

Thema 1 grondslagen en kenmerken van het Fundamenten van het staats- en bestuursrecht

Bij het eerste thema komen de fundamenten van het vakgebied aan bod. Daarbij heeft het eerste hoofdstuk deels het karakter van een geheugenopfrisser; er wordt uiteengezet waarover het staats- en bestuursrecht gaat; voorts wordt een aantal van de reeds bekende grondslagen geproblematiseerd. Een verdere verdieping vindt plaats ten aanzien van de kernregelingen van het staats- en bestuursrecht, te weten de Algemene wet bestuursrecht, de Grondwet en het Statuut voor het Koninkrijk.

In het tweede hoofdstuk staan de actoren in het staats- en bestuursrecht centraal. Het gaat daarbij niet alleen om overheidsinstanties, maar ook om de burger. Wat de (bestuurlijke) overheid betreft, is het begrip bestuursorgaan van cruciaal belang. Maar het bestuur is meer dan een verzameling bestuursorganen; ook de openbare lichamen zijn van belang alsmede de publiekrechtelijke rechtspersonen. De burger als actor komt in dit thema aan de orde in zijn hoedanigheid van 'belanghebbende' bij overheidsoptreden.

1.1 Aard, grondslagen en kenmerken van het staats- en bestuursrecht

1.1.1 Inleiding

'Waar gaat dit vak over?,' is natuurlijk een van de eerste vragen die beantwoording behoeft bij de start van een nieuwe cursus. Een aanzet tot beantwoording van die vraag wordt in de eerstvolgende paragraaf gegeven. Duidelijk zal worden dat het mogelijk is het staatsrecht en bestuursrecht van elkaar te onderscheiden, maar ook dat het nuttig is om beide vakgebieden in samenhang te behandelen.

In de eerdere fase van de studie zijn de beginselen van de democratische rechtsstaat al de revue gepasseerd. Deze beginselen vormen de grondslagen van het staats- en bestuursrecht. In deze week worden ze nog even in herinnering geroepen.

Vervolgens is er aandacht voor de meest fundamentele, algemene codificaties van het vakgebied, die hoezeer ook verschillend van inhoud en karakter een beeld geven van het staats- en bestuursrecht. Het gaat om (in hiërarchische volgorde van hoog naar laag): het Statuut van het Koninkrijk der Nederlanden, de Grondwet en de Algemene wet bestuursrecht. Vanwege haar grote belang wordt de Grondwet echter het eerst besproken.

Ten slotte komen kenmerken en grondslagen van het vakgebied nader aan bod. Een van de belangrijkste kenmerken, waarin het staats- en bestuursrecht zich onderscheidt van vakgebieden zoals het privaatrecht en het strafrecht, is de zogenaamde 'gelede normstelling': het fenomeen dat de normstelling plaatsvindt via een getrapt opgebouwde keten van overheidsbesluiten.

Overheidsbesluiten worden genomen ter sturing van de samenleving. De vraag die de laatste jaren vaak wordt gesteld is die naar het vermogen van de overheid om daadwerkelijk richting te geven aan (ontwikkelingen in) de samenleving. Er wordt wel gesproken over de noodzaak tot herstel van 'het primaat van de politiek'. Wat hiermee bedoeld wordt en hoe dit past binnen de beginselen van de democratische rechtsstaat is de laatste kwestie die in dit eerste hoofdstuk aan bod komt.

Leerdoelen, literatuur en jurisprudentie

- a. de aard van het staats- en bestuursrecht
Hoofdzaken, hoofdstuk 1; S&B § 1.1.2
- b. de kernregelingen van het staats- en bestuursrecht: de Algemene wet bestuursrecht, de Grondwet en het Statuut
S&B § 1.1.3
- c. kenmerken en grondslagen van het staats- en bestuursrecht
Hoofdzaken, hoofdstukken 1 en 2, m.u.v. § 2.5; S&B § 1.1.4 t/m 1.1.6

Aanbevolen literatuur: BKVW, hoofdstukken 1 en 3

1.1.2 Wat is staats- en bestuursrecht?

In het vak Grondslagen publiekrecht is aan de hand van het boek 'Beginselen van de democratische rechtsstaat' een beeld geschetst van het staats- en bestuursrecht. Daarbij werd geen onderscheid gemaakt tussen beide vakgebieden. Vanuit het perspectief van de beginselen was dat ook niet nodig; de behandelde beginselen van rechtsstaat en democratie liggen zowel aan het staatsrecht als het bestuursrecht ten grondslag. Dat wil echter niet zeggen dat een onderscheid niet mogelijk is. Zo wordt in Hoofdzaken in de paragrafen 1.2 en 1.3 duidelijk gemaakt waar het bestuursrecht zich mee bezig houdt: de organisatie van het bestuur, de bevoegdheden, de normering, de handhaving en de rechtsbescherming. In handboeken staatsrecht vinden we omschrijvingen van het staatsrecht waaruit al enige overlap blijkt met het bestuursrecht. Zo schrijft Kortmann dat het staatsrecht het primaire recht is dat de betrekkingen binnen de overheid en de betrekkingen van de overheid met de burger regelt. Bovendien geeft het regels voor de totstandkoming, gelding en handhaving van de overige rechtsnormen.¹ Donner spreekt over staatsrecht als 'grondslagenrecht'. Hij is van oordeel dat voor bestuursrecht en bestuur het staatsrecht wel in het bijzonder grondslagenrecht is. Bij wijze van voorbeeld noemt hij een drietal punten:

1. De inrichting van de toppen van het bestuur (rijks-, provinciaal en gemeentelijk) wordt in beginsel door het staatsrecht geregeld.
2. Het beginsel van de heerschappij van de wet, kern van de eis van rechtmatig bestuur, is in het staatsrecht verankerd, het meest concreet in art. 89 Gw, maar ook in tal van andere bepalingen (grondrechtsartikelen).
3. De onderwerping van het bestuur op elk niveau aan door de politieke toppen vast te stellen begrotingen is van staatsrechtelijke aard.²

Als we het voorgaande nog wat nader uitwerken, dan kan allereerst worden ge-

1. C.A.J.M. Kortmann, Constitutioneel recht, 4e druk, Deventer: Kluwer 2001, p. 5-6.

2. A.M. Donner, Nederlands bestuursrecht, Algemeen deel, 5e druk, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1987, p. 58.

1.1 Aard, grondslagen en kenmerken van het staats- en bestuursrecht

constateerd dat staatsrecht organisatierecht bevat; het regelt de bevoegdheden en de onderlinge verhoudingen binnen de overheid. Het gaat daarbij in de woorden van Donner om de 'toppen van het bestuur', maar ook om de rechtsprekende organisatie (hoofdstuk 6 Gw) en de wetgever, mede in relatie tot het bestuur (hoofdstuk 5 Gw). Bij dat laatste kan ook gedacht worden aan de werking van de ministeriële verantwoordelijkheid en de vertrouwensregel.

Het staatsrecht bevat ook de primaire regels voor de verhouding tussen overheid en burger. De grondrechten springen daarbij allereerst in het oog (hoofdstuk 1 Gw), maar ook het legaliteitsbeginsel en regels omtrent openbaarheid (art. 110 Gw).

Dat het staatsrecht daarnaast ook nog de grondslag geeft voor het overige recht binnen de statelijke orde, blijkt onder andere hieruit dat de Grondwet de inrichting, het functioneren en de positie van de wetgever regelt. Het staatsrecht regelt aldus welke organen bijvoorbeeld strafrecht, bestuursrecht en privaatrecht tot stand mogen brengen. Meer specifiek kan dat worden afgeleid uit art. 89 Gw als het gaat om voorschriften door straffen te handhaven en uit art. 107 (het zogenaamde codificatieartikel), maar ook los van deze bepalingen biedt de Grondwet – met name door de regeling van de positie van de wetgever – de basis voor gelding van het overige recht binnen de Nederlandse staat.

