

DE RECHTVAARDIGE BUREAUCRAAT

*Feitelijke ambtelijke macht en normatieve
bureaucratische legitimiteit: hoe ambtenaren
het vertrouwen in de overheid kunnen vergroten*

*Roeland Spruyt**

Dit essay gaat over de vraag of, en zo ja hoe, ambtenaren kunnen bijdragen aan een rechtvaardige overheid. Welke definitie van de 'rechtvaardige overheid' men ook hanteert, het is in ieder geval een overheid waarvan het optreden als legitiem wordt beschouwd. Dat overheids-handelen niet per definitie legitiem is, behoeft in het licht van de kinderopvangtoeslagaffaire geen betoog. In dit essay zal ik het thema van de rechtvaardige overheid vanuit het oogpunt van legitimiteit benaderen.

* Roeland Spruyt is als docent en onderzoeker verbonden aan de faculteit Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden. Hij werkt aan een proefschrift over de positie van ambtenaren in de trias politica na de toeslagenaffaire. Voorheen was hij als jurist bij het Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap werkzaam.

De kinderopvangtoeslagaffaire is met recht ‘een zwarte bladzijde in de geschiedenis van de Nederlandse overheid’ te noemen.¹ Het is dan ook niet verwonderlijk dat de kwestie niet alleen diepe sporen in de Nederlandse samenleving heeft nagelaten, maar voor veel constitutionele spelers de voornaamste aanleiding vormde om een onderzoek naar de door hen en andere instituten gespeelde rol in te stellen. Zo kwam de Raad voor de rechtspraak in november 2021 met *Recht vinden in de rechtbank*,² en bracht de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State het rapport *Lessen uit de kinderopvangtoeslagzaken* uit.³ Zelfs de Tweede Kamer zal in de aanstaande parlementaire enquête expliciet haar ‘rol als medewetgever’ onderzoeken.⁴

Eén hoofdrolspeler heeft zich tot op heden nog niet onderworpen aan een kritisch (zelf)onderzoek: de ambtenarij. Weliswaar richtte de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag zich met *Ongekend onrecht* op ‘de betrokkenheid van (voormalig) bewindspersonen en de ambtelijke top van de betrokken ministeries’, maar de reikwijdte van deze mini-enquête was beperkt en ‘de rol van lagere ambtenaren maakt[e] geen onderdeel uit van de onderzoeksopdracht’.⁵

Deze omissie kan worden verklaard doordat de ambtenarij zó is geconstrueerd dat zij in anonimiteit functioneert en dankzij (de strikte uitleg van) de ministeriële verantwoordelijkheid schuilgaat achter de brede rug van de bewindspersonen. Daarbij is de gedachte dat het primaat bij de politiek en dus bij het parlement dient te

1 Kabinetsreactie op *Ongekend onrecht*, zie *Kamerstukken II 2020/21*, 35510, nr. 4, p. 4 (15 januari 2021).

2 Werkgroep reflectie toeslagenaffaire rechtbanken (in opdracht van het Landelijk Overleg Vakinhoud Bestuursrecht), *Recht vinden in de rechtbank. Lessen uit kinderopvangtoeslagzaken*, Den Haag, november 2021.

3 *Lessen uit de kinderopvangtoeslagzaken. Reflectierapport van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State*, Den Haag, november 2021.

4 *Kamerstukken II 2020/21*, 35510, nr. 51 (11 februari 2021).

5 *Ongekend onrecht. Verslag van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag*, zie *Kamerstukken II 2020/21*, 35510, nr. 2 (17 december 2020).

liggen. Dit uitgangspunt maakt van de ambtelijke macht een louter uitvoerend orgaan, dat ervoor moet zorgen dat democratisch gelegitimeerde wetten ten uitvoer worden gebracht. Deze uitleg en dit standpunt doen echter niet alleen geen recht aan de werkelijke verhoudingen, het is vanuit normatief oogpunt bovendien aanvechtbaar.

In dit essay zal ik uiteenzetten dat de legitimiteit van overheids-optreden slechts ten dele gedragen kan worden door de parlementair-democratische legitimatie, en deels ook gezocht moet worden in de legitimatie die ambtenaren aan dit overheidsoptreden kunnen verschaffen. Daarbij zal ik in het eerste deel van mijn essay verdedigen dat dit beter correspondeert met de werkelijkheid, en dat een eigen legitimerende functie van de ambtenaren ook normatief goed verdedigbaar is en wellicht zelfs uitkomst kan bieden in de spiraal van wantrouwen van vandaag. Als ambtelijke macht reëel blijkt te zijn en normatief te verdedigen is, of *in ieder geval* niet per se onwenselijk is, moet de vraag beantwoord worden hoe deze macht kan worden gecontroleerd. In het tweede deel zal ik ingaan op de reeds voorgestelde *externe* controlemechanismen, en zal ik een aantal voorzetsen doen voor *interne* controlemechanismen.

