitative Methods for Comparative Constitutional Law’, in: M. Adams & J.A. Bomhoff (red.), *Practice and Theory in Comparative Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2012, pp. 230-257.

¹⁰³ Via <http://www.nrc.nl/nieuws/2014/05/10/duits-vonnis-asielzoeker-loopt-risico-in-nederland/> is het vonnis te downloaden.

uiteraard nog maar de vraag.¹⁰⁴ Belangrijk is hier dat de Europese gedeelde rechtsorde nieuwe mogelijkheden schept om overheden op hun gedrag jegens burgers aan te spreken. Vanwege het gesloten systeem van bevoegdheidstoedeling in de verdragen, is er ook alle aanleiding om in Europees verband breder denken dan ‘regels’ en ‘normen’ en eerder in termen van ‘mechanismen’. Ik zeg niet dat dit laatste nooit problematisch is, integendeel. Maar zeker als mechanismen als spontaan tot stand gekomen *peer reviews*,¹⁰⁵ uitwisseling van *best practices* tussen rechters en bestuursorganen,¹⁰⁶ maar ook officieel ingestoken alternatieve mechanismen zoals het EU-scorebord voor justitie een effect blijken te hebben,¹⁰⁷ zal het Europees publiekrecht hier iets van moeten vinden.¹⁰⁸

Het Europese recht interessante procedurele innovaties.¹⁰⁹ Een voorbeeld is de mogelijkheid voor nationale parlementen om gezamenlijk een gele of oranje kaart uit te delen als zij oordelen dat de Europese Commissie een met de lidstaten gedeelde wetgevingsbevoegdheid niet goed uitoefent.¹¹⁰ Zou de toevoeging van een rode kaart of, juist een groene, dit tot nu toe niet bijster effectieve mechanisme versterken of eerder tot pure symboliek maken? Al veel meer ingeburgerde procedurele innovaties zijn de prejudiciële vraagprocedure en de inbreukprocedure. Hoewel de eerste zeker ook interessante gedragseffecten heeft op, met name, lagere rechters,¹¹¹ staat vooral de effectiviteit van die laatste procedure nu in de belangstelling. De Europese Commissie heeft door een creatief gebruik van die inbreukprocedure geprobeerd Hongarije weer

¹⁰⁴ Het Europees Comité voor Sociale Rechten heeft in een voorlopige voorziening bepaald dat Nederland moet zorgen voor onderdak, eten en kleding van mensen die illegaal in Nederland verblijven. Complaint No. 90/2013 (*Conference of European Churches (CEC) v. the Netherlands*), 25 October 2013. Staatssecretaris Teeven van Veiligheid en Justitie heeft aangegeven hier geen gehoor aan te willen geven, ‘Teeven wil regels opvang illegalen niet aanpassen’, NRC Handelsblad, 1 november 2013.

¹⁰⁵ S. Shapiro & D. Guston, ‘Procedural Control of the Bureaucracy, Peer Review, and Epistemic Drift’, *Journal of Public Administration Research and Theory* 2007, pp. 535-551; T. Conzelmann, ‘The Politics of Peer Reviewing: Comparing the OECD and the EU/OMC’, in: T. Blom & S. Vanhoonacker (red.), *The Politics of Informing the EU*, Houndmills: Palgrave Macmillan 2012.

¹⁰⁶ Zie ook J.C.A. de Poorter, *Het overbruggen van de kloof tussen recht en samenleving. Over rechtsvorming door de bestuursrechter en hoe de samenleving daarbij te betrekken* (oratie Tilburg), 2013, p. 38.

¹⁰⁷ Z. Akariou, J. Hoevenaars & J.M. Wiersma, ‘Bouwen aan een ‘cultuur van rechtsstatelijkheid’ in de Europese Unie’, *Internationale Spectator* 2013, pp. 43-47.

¹⁰⁸ D. Oliver, T. Prosser & R. Rawlings, *The Regulatory State. Constitutional Implications*, Oxford: Oxford University Press 2011.

¹⁰⁹ C.F. Sabel & J. Zeitlin, ‘Learning from Difference: The New Architecture of Experimentalist Governance in the EU’, *European Law Journal* 2008, pp. 271-327.