Hoewel er dus wel enig onderscheid valt aan te brengen, gaat het hier in zekere zin om 'distinctions without a difference'; er zijn geen rechtsgevolgen verbonden aan het onderscheid. Uit didactisch oogpunt is er veel voor te zeggen om het staats- en bestuursrecht gezamenlijk te behandelen. Naast het feit dat de grondslagen van het staats- en bestuursrecht gelijk zijn, is het opvallend dat in regelgeving 'grensoverschrijdingen' steeds meer voorkomen. Zo zijn klassieke staatsrechtelijke vraagstukken als delegatie en mandaat tevens opgenomen in de Awb (titel 10.1), alsmede het evenzeer staatsrechtelijke onderwerp 'toezicht op bestuursorganen' (titel 10.2).

Er is dus alle reden om het staats- en bestuursrecht als één samenhangend rechtsgebied te behandelen.

1.1.3 Kernregelingen

1.1.3.1 Inleiding

Het terrein van het staats- en bestuursrecht wordt bestreken door tal van bijzondere wetten en regels. Er zijn echter drie nationale regelingen die tot de kern van het vakgebied moeten worden gerekend. Zij gelden als belangrijk referentiepunt voor nadere regelgeving en besluitvorming op het vakgebied. Het gaat om de Grondwet, het Statuut en de Algemene wet bestuursrecht. Zij worden in hoofdlijnen besproken.

1.1.3.2 Grondwet

De Grondwet is uit didactisch oogpunt een wangedrocht. Terwijl vrijwel iedere wet begint met een verklarende woordenlijst,³ valt de Grondwet meteen met de deur in huis door in hoofdstuk 1 te beginnen met een van de lastigste onderwerpen, te weten de grondrechten. Deze materie is eerst te begrijpen als de overige hoofdstukken grondig zijn bestudeerd. Voorts staat de Grondwet bol van de onduidelijke termen en concepties. Zo werken algemene maatregelen van bestuur niet altijd algemeen, zijn koninklijke besluiten geen besluiten van de Koning en wordt met het begrip 'Koning' niet steeds de persoon van de Koning bedoeld. Achter het op het oog simpele zelfstandig naamwoord 'regels' blijkt een duistere wereld van al dan niet specifieke delegatiemogelijkheden schuil te gaan. Aangezien, zoals gezegd, een verklarende woordenlijst ontbreekt, dient zich veelvuldig de vraag aan hoe de Grondwet dient te worden geïnterpreteerd. Voor dat we tot een beantwoording van die vraag komen, moet eerst iets worden gezegd over karakter en functie van de Nederlandse Grondwet.

Karakter van de Grondwet

Recentelijk heeft de commissie-Franken nog een schets gegeven van het karakter van de huidige Grondwet, tegen de achtergrond van de vraag of de Grondwet aanpassing behoeft in het licht van het digitale tijdperk. De algemene beschouwingen van de commissie ter zake geven de communis opinio goed weer.⁴

De commissie wijst allereerst op het *sobere karakter* van de Grondwet. De Grondwet dient als basisdocument van ons staatsbestel alleen de essentialia daarvan te bevatten. Wanneer men alle waarden die op een zeker moment belangrijk worden geacht tot constitutionele rechten zou verheffen, zou dat leiden tot trivialisering van de constitutie. Evenzeer kenmerkend voor de Grondwet is dat zij uitgaat van een *open systeem*. De Grondwet bevat geen volledige en uitputtende regeling van de staatsorganisatie. Ze biedt een kader waarbinnen veranderingen in de maatschappelijke omstandigheden en de opvattingen die daartoe tement worden gekoesterd, via wetgeving en andere overheidsactiviteiten kunnen worden afgewikkeld. Voorts valt te wijzen op het *codificerende karakter* van de Grondwet. Donner wees er al op dat de Grondwet geen program voor de toekomst bevat, maar dat daarin sprake is 'van het in steen beitelen' van strijdpunten in de gemeenschap die beslecht zijn. 'Zij zal in de veranderende samenleving een vast oriëntatiepunt dienen te zijn,' aldus Donner.⁵ In dat licht bezien komt de commissie-Franken tot het oordeel dat het bij aanpassingen van de Grondwet in principe slechts om zaken kan gaan die het gevolg zijn van ontwikkelingen die reeds in bestaande wetten of andere besluiten met voldoende

3. Zie nr. 121 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

4. Commissie-Franken, Grondrechten in het digitale tijdperk, Den Haag 2000, p. 46 e.v.

5. J.P.H. Donner, Grondwet en constitutie in de toekomst, in: Gelet op de Grondwet, Deventer: Kluwer 1998, p. 9 e.v.

1.1 Aard, grondslagen en kenmerken van het staats- en bestuursrecht

maatschappelijk draagvlak verankerd zijn. 'Het moet – anders gezegd – gaan om zaken die voldoende constitutionele rijpheid vertonen,' aldus de commissie.

Niet onvermeld mag blijven dat deze karakterschets van de Nederlandse Grondwet nog mede wordt bepaald door twee andere kenmerken, te weten haar *geringe veranderbaarheid*, maar vooral door het *verbod van rechterlijke toetsing van de wet aan de Grondwet*. Met name dit laatste is van doorslaggevende betekenis voor de juridische status en functie van de Grondwet in het Nederlandse staatsbestel. In landen waarin 'constitutionele toetsing' wel is toegestaan, bestaat er in het algemeen ook veel meer duidelijkheid omtrent status en functie van de daar vigerende grondwet.

Functies van de Grondwet

Wat is dan wel de functie van de Nederlandse Grondwet? De regering kwam in haar Nota inzake het grondwetsherzieningsbeleid niet veel verder dan: 'De Grondwet bevat regels ter waarborging en bevordering van de vrijheid en het welzijn van de burgers en legt de voornaamste elementen en fasen van de politieke wils- en besluitvorming vast.'⁶ Ondanks alle eenvoud biedt deze formulering weinig helderheid, bijvoorbeeld niet in discussies over de wenselijkheid dan wel noodzaak tot grondwetsherziening. Dit bleek de afgelopen jaren, waarin aan de lopende band voorstellen tot grondwetsherziening werden gepresenteerd, waarbij – als er al een argumentatie werd gegeven bij de afzonderlijke voorstellen – geen sprake was van een eenduidige visie op de gewenste inhoud van de Grondwet.⁷ Nu is dit om meerdere redenen ook vrij lastig. Zo moge de Grondwetsidee vrij hardnekkig en dus succesvol zijn, Van der Tang heeft in zijn dissertatie treffend aangetoond dat er door de eeuwen heen, door verschillende landen toch ook een wisselende inhoud aan is gegeven. Zulks geldt ook voor Nederland. Er wordt wel vaak gezegd dat de Nederlandse Grondwet vooral een *registratiefunctie* heeft, maar er zijn toch momenten in het staatkundige leven aan te duiden waarin de Grondwet nieuwe, nog niet beproefde wegen aangaf, met andere woorden een *blauwdrukfunctie* vervulde. Daarbij kan in het bijzonder worden gedacht aan 1814 (nieuwe staatsinrichting), 1848 (ministeriële verantwoordelijkheid en decentralisatie), 1917 (kiesrecht) en wellicht toch ook aan 1983 op het stuk van de grondrechten.

Als we ons richten op de registratiefunctie, dan valt op dat de Grondwet vele lacunes vertoont. Zo ontbreekt de vertrouwensregel, is de EG/EU afwezig en kent de Grondwet geen (bepalingen inzake) zelfstandige bestuursorganen. Vanuit de registratiefunctie bezien is dit op zijn minst opvallend en slechts dan niet problematisch als men deze fenomenen niet tot de essentialia van het staatkundige leven rekent.

Een lacuneuze Grondwet wordt extra problematisch indien men aan de

6. Kamerstukken II 1973/74, 12 944, nr. 2, p. 2.

7. H.R.B.M. Kummeling en T. Zwart, Constitutioneel lapwerk: over de lotgevallen van voorstellen tot grondwetsherziening in de periode 1997 tot 2000, in: De aard van grondwetsherzieningen, Publikaties van de staatsrechtkring, nr. 19, Deventer: 2001, p. 36-37.