Feitelijke ambtelijke macht en normatieve bureaucratische macht

Dat ‘in iedere staat verschillende soorten macht zijn’ en dat deze uiteenvallen in een wetgevende, een uitvoerende en een rechtsprekende macht is een frase die iedere examenkandidaat kent. Zelfs dat ‘er geen vrijheid is wanneer de wetgevende en de uitvoerende macht in dezelfde persoon of in hetzelfde bestuursorgaan zijn verenigd’, is voor velen gesneden koek.⁶ Deze uitgangspunten zijn in constituties verwerkt, waarbij het primaat bij het parlement als vertolker van de algemene wil zou komen te liggen, en de taak van de uitvoerende macht zou worden beperkt als ‘zuiver bestuurlijk’, waarbij de

6 Montesquieu, *Over de geest van de wetten*, Amsterdam: Boom 2006 (*L'esprit des lois* 1748, vertaald door J. Holierhoek), p. 219 (XI.6).

administratie ‘de keuze voor de middelen die het meest geschikt zijn om binnen de perken van de wet de doelstellingen ervan te bereiken’, moet maken.⁷ Deze strikte scheiding veronderstelt echter wel dat de inhoudelijke regelgevende keuzes door de wetgever *worden en kunnen worden* gemaakt.⁸

Juist dit laatste staat in toenemende mate ter discussie, waarbij de voorzichtige conclusie wordt getrokken dat ‘het beeld van een Trias Politica met drie onderscheiden boxen met elk hun eigen domein niet langer een toereikend kader lijkt te bieden’.⁹ Een conclusie die op ten minste drie gronden is te rechtvaardigen.

Ten eerste heeft zich vanaf de jaren tachtig een verzelfstandiging van bestuursonderdelen voorgedaan. Deze zelfstandige bestuursorganen (zbo’s) hebben grote invloed op het publieke domein, maar onttrekken zich aan de reguliere controlemechanismen die van toepassing zijn op de bestuursdepartementen van ministeries.¹⁰

Ten tweede speelt het leeuwendeel van de besluitvorming zich onder invloed van internationalisering en europeanisering niet af in de Haagse kantoortuinen van de ministeries of in de wandelgangen van het Binnenhof, maar in conferentiezalen in Brussel, Straatsburg of

7 C.W. Maris & F.C.L.M. Jacobs, *Recht, orde en vrijheid. Een historische inleiding in de rechtsfilosofie*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 192-193.

8 R. van Gestel, ‘Een ongekend parlement: over de toeslagenaffaire en de Trias’, p. 78-79, 82-83, in: J. Goossens, J. de Poorter, G. van der Schyff, T. Geldof & C. van Oirsouw (red.), *Rechtsvorming in een hypercomplexe samenleving. Bundel n.a.v. de Staatsrechtconferentie 2022 (Tilburg University)*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2022.

9 J. Goossens & J. de Poorter, ‘Rechtsvorming in een hypercomplexe samenleving in het licht van evoluties in de horizontale, verticale, stedelijke en publiek-private dimensies’, p. 8, in: J. Goossens, J. de Poorter, G. van der Schyff, T. Geldof & C. van Oirsouw (red.), *Rechtsvorming in een hypercomplexe samenleving. Bundel n.a.v. de Staatsrechtconferentie 2022 (Tilburg University)*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2022.

10 M.A.P. Bovens, *De vierde macht revisited. Over ambtelijke macht en publieke verantwoording* (oratie Universiteit Utrecht), Utrecht University Repository 2000, p. 6-7.

New York.¹¹ Dit geldt al voor de totstandkoming van verordeningen en verdragen, maar eens te meer voor ontwerpprocedures voor ‘nadere regelgeving’. De ambtenaar wordt weliswaar geacht het ‘nationale belang te vertegenwoordigen’, hij onderhandelt ‘zonder instructie of met een instructie die [hij] zelf heeft geschreven’.¹²

De derde en voornaamste reden is echter gelegen in de opkomst van de ‘administratieve staat’ en de cumulatie van het aantal overheids-taken.¹³ Met de toenemende invloed van internationaal en Europees recht en het ontstaan van de sociale verzorgingsstaat kreeg de overheid niet alleen meer taken op het bordje, maar nam de complexiteit rondom deze taken ook toe. Deze nieuwe overheidstaken vergen van de wetgever een expertise die hij niet had en die dus werd gezocht én werd gevonden bij het bestuur als uitvoerende macht. Het gevolg was dat ‘regelgevende bevoegdheden veelvuldig [zijn] overgedragen aan het bestuur op basis van delegatie of open normstelling’.¹⁴

Rechtsvormende taken van het bestuur zijn, in beginsel, te verenigen met het primaat van de wetgevende macht als de wetgever deze taken zou delegeren in specifiek omschreven formele wetten en met nauwkeurige normstellingen. Dit is echter niet het geval. De bestuurswetgeving, inmiddels meer dan 70% van de regelgeving op rijksniveau,¹⁵ bevat namelijk niet alleen uitvoeringstechnische elementen, maar ook open normen waarbinnen het bestuur – en dus níét de wetgevende macht – rechtspolitieke keuzes dient te maken. Hiermee verschuift het primaat in ieder geval op die onderdelen van de wetgever naar het bestuur.