¹¹⁰ A.C.M. Meuwese, ‘Het Nederlandse parlement als Europese waakhond’, *Ars Aequi* 2014, pp. 250-252.

¹¹¹ G. Tridimas & T. Tridimas, ‘National courts and the European Court of Justice: a public choice analysis of the preliminary reference procedure’, *International Review of Law and Economics* 2004, p. 125.

op het constitutionele rechte pad te krijgen.¹¹² Juist de tekortkomingen van deze *ad hoc* aanpak hebben het al wat langer bestaande Nederlandse initiatief voor een Europese ‘rechtsstaatmonitor’ een handje geholpen.¹¹³ Op basis van input van ‘erkende actoren’ zoals, raden voor de rechtspraak, zou de Europese Commissie aan de bel moeten kunnen trekken in geval van ‘systemische bedreigingen’ voor de rechtsstaat in Europese landen. Er wordt nog over nagedacht of *peer review* in dit kader een goed idee is. De Commissie Mensenrechten van de AIV vindt alvast van wel;¹¹⁴ de minister is bang dat deze techniek ondermijnend kan werken.¹¹⁵ Vooralsnog mijdt het plan het gebruik van indicatoren, wat gezien de gemengde ervaringen met dit instrument ook niet zo gek is.¹¹⁶ De vraag is nog wel hoe de rechtsstaatmonitor, als die er komt, de uit te voeren toets gaat objectiveren en wie eerstverantwoordelijk gaat worden.

Tot besluit Ik sluit af met een onderzoeksagenda en een onderwijsmissie. Hoewel de democratische rechtsstaat breed wordt erkend als fundamenteel kader voor overheid-burger relaties, is de implementatie van dit kader en rechtsstaatconforme naleving van publiekrechtelijke normen problematisch. Dit is op zich niet zo vreemd gezien de menselijke neigingen waar ook overheden, bevolkt met mensen als zij zijn, last van hebben. Als we nou net als binnen het materiële recht gebeurt, ook eens met een instrumentele blik kijken naar wat we eigenlijk willen bereiken met het algemeen publiekrecht. Dan zien we dat overheidsgedrag ook buiten de behoorlijkheidssfeer cruciaal is voor daadwerkelijke, dagelijkse rechtsstatelijkheid. Het ideaal van een zichzelf corrigerende overheid zal niet haalbaar zijn; sterker inzetten op een op zelfreflectie en zelfdiscipline gerichte mentaliteit bij overheidsactoren bij het vormen van publiekrecht wel. Ook nieuwe mechanismen

¹¹² HvJ EU, zaak C-286/12, 6 November 2012 (*Commissie/Hongarije*); HvJ EU, zaak C-288/12, 8 april 2014 (*Commissie/Hongarije*).

¹¹³ Het gaat hier om een door toenmalig minister Hirsch Ballin namens Nederland gelanceerd initiatief, waarbij Frankrijk, Finland en Duitsland zich snel hebben aangesloten. Verslag van de informele bijeenkomst van de ministers van Justitie en Binnenlandse Zaken, 16 en 17 juli 2009.

¹¹⁴ Adviesraad voor Internationale Vraagstukken (AIV), ‘De rechtsstaat. Waarborg voor Europese Burgers en fundament van Europese samenwerking’, rapport no. 87, januari 2014.

¹¹⁵ Opmerkingen minister Timmermans tijdens een Algemeen overleg met de vaste commissie voor Europese Zaken, 14 mei 2014.

¹¹⁶ K. Lane Scheppele, ‘The Rule of Law and the Frankenstate: Why Governance Checklists Do Not Work’, *Governance* 2013, pp. 559-562; K.E. Davis, A. Fisher, B. Kingsbury & S.E. Merry, *Governance by Indicators. Global Power through Quantification and Rankings*, Oxford: Oxford University Press 2012; C. Arndt, ‘The Politics of Governance Ratings’, *International Public Management Journal* 2008, pp. 275-297; C. Pollitt, ‘“Moderation in all Things”: International comparison of governance quality’, *Financial Accountability & Management* 2011, pp. 437-457.

die rechtsstatelijk “systeemfalen”¹¹⁷ willen aanpakken, zoals de rechtsstaatmonitor, kunnen een belangrijke bijdrage leveren mits bij het ontwerp rekening wordt gehouden met publiekrechtelijke doelen en kaders én met het gegeven dat het uitoefenen van overheidsmacht uiteindelijk mensenwerk is.