Grondwet een zekere *didactische functie* zou toekennen. Er zijn auteurs die dit de Grondwet toewensen,⁸ maar het feit dat noties als ‘rechtsstaat’ en ‘democratie’ in de Grondwet ontbreken en het ervaringsfeit dat buitenlandse en binnenlandse studenten vooral de (op het eerste gezicht onbegrijpelijke) bepalingen over de monarchie in het oog springen, maken duidelijk dat voor zover de Grondwet al een didactische functie heeft, zij deze slechts in zeer bescheiden mate waar maakt.

Een ontwikkeling die (vooralsnog) helemaal aan de Nederlandse Grondwet voorbij lijkt te gaan, is de internationale tendens naar supraconstitutionaleiteit, waarmee de praktijk wordt bedoeld waarbij bepaalde bestanddelen van de Grondwet door de grondwetgever onaantastbaar worden verklaard, dat wil zeggen niet vatbaar voor grondwetsherziening of voor aantasting in het kader van overdracht van nationaal-statelijke bevoegdheden.⁹ Van dit fenomeen zijn inmiddels vele voorbeelden te geven, maar het meest sprekende blijft toch art. 23 van de Duitse Grundgesetz, waarin wordt verwezen naar de beginselen van de democratische rechtsstaat. ‘Zur Verwirklichung eines vereinten Europas wirkt die Bundesrepublik Deutschland bei der Entwicklung der Europäischen Union mit, die demokratischen, rechtsstaatlichen, sozialen und föderativen Grundsätzen und dem Grundsatz der Subsidiarität verpflichtet ist und einen diesem Grundgesetz im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleistet.’

In dit verband zou men wel kunnen spreken van een *beschermingsfunctie* van de nationale Grondwet met betrekking tot nationale verworvenheden waar het betreft de inrichting van staatsbestel en samenleving, alsmede de rechten van burgers.¹⁰

Status en interpretatie van de Grondwet

Gelet op het voorgaande kan men zich afvragen wat nu de status is van de Grondwet in het staatsbestel en hoe zij dient te worden geïnterpreteerd.

Over de juridische status, het normatieve karakter van de Grondwet is discussie mogelijk. Terwijl in andere landen de Grondwet als een soort juridische bijbel wordt gehanteerd met de bijbehorende exegese, is dat in Nederland in veel minder sterke mate het geval. In Duitsland is men bijvoorbeeld geneigd om bij ieder juridisch probleem de Grundgesetz te raadplegen. En als de tekst daarvan niet meteen een oplossing biedt, is er nog het Bundesverfassungsgericht dat al interpreterend en zoekend naar de achterliggende waarden en beginselen die in de Grundgesetz zijn vervat, toch de grondwet bepalend laat zijn voor geschillen. In Nederland hebben we geen rechterlijke instantie die speciaal belast is

8. Bijv. W. Duk, Tien geboden voor grondwetgevers, NJB 1998, p. 208. Om precies te zijn: gebod

9. J.M. de Meij, Een onwaarschijnlijke en onbegrijpelijke Grondwet, NJB 1998, p. 210 e.v.

9. G.F.M. van der Tang geeft daarvan een boeiende schets in zijn ‘Formele en materiële constitutie: de Grondwet als basiswet’, in: De aard van grondwetsherzieningen, Publikaties van de staatsrechtkring, nr. 19, Deventer: 2001, p. 66 e.v.

10. Zie ook H.R. van Gunsteren, De effectieve bescherming van (groepen van) burgers als voornaamste functie van de Grondwet in een internationale context, NJB 1998, p. 204.

1.1 Aard, grondslagen en kenmerken van het staats- en bestuursrecht

met de uitleg van de Grondwet. Het is niet onze traditie om op 'de Duitse manier' met de Grondwet om te gaan.

De Grondwet is zeker normerend, maar met name de wetgever – gesouffleerd door departementale ambtenaren – is sterk geneigd om de Grondwet restrictief uit te leggen, met andere woorden om er niet te veel in te lezen. Dat betreft vooral het praktisch functioneren van de wetgever; voorkomen dat de totstandkoming van nieuwe wetgeving belemmerd wordt wegens strijd met de Grondwet. Dat heeft ook als belangrijk voordeel dat zo'n Grondwet – zeker als gevolg van de zware wijzigingsprocedure – niet al te snel gaat functioneren als hinderpaal voor allerlei gewenste politieke/maatschappelijke ontwikkelingen. Neem bijvoorbeeld art. 106 van de Grondwet. Bij louter grammaticale interpretatie – zoals sommigen ook wel voorstonden – zou deze bepaling als hinderpaal kunnen worden gezien voor de invoering van de euro (bij verdrag). Raadpleging van de parlementaire stukken leert echter anders; invoering van een andere munteenheid dan de gulden is mogelijk als de wetgever daarop maar zijn consent geeft. Hiermee is ook het startpunt aangegeven van iedere grondwetsinterpretatie in Nederland; gegeven de tekst uitgaan van de bedoeling van de grondwetgever. Met andere woorden: de historisch-grammaticale methode staat bij de interpretatie van de Grondwet voorop. Pas als men er op die manier niet uit komt, worden ook de andere bekende interpretatiemethoden in stelling gebracht.

In het algemeen dient men de Grondwet restrictief te interpreteren. Ze laat veel ruimte voor nieuwe ontwikkelingen en moet niet te snel als hinderpaal worden gezien. De Grondwet kent, zoals al eerder is geconstateerd, een relatief open normenstelsel.

1.1.3.3 Statuut

Het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden is van hoger orde dan de Grondwet. Was de Grondwet al een lastig te lezen staatsstuk, bij het Statuut is dat nog een slag erger. Dat heeft alles te maken met de bijzondere totstandkomingsgeschiedenis, maar ook met het complexe, onevenwichtige geheel van landen dat het Statuut beoogt samen te smeden. De kernpunten van het Statuut komen aan bod in het navolgende.

A.K. Koekoek (red.), *De Grondwet, Een systematisch en artikelsgewijs commentaar, derde druk, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 28-30*

18 De Grondwet en het Statuut voor het Koninkrijk

Hoofdstuk XIV van de Grondwet van 1948 legde de basis voor een nieuwe rechtsorde voor Nederland, Indonesië, Suriname en de Nederlandse Antillen. Na de soevereiniteitsoverdracht aan Indonesië op 27 december 1949 kon de nieuwe rechtsorde alleen totstandkomen voor het Koninkrijk dat toen nog bestond uit Nederland, Suriname en de Nederlandse Antillen. Volgens art. 218 van de Grondwet van 1953 was daarvoor de vrijwillige aanvaarding

langs democratische weg in elk der landen nodig. Afwijking van de Grondwet was mogelijk mits de daartoe strekkende wet werd aangenomen met tenminste een tweederde meerderheid in beide kamers der Staten-Generaal. Na aanvaarding van het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden op de voorgeschreven wijze en bevestiging ervan door koningin Juliana kon het Statuut op 29 december 1954 worden afgekondigd en in werking treden. De statutaire band met Suriname is met ingang van 25 november 1975 beëindigd. Per 1 januari 1986 is Aruba een afzonderlijk land binnen het Koninkrijk geworden 'voor een overgangperiode naar onafhankelijkheid'. Deze woorden zijn in 1995 geschrapt,⁴⁴ zodat thans ook Aruba voor onbepaalde tijd deel uitmaakt van het Koninkrijk.

Wat is de betekenis van Statuut en Grondwet voor de staatsvorm van het Koninkrijk? Voor de beantwoording van deze vraag vormen de kenmerken van het federale model een goed uitgangspunt.

De *grondslag* van het Koninkrijk is het Statuut, dat op verschillende plaatsen naar de Grondwet verwijst. Het Koninkrijk heeft dus twee fundamentele wetten, zij het niet van gelijke rang, want de Grondwet moet de bepalingen van het Statuut in acht nemen (art. 5, tweede lid, Statuut). Wat er moet gebeuren bij strijd van de Grondwet met het Statuut is niet geregeld, al biedt art. 49 van het Statuut daartoe wel de mogelijkheid.