De publiekrechtswetenschap kan de gedragsgerichte ontwikkeling van publiekrecht bijstaan, door met hulp van de sociale wetenschappen de effecten van publiekrechtelijke mechanismen op overheidsactoren in kaart te brengen en te doordenken. Wat voor soort vragen passen in deze agenda? Bijvoorbeeld de vraag of nieuwe mechanismen leiden tot ‘rolverwarring’ onder overheidsactoren. Gaan parlementen, inclusief het Europees Parlement, zich door nieuwe vormen van toetsing meer als rechters gedragen?¹¹⁸ De wetenschap weet eigenlijk ook nog erg weinig over in hoeverre het uitmaakt op welk niveau we publiekrechtelijke regels vastleggen, oftewel ‘do constitutions matter?’¹¹⁹ Natuurlijk laat een negatief antwoord nog alle ruimte om toch nieuwe rechten en beginselen in een grondwet op te nemen, maar het schept wel een verplichting om vervolgens na te denken over implementatie en naleving. Er zijn bepaalde hardnekkige vormen van slecht overheidsgedrag die niet uitgebannen worden door een abstracte erkenning van de rechtsstaat en ook niet door verdere juridisering.¹²⁰ Bekend is bijvoorbeeld al dat vakmensen zich niet per se beter gaan gedragen bij toezicht volgens gedetailleerde normen. Maar hoe zit dat eigenlijk bij de overheid? Weten wel voldoende van op welke prikkels overheidsactoren op welke manier reageren om aannames te kunnen doen zoals die in het plan voor de rechtsstaatmonitor?¹²¹ Het gegeven dat het beïnvloeden van individueel gedrag niet hetzelfde is als het bijbuigen van systemische neigingen, maar dat de twee wel samenhangen, moet daarom nadere aandacht krijgen in het onderzoek naar gedragsgericht publiekrecht. Welke randvoorwaarden

¹¹⁷ M. Adams & W.J. Witteveen, ‘Drie dimensies van de rechtsstaat’, *Nederlands Juristenblad* 2014, pp. 1364-1373.

¹¹⁸ A. Stone Sweet, *The Birth of Judicial Politics in France. The Constitutional Council in Comparative Perspective*, Oxford: Oxford University Press 1997. Stone Sweet komt tot de conclusie dat abstracte constitutionele toetsing review in het parlement ertoe bracht zich ‘meer als een rechter’ te gedragen.

¹¹⁹ F. Schauer, ‘Comparative Constitutional Compliance’, in: M. Adams & J.A. Bornhoff (red.), *Practice and Theory in Comparative Law* 2012, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 212-229.

¹²⁰ C.J.M. Schuyt, ‘Bronnen van juridisering en hun confluente’, *Nederlands Juristenblad* 1997, pp. 925-930.

¹²¹ Uit onderzoek is alvast gebleken dat tikken op de vingers ook bij overheidsactoren averechts kunnen werken: de focus op praktische, concrete oplossingen bij ombudsinterventies weerhoudt bestuursorganen er soms van de oorzaak van het probleem aan te pakken en staat meer systematische leereffecten in de weg. M. Hertogh, ‘Van hoera-instituut tot luis in de pels. Acht jaar Alex Brenninkmeijer als Nationale ombudsman’, *Nederlands Juristenblad*, 2014, pp. 25-31, onder verwijzing naar Y.M. van der Vlugt, *De Nationale ombudsman en behoorlijk politieoptreden*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2011.

kan het publiekrecht creëren om meer discussies in constitutionele termen te laten plaatsvinden,¹²² en om de overheid te ontmoedigen de grenzen van haar bevoegdheden op te zoeken? Nieuwe vormen van regulering van overheidsgedrag hoeven overigens zeker niet per definitie schools of bureaucratisch te zijn. Zoals de laatste aanbeveling uit het jaarverslag van de Nationale ombudsman het formuleert: “[b]enut vooral ook ervaringen, inzichten en passie van (...) overheidsmedewerkers”.¹²³

Publiekrecht als ‘keuzearchitectuur’ dus.¹²⁴ Zo bekeken hebben alle actoren die zich met de ontwikkeling van algemeen publiekrecht bezig houden – en dat is een brede groep, want die ontwikkeling speelt zich vaak juist af op grensvlakken van veiligheidsbeleid, wetgevingsbeleid, burger-overheid relaties en buitenlandsbeleid – een rol als ‘rechtsstatelijke keuzearchitect’.¹²⁵ Een dergelijke rolomvatting zal soms ‘constitutionele creativiteit’¹²⁶ vergen aan de kant van de kernactoren, zoals de wetgever. Daarnaast vraagt het om nieuwe kennis en professionele vaardigheden, ook bij private actoren.¹²⁷ Van de VNG – wier handleidingen immers deel uitmaken van de implementatie van rechtsstatelijke normen – tot een multinational die de gelegenheid heeft het ‘rechtsstatelijk klimaat’ onderdeel te maken van zakelijke onderhandelingen met overheden. Consumenten wordt tegenwoordig geleerd dat hun kritische keuzes wel degelijk uitmaken; zo zouden ook professionals, binnen en buiten de overheid, doordrongen moeten raken van de kracht van gedragsgericht handelen in het kader van een gezamenlijke implementatie van een effectieve democratische rechtsstaat. Zoals de nieuwe bacheloropleiding Global

¹²² E.M.H. Hirsch Ballin, ‘De Grondwet in politiek en samenleving’, Rechtsstaatlezing 2013, Den Haag: Boom/Lemma uitgevers 2013.

¹²³ Jaarverslag van de Nationale ombudsman over 2013, *Kamerstukken II*, 2013/14, 33 876, nr. 1.

¹²⁴ De term komt uit de *nudge*-beweging. Zie ook R.A.J. van Gestel, ‘De wetgever als keuzearchitect’, *RegelMaat* 2013, pp. 22-38; J. Scott & S.P. Sturm, ‘Courts as Catalysts: Rethinking the Judicial Role in New Governance’, *Columbia Journal of European Law* 2007, pp. 565-594 gebruiken ook een architectuurmetafoor.

¹²⁵ Het toekomstbeeld van een pluralistische categorie van rechtsstatelijke keuzearchitecten is ambitieus, maar ergens juist ook realistisch en behapbaar. Al vaker is geconstateerd dat het in Nederland lastig blijkt een ‘hoeder van de Grondwet’ te creëren. “Buiten de betrekkelijk kleine kring van constitutionele specialisten en rechtsstatelijk geoccupeerde juristen, lijken er inderdaad slechts weinigen te zijn die zich uitdrukkelijk als hoeder van de Grondwet begrijpen, dus ook niet in de schoot van de organen die daar bij uitstek voor zijn aangewezen, dat zijn regering en Staten-Generaal gezamenlijk”, M. Adams, ‘Constitutionele geleetterdheid voor de democratische rechtsstaat’, *Nederlands Juristenblad*, 2013, pp. 1110-1118.

¹²⁶ F. Vlemminx, ‘Constitutionele creativiteit en rechterlijke zelfbeperking’, *Nederlands Juristenblad*, 2014, pp. 1180-1186.

¹²⁷ D. Kennedy, ‘International Law and Global Political Economy, ‘Power, Privilege and the Pursuit of Justice: Legal Challenges in Precarious Times’, 2013 Annual Meeting of the Law and Society Association, Boston, 1 juni 2013.

Law van Tilburg Law School erkent, verandert de input van de jurist.¹²⁸ Dat brengt mij bij de onderwijsmissie: ik wil graag rechtenstudenten, ook zij die zich ontwikkelen tot briljante privatisten, en bestuurskundestudenten stimuleren een levenslange dialoog aan te gaan met het publiekrecht, hoe abstract of technisch soms ook. Ook hierbij kan inzicht in de wisselwerking tussen recht en overheidsgedrag helpen.

Dankwoord

Mijnheer de Rector Magnificus, dames en heren.

Graag betuig ik mijn dank aan het College van Bestuur van Tilburg University voor mijn benoeming op de leerstoel *European and Comparative Public Law* en aan ditzelfde College, het Bestuur van Tilburg Law School en de collega's van het Departement Publiekrecht, Encyclopedie en Rechtsgeschiedenis voor het vertrouwen, dat ik dagelijks ervaar.