Het Koninkrijk heeft eigen *Koninkrijksorganen*, namelijk de Koning (art. 2 Statuut) en de Gouverneur als vertegenwoordiger van de regering van het Koninkrijk in de Nederlandse Antillen en Aruba (art. 2, tweede lid, Statuut), de raad van ministers van het Koninkrijk (art. 7 Statuut), de wetgever van het Koninkrijk (art. 4, tweede lid, Statuut), de Raad van State van het Koninkrijk (art. 13 Statuut) en de Hoge Raad der Nederlanden (art. 23 Statuut).⁴⁵ Voor de verdere regeling van de in het Statuut genoemde organen van het Koninkrijk en de uitoefening van de koninklijke en de wetgevende macht in aangelegenheden van het Koninkrijk verwijst art. 5, eerste lid, van het Statuut naar de Grondwet.

Het bijzondere van de Koninkrijksorganen, met uitzondering van de Koning, is dat zij bestaan uit Nederlandse organen, aangevuld met vertegenwoordigers uit de Nederlandse Antillen en Aruba. De raad van ministers van het Koninkrijk is samengesteld uit de Nederlandse ministers en de beide Gevolmachtigde Ministers van de Nederlandse Antillen en Aruba. Bij de behandeling van voorstellen van rijkswet door de Staten-Generaal kunnen de staten van de landen overzee verslag uitbrengen en afgevaardigden aanwijzen voor de mondelinge behandeling in de Staten-Generaal. Ook de Gevolmachtigde Ministers kunnen deelnemen aan de mondelinge behandeling (art. 16 en 17 Statuut). De Koning kan in de Raad van State van het Koninkrijk met instemming van de regering van de Nederlandse Antillen of Aruba een lid benoemen (art. 13 Statuut). Artikel 23, tweede lid, van het Statuut voorziet in de mogelijkheid dat op grond van een rijkswet een lid aan de Hoge Raad wordt toegevoegd.

De *bevoegdheidsverdeling* tussen Koninkrijk en landen volgt het systeem van een lijst met aangelegenheden van het Koninkrijk in art. 3 van het Statuut, aangevuld met elders in het Statuut als zodanig aangeduide onderwerpen, bijvoorbeeld het waarborgen van de fundamentele menselijke rechten en vrijheden, de rechtszekerheid en de deugdelijkheid van het bestuur (art. 43, tweede lid). De wetgeving in aangelegenheden van het Koninkrijk vindt

44. Rijkswet van 15 december 1994, *Stb.* 1995, 1 (i.w.tr. 1 juli 1995).

45. De toelichting op art. 5 Statuut noemt de Hoge Raad als een der organen van het Koninkrijk.

1.1 Aard, grondslagen en kenmerken van het staats- en bestuursrecht

plaats bij rijkswet of algemene maatregel van rijksbestuur indien de wet of rijks-amvb in een van de landen overzee zal gelden, anders bij Nederlandse wet of amvb (art. 14 Statuut). Daarmee is tevens de *directe binding* van de burgers van de landen door de rijkswetgeving aangegeven. Voor zover het Koninkrijk niet bevoegd is zijn de landen bevoegd.

De voorrang van rijkswetten en algemene maatregelen van rijksbestuur boven wetgeving van de landen is slechts ten dele geregeld. Weliswaar biedt art. 49 Statuut de mogelijkheid bij rijkswet regels te stellen omtrent de verbindendheid van wetgevende maatregelen die in strijd zijn met het Statuut, een rijkswet of een rijks-amvb, maar daarvan is geen gebruik gemaakt. De Hoge Raad heeft in het Harmonisatiewet-arrest uitgesproken dat de rechter de wet niet mag toetsen aan het Statuut.⁴⁶ Het Gemeenschappelijk Hof van de Nederlandse Antillen en Aruba heeft ten aanzien van de vraag of een landsverordening aan het Statuut kan worden getoetst eenzelfde standpunt ingenomen. De voorrang van de Koninkrijkswetgeving ten opzichte van landsverordeningen blijkt wel uit art. 50 Statuut, dat de Koninkrijksregering de bevoegdheid geeft bij strijd met Koninkrijkswetgeving of met het algemeen rijksbelang de landsverordening te vernietigen. Ten aanzien van Nederlandse wetten bestaat deze bevoegdheid niet zolang de Grondwet daarentrent geen regeling ingevolge het tweede lid van art. 50 kent. Het vernietigingsrecht van de Kroon past overigens wel in een gedecentraliseerde eenheidsstaat, maar niet in een federale structuur.

Ook andere elementen van een federale staatsvorm zijn aanwezig. De *landen* hebben hun eigen trias politica in de zin van met wetgeving, bestuur en rechtspraak belaste organen. De vertegenwoordiging van de landen overzee op Koninkrijksniveau is evenwel gebrekkig. Er is geen Koninkrijksparlement met leden uit de Nederlandse Antillen en Aruba. Bijzondere gedelegeerden uit de landen overzee hebben wel toegang tot de Staten-Generaal, maar daarin geen stemrecht. Voor wijziging van het Statuut is medewerking van elk van de landen nodig. Als de wijziging van het Statuut afwijkt van de Grondwet, geldt een lichtere procedure dan bij grondwetswijziging, omdat in tweede lezing een gewone meerderheid voldoende is (art. 55 Statuut). Wijziging van de Grondwet betreffende aangelegenheden van het Koninkrijk geschiedt bij rijkswet, bij de vaststelling waarvan de staten van de landen in de West betrokken zijn (art. 5, derde lid, Statuut). Andere wijzigingen van de Grondwet, die de Nederlandse Antillen of Aruba raken, worden in de rijksministerraad behandeld (art. 45 Statuut).

1.1.3.4 Algemene wet bestuursrecht

De Algemene wet bestuursrecht is van een aanmerkelijk jongere datum dan Statuut en Grondwet. Uit het oogpunt van begrijpelijkheid heeft dat bepaalde voordelen. Voor een goed begrip van de Awb volstaat echter niet het louter lezen van de afzonderlijke bepalingen. De Awb kent een bijzondere structuur, die men in de vingers moet hebben voordat men met de normstelling uit de Awb kan werken. Voor een begrip van de betekenis van de Awb in relatie tot andere regelge-

46. HR 14 april 1989, NJ 1989, 469, m.nt. MS; AB 1989, 207, m.nt. FHvdB; AA 1989, p. 578, m.nt. Hirsch Ballin.

ving dient men iets te weten van de bedoelingen van de wetgever met de Awb. Een en ander wordt uit de doeken gedaan in Hoofdzaken, § 2.4.

1.1.4 Gelede normstelling

De normstelling in de regelgeving¹¹ op het gebied van het strafrecht en het privaatrecht bevindt zich in veel gevallen slechts op één niveau, namelijk in de desbetreffende algemene wetboeken. In het staats- en bestuursrecht is dat eerder uitzondering. Ook dit vakgebied kent algemene wetten (zie hiervoor), maar de uiteindelijke norm waaraan een burger is gebonden, bevindt zich veelal aan het eindpunt van een hele keten van regels en besluiten. Dit fenomeen van de zogenaamde 'gelede normstelling' wordt nader besproken in Hoofdzaken, § 2.3.

1.1.5 Grondslagen

1.1.5.1 Inleiding

Bij het vak Grondslagen Publiekrecht is al uitgebreid aandacht gevraagd voor de beginselen van de democratische rechtsstaat die ten grondslag liggen aan overheidsoptreden én waaraan overheidsoptreden kan worden getoetst. Zoals bekend zijn de grondslagen van het staats- en bestuursrecht gelegen in de democratische rechtsstaat.

Het concept van de democratische rechtsstaat heeft zich in de loop van de achttiende tot en met de twintigste eeuw ontwikkeld. De historische ontwikkeling is beschreven door Burkens, Kummeling, Vermeulen en Widdershoven in hun boek *Beginselen van de democratische rechtsstaat*. Naar hun studie wordt hier verwezen. Daarbij aanhakend, zijn er aan de ene kant inrichtingseisen te onderscheiden die inherent zijn aan de idee van de 'rechtsstaat', aan de andere kant inrichtingseisen die behoren tot de idee van de 'democratie'. Beide soorten inrichtingseisen worden hier geschetst.

1.1.5.2 Inrichtingseisen voor de rechtsstaat

a. Wetmatigheid- of legaliteitsbeginsel

Beperking van de vrijheid van de burgers moet haar basis vinden in een wet die algemene regels stelt. De algemeenheid van een wet is een waarborg tegen willekeur, vriendjespolitiek en andersoortige ongelijke behandeling. Bevoegdheidsuitoefening door bestuursorganen moet qua grondslag te herleiden zijn tot een wettelijk voorschrift, ja zelfs een formele wet. Hierbij moeten enkele kanttekeningen worden gemaakt.

Een eerste kanttekening is, dat het legaliteitsbeginsel grondwettelijk gezien

11. Vanzelfsprekend zijn er daarbuiten ook nog normen te vinden.

slechts geldt voor het vrijheidsbeperkende optreden van de overheid. Dit vloeit voort uit het systeem van de Grondwet dat strafwetgevende bevoegdheden toekent aan de formele wetgever en aan organen van gemeenten en provincies en niet aan andere organen. Nadrukkelijk eist de Grondwet in art. 89, tweede lid, dat de strafwetgevende bevoegdheid van de regering alleen krachtens de wet plaatsvindt en dat de wet de op te leggen straffen regelt. Van Ommeren pleit ervoor het legaliteitsbeginsel ook inderdaad beperkt op te vatten: verplichtingen, op te vatten als eenzijdig betrokkenen bindende bepalingen, dienen in de wet verankerd te liggen. Voor het niet eenzijdig verplichtende overheidsoptreden kan volgens hem naar alternatieve wegen van bescherming van de burger tegen het openbaar bestuur worden uitgekeken. Die alternatieven zijn onder andere gelegen in het consistentiebeginsel, de zelfbinding van bestuursorganen, de opvatting dat ook uit beleidsregels subjectieve rechten kunnen voortvloeien, en uit de inhoudelijke beoordeling van deze subjectieve rechten door de rechter.¹² In andere literatuur vindt men de heersende andere overtuiging verwoord, dat het legaliteitsbeginsel zich ook zou dienen uit te strekken over subsidies en andere publiekrechtelijke besluiten die aanspraken verlenen, in ieder geval dan wanneer met behulp van bijbehorende voorschriften en voorwaarden het handelen van justitiabelen wordt ingeperkt. Inderdaad is de wetgever er toe overgegaan veel subsidieregelingen te gieten in de vorm van formele wetgeving, een voorbeeld dat ook door lagere overheden is nagevolgd in de vorm van subsidieverordeningen. In de derde tranche van de Awb is deze normatieve ontwikkeling gecodificeerd. In art. 4:23 Awb is bepaald, dat subsidies slechts mogen worden verstrekt op basis van een wettelijk voorschrift, behoudens enkele uitzonderingen.

Een tweede kanttekening bij het legaliteitsbeginsel is, dat ook het Europese recht in staat is een grondslag voor bevoegdheidsuitoefening te scheppen.

b. Spreiding van bevoegdheden

Machtsopieenhoping in het centrum van een samenleving bij een enkel bestuursorgaan corrumpeert. Dit kan voorkomen worden door enerzijds binnen openbare lichamen bevoegdheden te spreiden over verschillende organen. In heel veel wetten ziet men, dat bevoegdheden zijn gespreid over vertegenwoordigende lichamen, de dagelijkse besturen en de voorzitter ervan. Zo zijn de op gemeentelijk niveau bestaande bevoegdheden hetzij toebedeeld aan de gemeenteraad, hetzij aan het college van burgemeester en wethouders, hetzij aan de burgemeester. Eenzelfde vorm van spreiding van bevoegdheden komt men tegen op rijksniveau, op provinciaal niveau en bij andere openbare lichamen. Zelfs kunnen binnen openbare lichamen nog andere bestuursorganen in het leven worden geroepen (zelfstandige bestuursorganen). Men kan hier spreken van een 'horizontale spreiding' van bevoegdheden.

Naast de hiervoor aangeduide horizontale variant van spreiding van bevoegdheden moet gewezen worden op de 'verticale spreiding' van bevoegdheden.

12. F.J. van Ommeren, *De verplichting verankerd* (diss.), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

Daarmee bedoelen we de spreiding van overheidsmacht over verschillende openbare lichamen, hetzij territoriale lichamen als rijk, provincies en gemeenten, hetzij functionele lichamen als bedrijfschappen, de orde van advocaten, kamers van koophandel, universiteiten en dergelijke. Het gaat hier om decentralisatie: macht wordt gespreid over personen en colleges die niet hiërarchisch ondergeschikt zijn aan het hogere niveau en die daarom een zekere mate van zelfstandigheid bezitten.

Spreiding van macht zegt nog niets over de mate van spreiding van bevoegdheden. Teneinde daarop een antwoord te vinden, kunnen bepaalde beginselen behulpzaam zijn. Als voorbeeld wordt hier genoemd het ‘subsidiariteitsbeginsel’ (dat trouwens de laatste jaren een revival in het kader van de Europese integratie beleeft). Overheidsbevoegdheden dienen in beginsel op een zo laag mogelijk niveau binnen een staat te worden uitgeoefend. Slechts indien een lager overheidsniveau de overheidstaak niet adequaat kan uitoefenen, is een hoger lichaam gerechtigd de taak naar zich toe te trekken. Er wordt in dit verband ook wel gesproken van het decentralisatiebeginsel.

c. Bescherming door grondrechten

De klassieke grondrechten omvatten de vrijheidsrechten en het gelijkheidsbeginsel. Zij zijn, althans aspecten daarvan, in art. 1 tot en met 17 Grondwet gecodificeerd en gelden overigens ook krachtens hier te lande bindende internationale verdragen. De in de tijd gezien jongste loten aan de grondrechtelijke stam zijn de sociale grondrechten. Het gaat er niet alleen om de vrijheid te waarborgen, maar ook om, vooral voor sociaal zwakkeren, de condities te scheppen waarin de mens in vrijheid kan leven.

d. Gebondenheid van de overheid aan het recht

Ook voor de overheid geldt het primaat van het recht. Het primaat van het recht verdringt in toenemende mate zelfs het primaat van de politiek, omdat zelfs het parlement soms moet inbinden vanwege mogelijke strijd van een wettelijke maatregel met internationaal recht. Nationale bestuursorganen zijn ingesponnen in een web van geschreven en ongeschreven regels van bestuursrecht. Zij zijn ten dele in staat zelf recht te scheppen op basis van publiekrechtelijke bevoegdheden. Hebben zij dat recht eenmaal zelf geschapen, dan hebben ook zij zich er aan te houden. Wel bestaat vaak de mogelijkheid bepaalde besluiten weer in te trekken, maar veelal stellen regels van (on)geschreven recht daaraan toch wel enige beperkingen.

e. Geweldsmonopolie van de overheid en zorgplicht tot rechtshandhaving

Recht moet kunnen worden gehandhaafd als daartegen wordt ‘gezondigd’. De overheid moet zorgen, dat er in de samenleving juridische handhavingsmiddelen bestaan. Zij verschaft via een stelsel van statelijke rechtspraak aan particulieren zelf de mogelijkheid om rechten af te dwingen. Afdwingen van het publieke recht is in beginsel een taak van de overheid. Daarvoor zijn het strafrecht en de strafrechtspraak in het leven geroepen, maar ook zijn met dit doel allerlei bestuurs-