Mijn rechtswetenschappelijke activiteiten, die begonnen in 2003 met het genereus ter beschikking stellen van Aspasia-fondsen ten behoeve van mijn promotieonderzoek door Willemien den Ouden, mag ik sinds vorig jaar als hoogleraar voortzetten. Deze titel betekent voor mij vooral de kans om met anderen te bouwen aan de academische ondersteuning van de ontwikkeling van publiekrecht. Degene die het sterkst vormend is geweest bij de ontwikkeling van mijn visie op ons vak is mijn promotor en 'opperteamplayer' Wim Voermans. Wim, als ik af en toe door mijn oogcharen naar de dingen kijk, zoals jij me wel eens hebt aanbevolen te doen, dan hoor ik ook altijd jouw aanmoediging op de achtergrond. Dank je wel.

Tijdens de boeiende omweg die mij van Leiden naar Tilburg bracht, zijn Claudio Radaelli in Exeter en Patricia Popelier in Antwerpen belangrijke mentoren en lichtende voorbeelden geweest. Iemand die tijdens mijn studententijd in Leiden een dergelijke rol heeft vervuld, is wijlen professor Schermers.

Al ruim vier jaar voel ik me in Tilburg op mijn plek. In deze periode heb ik met zeer diverse groepen studenten en collega's van gedachten mogen wisselen en heb ik een

¹²⁸ Voor een beeld van wat er van een hedendaagse jurist gevraagd wordt, zie M.A. Loth, 'De goede jurist; over morele moed, onafhankelijkheid en een riskante omgeving', in: Doret de Ruyter & Jos Kole (red.), *Code en karakter, beroepsethiek van pedagogen en juristen*, Amsterdam: SWP 2009, pp. 113-126.

Veni-subsidie van NWO mogen ontvangen. Ik ben Philip Eijlander zeer erkentelijk voor de manier waarop hij mij als rector en vakgenoot heeft verwelkomd. Binnen onze faculteit inspireert Corien Prins mij door haar open leiderschapsstijl.

Lex Michiels, Boudewijn de Waard en Willem Witteveen hebben mij, ieder op eigen wijze, ontzettend gesteund bij mijn inburgering. Hetzelfde geldt natuurlijk voor Maurice Adams, die een onmisbare sparringpartner is op meerdere fronten. De komst van Ernst Hirsch Ballin naar ons departement is niet alleen een academische verrijking geweest, maar heeft ook onze maatschappelijke taakinvulling op een ambitieuzer spoor gezet. Randall Lesaffer heeft, eerst als decaan en nu als collega binnen het departement, mij cruciale 'duwtjes' in de goede richting gegeven. Graag bedank ik ook Gerhard, Koen en Truus voor de meer dan prettige samenwerking in het dagelijks bestuur van het departement. Amy, Phillip en Vincent; *I got lucky that you three were thrown into my lap as PhD students. I do my best to supervise you, but you have no idea how much you are in fact teaching me.*

Vrienden, *you know who you are... And you know who I am.* Ik voel mij gezegend met vrienden die als familie voelen, zoals Mariska altijd zegt. En binnen die bijzondere categorie wil ik één persoon noemen, die ook nog eens een inspirerende en relativerende collega is: Jacco, dank voor je steun al die jaren.

Niet meer hier, maar altijd bij me: opa en oma Meuwese-Smit, opa en oma Arends-Braam en Helmi van Luijk. Mijn stoere broer en zus: Hendrik, ik hoop nog vaak bij Marlies en jou in Rotterdam te komen carcassonnen. En Julia, om bij Michiel en jou groene thee te komen drinken zal ik iets verder moeten reizen, maar ik verheug me er nu al op. Papa en mama, zonder jullie liefde en toewijding zou ik hier echt niet staan. Armando, voor ons is het elke dag Nederland-Spanje. Dank je, voor heel veel en meer.

Ik heb gezegd.

Colofon

vormgeving

Beelenkamp Ontwerpers, Tilburg

fotografie omslag

Maurice van den Bosch

druk

PrismaPrint, Tilburg University