1.1 Aard, grondslagen en kenmerken van het staats- en bestuursrecht

rechtelijke handhavinginstrumenten (bestuursdwang, last onder dwangsom, bestuurlijke boete en dergelijke) geschapen. Aangenomen moet worden, dat er op de overheid in beginsel een plicht tot handhaving rust. Om opportuniteitsredenen mag in sommige gevallen de overheid van die verplichting ontheven worden geacht, te meer daar op het bestuur ook een plicht tot het afwegen van belangen rust (art. 3:4 Awb; zie hoofdstuk 3.2 van dit boek). Tenslotte is een kenmerk van de rechtsstaat, dat het geweldsmonopolie bij de overheid berust. In het kader van de handhaving zal de overheid daarvan soms gebruik moeten maken, doch wel met mate.

f. Controle door de onafhankelijke rechter

Het primaat van het recht kan niet worden waargemaakt, als uitsluitend bestuursorganen over de toepassing en de handhaving van rechtsregels zouden kunnen beslissen. Noodzakelijk in elke rechtsstaat is daarom de mogelijkheid van controle door een onafhankelijke rechter. De groei van de rechtsstaat is nauw verbonden met de mogelijkheid van de burger in geschillen met de overheid de rechter te vragen om een bindende uitspraak in een geschil te doen. Met de intrekking van het Conflictenbesluit in 1844 is die mogelijkheid definitief vast komen te staan. De rechter beoordeelt het geschil uitsluitend tegen de achtergrond van het recht en is daarmee degene die het laatste woord over de toepasselijkheid van het recht kan uitspreken. Om redenen van vergroting van de rechtsbescherming en om doelmatigheidsredenen is er naast de burgerlijke rechtspraak en de strafrechtspraak een uitgebreid stelsel van bestuursrechtspraak gevormd, waarin in het bijzonder geschillen met de overheid worden beslecht.

1.1.5.3 Inrichtingseisen voor de democratie

Naast de idee van de rechtsstaat vormt de idee van de democratie het tweede watermerk van ons overheidsbestuur. Ook de idee van de democratie behelst enkele specifieke normatieve inrichtingseisen.

g. Politieke representativiteit

Het hoogste politieke gezag binnen de staat en binnen lagere rechtsgemeenschappen berust bij vertegenwoordigende lichamen die op basis van algemene verkiezingen tot stand gekomen zijn. Men spreekt ook wel van het politieke primaat om aan te geven, dat het hoogste politieke gezag dé aangewezen instantie is om de belangrijke beleidsbeslissingen in de vorm van algemene regels of de belangrijkste incidentele beslissingen te nemen. Belangrijke discussies over de koers van de samenleving vinden plaats in vergaderingen van vertegenwoordigende colleges. De politieke verslaggeving van pers en andere media betreft veelal wat uiteindelijk de meerderheid van het parlement zal beslissen.

h. Politieke verantwoording

Een tweede inrichtingseis hangt met de eerstgenoemde samen. Andere bestuursorganen dienen zich in hun functioneren meer of minder politiek afhankelijk te

weten van de vertegenwoordigende colleges. Men spreekt hier van het beginsel van de politieke verantwoordelijkheid. Ministers zijn politiek verantwoordelijk ten opzichte van het parlement. Leden van het college van burgemeester en wethouders en van het college van gedeputeerde staten dienen verantwoording af te leggen aan hun gemeenteraad, respectievelijk hun provinciale staten. Steeds zijn de leden van dagelijkse besturen verplicht rekenschap en verantwoording af te leggen aan representatieve colleges. Vaak zijn het ook die representatieve colleges die (een meerderheid van) de leden van een dagelijks bestuur benoemen en ontslaan. Die politieke verantwoordelijkheid betreft niet slechts het functioneren van de ambtsdragers zelf, maar ook het functioneren van de onder hun verantwoording werkzaam zijnde ambtenaren of andere werknemers. Het zijn ook de vertegenwoordigende colleges die eigen bevoegdheden hebben ter controle.

i. Toezicht en controle

Overheidsbestuur moet gecontroleerd kunnen worden. Wezenlijk is, dat toezicht en controle adequaat geschieden. Daar overheidsbestuur diverse dimensies kent, is het noodzakelijk dat bij de keuze van controle-organen en -instrumenten rekening wordt gehouden met die dimensies. Er zijn minimaal vijf dimensies te onderscheiden.

- De politieke wenselijkheid
Toezicht en controle worden uitgeoefend door vertegenwoordigende lichamen en ander politiek gezag.
- De rechtmatigheid
Toezicht en controle worden uitgeoefend door de rechterlijke macht.
- Financiële rechtmatigheid en doelmatigheid
Toezicht en controle op dit aspect van overheidsbestuur worden uitgeoefend door de Algemene Rekenkamer, comptabelen van het Ministerie van Financiën, accountants, et cetera.
- Bestuurlijke aspecten als onderlinge afstemming, doelmatigheid en dergelijke
Deze vorm van toezicht wordt uitgeoefend door hogere bestuursorganen die daartoe de beschikking hebben over bevoegdheden als goedkeuring, schorsing en vernietiging.
- Behoorlijkheid
Een laatste dimensie is de behoorlijkheid. Afgezien van de meeste gemeenten, alsmede enkele bijzondere terreinen van overheidsbestuur, valt het hele overheidsbestuur onder de behoorlijkheidscontrole van de Nationale ombudsman. Het is een vorm van controle die enerzijds iets weg heeft van rechterlijke controle, doch anderzijds een geheel eigen karakter heeft.

j. Openheid en openbaarheid

Overheidsbestuur is eigenlijk van ons allemaal. Overheid is publiek bezit. Dat uitgangspunt, dat ook in art. 110 Grondwet is neergelegd: de overheid betracht bij de uitvoering van haar taak openbaarheid volgens regels bij de wet te stellen, heeft verschillende dimensies.

1.1 Aard, grondslagen en kenmerken van het staats- en bestuursrecht

- Overheidsbestuur is in beginsel toegankelijk voor ieder die de Nederlandse nationaliteit bezit, terwijl voorts niet-Nederlanders toegang hebben tot het overgrote deel van de ambtelijke en soms ook politieke functies. Anders gezegd: overheidsbestuur is niet voorbehouden aan bepaalde families of mensen uit bepaalde regio's.
- Overheidsbestuur veronderstelt voorts, dat representatieve colleges vergaderen en besluiten in de openbaarheid. Publieke meningsvorming bij het vaststellen van grote, belangrijke besluiten vormt een basisvoorwaarde voor een levende democratie.
- Openbaarheid van overheidsdocumenten is in Nederland pas sinds 1980 in de wet verankerd. Toch ligt dit uitgangspunt voor de hand. Maatschappelijke discussie over overheidsbeleid, een effectieve controle ook door burgers en rechtsbescherming is niet mogelijk zonder kennis van documenten die in overheidsbureaus liggen opgeslagen. Zie verder Hoofdzaken § 2.6.

k. *Inspraak*

In de jaren zestig van de vorige eeuw ontstond er een luide roep om inspraak en medezeggenschap. Op allerlei terreinen van het maatschappelijk leven was deze roep hoorbaar en ook het overheidsbestuur heeft zich niet aan deze roep kunnen onttrekken. Dit uitgangspunt manifesteert zich in allerlei vormen. Het Rijk organiseert ter voorbereiding van belangrijke wetten of andere beleidsbeslissingen vaak een nationale discussie door vooraf een nota of een voorontwerp te publiceren en een maatschappelijk debat daarover te vragen. De afdelingen 3.4 en 3.5 Awb bevatten een codificatie van openbare procedures ter voorbereiding van belangrijke besluiten, welke procedures ten dele ook al in een of andere vorm voordien in wetgeving waren opgenomen. In het verlengde van de jurisprudentie, meer in het bijzonder de toepassing van het zorgvuldigheidsbeginsel, zijn onder andere art. 4:7 en 4:8 Awb inzake het vooraf horen van belanghebbenden opgenomen. Ook de regeling van de advisering in afdeling 3.3 Awb dient ten dele dit belang van communicatie met belanghebbenden. Zie verder hoofdstuk 3.2. De inrichtingseis van inspraak krijgt niet alleen gestalte in procedures bij de voorbereiding van besluiten, maar ook in klachtprocedures en in procedures voor bestuurlijke heroverweging zoals bezwaar en administratief beroep.

1.1.6 Politiek, bestuur en de samenleving

1.1.6.1 *Inleiding*

In de inleiding zijn enkele vragen gesteld over de relatie tussen overheid en samenleving, maar ook over het vermogen van de overheid richting te geven aan (ontwikkelingen in) de samenleving. In een democratie is van belang dat het democratisch gelegitimeerde bestuur, dat wordt gecontroleerd door de gekozen volksvertegenwoordiging, besluiten kan nemen en doorzetten, uiteraard binnen

de grenzen van het recht. Men spreekt in dat verband wel van het primaat van de politiek. Maar wie of wat is dan 'die politiek' en wat houdt dat primaat in? Door de behandeling van deze vraag hopen we ook iets duidelijk te maken over de taakverdeling binnen de overheidsorganisatie.

1.1.6.2 Het primaat van de politiek

Juridisch is 'het primaat van de politiek' bijzonder moeilijk te duiden. Koopmans heeft er al eens op gewezen dat deze uitdrukking van alles kan betekenen en dat degenen die haar bezigen vaak in het vage laten wat zij bedoelen.¹³ Hij bespreekt vervolgens een viertal betekenissen die in de praktijk aan deze uitdrukking worden gegeven:

- aan de politiek, in de zin van politici, komt zeggenschap toe en niet aan ambtenaren;
- de politiek, in de zin van wetgeving en bestuur, bepaalt de koers van de rechtsontwikkeling, althans zij behoort deze te bepalen en niet de rechter;
- de visie van de politiek, in de zin van de nationale autoriteiten, moet prevaleren boven de ideeën van decentraal bestuur, gedeconcentreerde eenheden of geprivatiseerde overheidsondernemingen;
- de politiek, in de zin van de overheid, moet richting geven aan wat er in de samenleving gebeurt.

Koopmans' opsomming van betekenisvariëteiten laat zien dat in de praktijk het begrip 'politiek' buitengewoon diffuus wordt gehanteerd. Er worden vanuit staats- en bestuursrechtelijke optiek steeds verschillende organen en orgaancomplexen mee aangeduid. Daar valt iets meer klaarheid in te brengen.

Politiek bedrijven is doen van gezaghebbende, richtinggevende uitspraken ter behartiging van het algemeen belang voor en uit naam van de samenleving. Met name de in de politicologische literatuur niet altijd voorkomende toevoeging 'algemeen belang' maakt duidelijk dat de rechter op dit terrein niets te zoeken heeft. De zinsnede 'voor en uit naam van de samenleving' geeft aan dat het de organen van de representatieve democratie zijn die tot de politiek geroepen zijn. Op centraal niveau in Nederland gaat het dan om regering en de kamers der Staten-Generaal, al dan niet in het samenwerkingsverband wetgever optredend. Als politici kunnen we de kamerleden en de ministers aanwijzen. De koningin is in het algemeen slechts politica achter gesloten deuren en in het openbaar slechts onder dekking van de ministeriële verantwoordelijkheid.

Politiek is dus voorbehouden aan ambten/organen met een democratische legitimatie, hetzij direct, zoals in het geval van de volksvertegenwoordigers, hetzij indirect, in de zin dat men onder controle staat van, verantwoording schuldig is aan de volksvertegenwoordiging, hetgeen het geval is bij ministers. In een democratie is het duidelijk: politiek kan alleen worden bedreven door ambten die een link hebben met de kiezer. De kiezer die eens in de zoveel tijd de hoofdlij-

13. T. Koopmans, *Het primaat van de politiek*, Redactionele kanttekeningen, RMThemis 1998, p. 97.

1.1 Aard, grondslagen en kenmerken van het staats- en bestuursrecht

nen van de door hem gewenste ontwikkelingen aangeeft en de rest uitbestedt aan politici, die hij periodiek bij verkiezingen kan corrigeren. Bevoegdheidsuitoefening waarmee richting wordt gegeven aan de behartiging van het algemeen belang, hoort thuis bij de organen van het democratische complex, zoals Zijlstra het zou zeggen.¹⁴ Binnen dat democratische complex hebben de ambten, al dan niet samengesteld, verschillende rollen te vervullen, het parlement die van medewetgever en controleur, de regering die van medewetgever en bestuur. Als we met een staatsrechtelijke blik nader kijken naar de bevoegdheidsuitoefening binnen dit democratische complex, dan valt op dat dit inderdaad uitermate complex is en dat 'de politiek' lastig nader te duiden valt. De wetgever heeft een regelgevend primaat, de ministers een bestuursprimaat en in verband met het parlement wordt wel gesproken van een controlerend primaat.¹⁵ Juridisch gezien is 'de politiek' dus steeds een ander ambt(encomplex). Dat komt tegemoet aan de rechtsstatelijke behoefte aan bevoegdheidsverdeling, waarbij ieder ambt in het gareel wordt gehouden door een systeem van checks and balances. Er is geen bezwaar om de ambten van het democratisch complex aan te duiden als 'de politiek', als men zich maar realiseert dat als en zodra het tot bevoegdheidsuitoefening komt juridisch gezien een nadere precisering noodzakelijk is.

Donner heeft de verhouding tussen politiek en bestuur al eens gekenschetst als die van meester-knecht. De politiek bepaalt de richting, het bestuur voert deze uit. De praktijk voldoet al lang niet meer aan dit beeld, als het al ooit zo is geweest, zoals ook Donner erkent.¹⁶ Het bestuur is, zo zou men kunnen zeggen, in vergaande mate verpolitiekt, in de zin dat zij op ruime schaal over discretionaire bevoegdheden ter behartiging van het algemeen belang beschikt. Zolang deze bevoegdheidsuitoefening binnen het democratisch complex plaatsvindt, dus door of namens ministers onder parlementaire controle, is dit staatsrechtelijk niet problematisch. Is er nu sprake van een dermate vergaande symbiose tussen politiek en bestuur, dat er geen reden meer is tot het maken van onderscheid? Staatsrechtelijk bezien is de minister-bestuurder gebonden aan de wetgeving die hij als minister-politicus samen met het parlement tot stand heeft gebracht. De minister is als bestuurder en politicus verantwoording schuldig aan het parlement. Die rollen moeten strikt gescheiden blijven. Is er dan niet toch reden om de minister-bestuurder te zien als een ondergeschikte van de volksvertegenwoordiging, waarbij het politieke primaat zou berusten, zoals in de literatuur wel wordt voorgesteld?¹⁷ Staatsrechtelijk bezien is er louter sprake van

14. S.E. Zijlstra, *Zelfstandige bestuursorganen in een democratische rechtsstaat* (diss.), Den Haag: VUGA, p. 84 e.v.

15. D.J. Elzinga, *Controlerende functie volksvertegenwoordiging versterken*, in: *Volksvertegenwoordigers*, Over het politieke primaat in de volgende eeuw, BMC-reeks, p. 3 e.v.

16. A.M. Donner, *Nederlands bestuursrecht, Algemeen deel*, vijfde herziene druk, Samsom H.D. Tjeenk Willink, Alphen aan den Rijn 1987, p. 144 e.v.

17. I.M.A.M. Pröpper, *Het primaat van de politiek: verdergaande ontluistering of een nieuw gehoor*, *RegelMaat* 1998/1, p. 9-10.

een systeem van bevoegdheidsverdeling en checks and balances, dat enigszins wordt gecompliceerd door de Janus-koppen van de minister en de volksvertegenwoordiging. En hoewel wij leven onder een parlementair stelsel is er geen sprake van een hiërarchische relatie van de volksvertegenwoordiging ten opzichte van de minister. Zo dient het parlement zich verre te houden van de aan het bestuur (onder controle van de rechter) voorbehouden bevoegdheid in individuele gevallen beslissingen te nemen.

Als we de ambten van het democratisch complex aanduiden als 'de politiek', hebben zij dan het primaat, in de zin van de hoogste plaats, het oppergezag in ons staatsbestel? Als we afzien van de internationale verbanden, en alle staatsrechtelijke nuanceringsen die hiervoor met betrekking tot de bevoegdheidsuitoefening zijn aangebracht in het achterhoofd houden, dan luidt het antwoord op deze vraag positief, voorzover het betreft de uitoefening van overheidsbevoegdheden waarmee richting wordt gegeven aan de behartiging van het algemene belang. Ten opzichte van wie of wat is een dergelijke conclusie nu van belang? Ten eerste ten opzichte van de rechter: de ambten kunnen hem wel binden door algemene, richtinggevendende wetten, maar ze mogen hem niet voor de voeten lopen als het gaat om de individuele rechtsbedeling, de toepassing in concreto van de algemene normen. Vervolgens is zij van belang voor het bestuur. Het bestuur wordt gebonden door normen vanuit het democratisch complex en de uitoefening van discretionaire bestuursbevoegdheden dient binnen het democratisch complex plaats te vinden. Ten slotte betekent de clausulering tot overheidsbevoegdheden dat ook andere actoren in de samenleving zich kunnen inzetten voor de behartiging van het algemeen belang, maar dat de bevoegdheid tot het nemen van bindende besluiten weer is onderworpen aan normering uit het democratisch complex.

1.1.6.3 De politiek en de samenleving; omvang en inhoud van de overheidstaak

Een van de redenen waarom het gezag van de politiek tanende lijkt te zijn, is het steeds diffuser worden van de omvang en de inhoud van het takenpakket van de overheid. Dat de samenleving niet maakbaar is, weten we inmiddels, maar het aanwijzen van de markt als richtinggever voor de ontwikkelingen in de samenleving lijkt toch ook de nodige problemen met zich te brengen. Zo bleken verzelfstandigingen en zelfs privatiseringen van ambtelijke diensten, erop gericht om ze meer onder de tucht van de markt te plaatsen, weinig doordacht. Zo zette men private monopolies op de been, zoals bij de Loodsdienst en het Kadaster, met als resultaat explosief stijgende salarissen en reserves die in de honderden miljoenen liepen. De Nederlandse Spoorwegen werden halfweg geprivatiseerd, maar de Tweede Kamer liep te hoop tegen tariefstijgingen en de opheffing van lijnen. Blijkbaar kon het openbaar vervoer toch niet helemaal aan de markt worden overgelaten. Onder het mom van onderhandelend en wederkerig bestuur is de overheid 'horizontaal'¹⁸ geworden en ging zij met zeer wisse-

18. In tegenstelling tot een 'verticale' gezagsrelatie.

1.1 Aard, grondslagen en kenmerken van het staats- en bestuursrecht

lend succes tal van convenanten en publiek-private samenwerkingsverbanden aan en werkte zij mee aan de vorming van 'hybride organisaties'.¹⁹ Het beeld van de afgelopen jaren is niet dat alleen van de terugtrekkende overheid, maar vooral ook dat van de steeds schimmiger wordende overheid en van – naar een geveleugeld woord van een ex-minister van Binnenlandse Zaken – 'vergruizing' van de overheid.²⁰ Bevoegdheden en verantwoordelijkheden zijn niet helder. Daar waar de politiek nog wel exclusieve bevoegdheden tot normstelling bezat, werd het gedogen welhaast tot norm verheven. Kortom: de rol van de politiek als richtinggever aan de behartiging van het algemeen belang is door haarzelf voor een deel afgestoten en voor een ander deel niet waargemaakt.

Terwijl er enerzijds sprake is van afstoting van taken en van, zoals wel wordt gezegd, een 'verplaatsing' van de politiek onder andere naar maatschappelijke organisaties,²¹ met als gevolg een steeds geringere rol voor de ambten van het democratisch complex, worden anderzijds de claims die op die ambten vanuit de samenleving worden gelegd steeds groter. Om met Pröpper te spreken: 'Van allerlei problemen wordt de overheid als *oorzaak* of veroorzaker gezien. Problemen ontstaan door het dysfunctioneren van de bureaucratie, averechts werkend beleid, maar ook doordat de overheid problemen heeft laten bestaan, waarmee zij naar de mening van de criticasters al veel eerder iets had moeten doen. Ook als de overheid niet de veroorzaker van de problemen is, wordt zij wél *aansprakelijk* gesteld.'²² Waarmee hij bedoelt dat de overheid er vaak toe wordt bewogen om uit een oogpunt van algemeen belang en zorg voor de samenleving grote private risico's af te dekken, zoals bijvoorbeeld bij de uitbraak van de varkenspest en overstromingen het geval was.

Claims vanuit de samenleving worden door kamerleden (gesteund door de media) al heel snel in de sfeer van de ministeriële verantwoordelijkheid getrokken, waarbij de enig relevante vraag vaak blijkt te zijn of de minister moet opstappen, zo bleek overduidelijk bij de Bijlmerenquôte en het uitbreken van de veteranenziekte op de West-Friese Flora in Bovenkarspel. Met het inlichtingenrecht in de hand leggen kamerleden ministers het vuur na aan de schenen en omdat kamerleden en ministers zich nauwelijks nog bekommeren om de bevoegdheidsvraag (die staatsrechtelijk bepalend is voor het aannemen van ministeriële verantwoordelijkheid), leveren zij een gezamenlijke bijdrage aan de vergroting van de verwarring over verantwoordelijkheden en bevoegdheden van de politiek ten opzichte van de samenleving.

De politiek is niet de baas van de samenleving en is niet voor alles verantwoordelijk; we hebben tenslotte ook nog zoiets als het legaliteitsbeginsel, de grondrechten en de rechter. Maar de politiek zou wel belangrijk en richtinggevend moeten zijn. Om enig herstel van het gezag van de politiek te kunnen re-

19. R.J. in 't Veld, *Spelen met vuur, Over hybride organisaties*, Den Haag: VUGA 1995.

20. Zie zijn non-paper: *Op zoek naar samenhang en richting, Een essay over de veranderende verhoudingen tussen overheid en samenleving*, www.nrc.nl/Doc/Peper.html.

21. M.A.P. Bovens/W. Derksen/W.J. Witteveen, F. Becker/P. Kalma, *De verplaatsing van de politiek: Een agenda voor democratische vernieuwing*, Amsterdam: Wiardi Beckman Stichting 1995.

22. I.M.A.M. Pröpper, a.w., p. 8.

aliseren, is het noodzakelijk dat er helderheid wordt geboden over de inhoud en de omvang van de overheidstaak. Dat vergt allereerst een besef van wat men kan en vooral van wat men niet kan en beter aan de samenleving kan overlaten. Dit is overigens niet geheel afhankelijk van het vrije krachtenspel binnen het democratisch complex. De overheidstaken die samenhangen met het geweldsmonopolie zijn niet of nauwelijks vervreemdbaar. Verder zijn er nog de positieve en negatieve verplichtingen die uit grondrechten voortvloeien die mede bepalend zijn voor de inhoud en omvang van de overheidstaak. Als het gaat om de bevordering van het welzijn van (groepen van) burgers is daarbij overheidsoptreden zeker niet alleen zaligmakend. Veel kan en moet aan de samenleving zelf (ter zelfregulering) worden overgelaten.²³

Helderheid omtrent inhoud en omvang van de overheidstaak sluit horizontaal bestuur niet uit. De verdere ontwikkeling van wat in de politicologische literatuur wordt aangeduid als de 'responsieve overheid' lijkt onafwendbaar en gewenst, maar meer dan nu zal helderheid moeten worden geboden over de politieke besluitvormingsmomenten, wie welke bevoegdheden en verantwoordelijkheden heeft en welke besluiten van welke actoren als bindend, richtinggevend hebben te gelden.²⁴

23. Vgl. H.R.B.M. Kummeling, Grondrechten en de taak van de overheid in het licht van zelfregulering, in: H.R.B.M. Kummeling/S.C. van Bijsterveld, Grondrechten en zelfregulering, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 31 e.v.

24. Vgl. M.A.P. Bovens, De centrumloze democratie en het primaat van de politiek, Openbaar bestuur 1996/1, p. 6.