11 Bovens 2000, p. 6.

12 J. Peters, *Van wie zijn zij? De ambtenaren*, Amsterdam: Vossiuspers UvA 2011, p. 7-9.

13 W. Voermans, *Het land moet bestuurd worden. Machiavelli in de polder*, Amsterdam: Prometheus 2021, p. 144-145.

14 Goossens & De Poorter 2022, p. 9; Van Gestel 2022, p. 75.

15 Van Gestel 2022, p. 75f.

De hierboven beschreven ontwikkelingen zijn goed te verklaren, maar zorgen er wel voor dat ambtenaren in de praktijk een doorslaggevende invloed op wetgeving en te voeren beleid hebben en ‘van alle actoren de meest invloedrijke categorie vormen’.¹⁶

Bij de constatering dat de uitvoerende, en in het verlengde daarvan de ambtelijke macht in toenemende mate het overwicht op de wetgever heeft, moet de vraag worden gesteld of dit principieel te betreuren is. Het antwoord op die vraag is, mijns inziens, negatief. Een grotere rol voor de ambtenarij correspondeert niet alleen beter met de werkelijke verhoudingen, maar een eigen legitimerende functie die door ambtenaren zou worden vervuld, is ook normatief te verdedigen, en zou in het licht van de toeslagenaffaire zelfs hernieuwde duidelijkheid kunnen scheppen in de wederzijdse constitutionele verantwoordelijkheden. Wellicht zou het zelfs uitkomst kunnen bieden in de spiraal van wantrouwen die het politieke klimaat lijkt te beheersen.

Een normatieve onderbouwing van een zelfstandige, legitimerende rol voor ambtenaren is gegeven door Max Weber (1864-1920), een van de grondleggers van de bureaucratietheorie. Weber onderscheidde drie vormen van legitieme machtsuitoefening: legitimiteit gebaseerd op traditie, op charisma of op rationele legaliteit. Elke samenleving ‘gebruikt’ de legitimiteitsvorm die ze in een bepaalde tijd nodig heeft.¹⁷ Als gevolg van een proces dat Weber ‘rationalisering’ noemde en onder invloed van het kapitalistische systeem wordt een poging gedaan om de werkelijkheid en de sociale verhoudingen ‘berekenbaar’ te maken. Hét instrument om sociale verhoudingen en de werkelijkheid te reguleren is het recht. Het moderne recht is, volgens Weber, dan ook ‘een systeem van formele, algemeen geldende, abstracte regels die een logisch, helder, intern consistent en naadloos geheel vormen’ om ervoor te zorgen dat men in economische relaties

16 Bovens 2000, p. 5.

17 W.J. Mommsen, *The Age of Capitalism and Bureaucracy. Perspectives on the Political Sociology of Max Weber*, Oxford: Berghahn 2021, p. 60-61.

‘met en op het formele recht kan rekenen’.¹⁸ Het moderne recht wordt dan ook als legitiem beschouwd, omdat het rationeel te volgen – of beter: na te rekenen – is, voldoet aan de eisen van de legaliteit, en dus voor eenieder kenbaar en geldend is.

De bron van legitieme machtsuitoefening door middel van het moderne recht bestempelt Weber met het ‘rationeel-legale gezag’, een gezag dat wordt bekleed door ambtenaren. ‘De ervaring wijst uit dat de ambtenarij voorziet in precisie, consistentie, discipline, kaders, betrouwbaarheid, en daarmee voorspelbaarheid’, elementen die voorzien in een systeem dat in moderne samenlevingen als de onze noodzakelijk is.¹⁹ Deze ambtelijke ‘karakteristieken’ komen voort uit het feit dat ambtenaren niet worden gekozen, maar benoemd, en dus naar de aard van hun benoeming niet het particuliere maar het algemene belang dienen. Ten tweede verdienen ambtenaren een riant vast salaris en hoeven dus niet te leven van smeergeld of afhankelijk te zijn van persoonlijke gunsten. Ten derde hebben ambtenaren geen persoonlijk recht op de bestuursmiddelen, en kunnen zij deze middelen dan ook niet spenderen om persoonlijk gunstige beleidsuitkomsten te realiseren. Ten vierde was de ambtenaar in Webers ogen iemand die een ‘specialistische opleiding’ had genoten, bij voorkeur als jurist vanwege de belangrijke rol die het recht en de legaliteit innemen.²⁰ Weber concludeerde dan ook dat ‘het werkelijke gezag’ in de natiestaten in de moderne tijd ‘niet bij het parlement of de vorst, maar bij het ambtenarenapparaat berust, omdat dit het lichaam is dat verantwoordelijk is voor de organisatie van de meest elementaire levensverzorging en voor de handhaving van het bestuurs- en het alledaagse leven’.²¹

18 P. Dassen, *De onttovering van de wereld. Max Weber en het probleem van de moderniteit in Duitsland 1890-1920*, Amsterdam: Van Oorschot 1999, p. 168; M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) (1922) 1972, p. 48-51 (II.11) [eigen vertaling].

19 Weber (1922) 1972, p. 128 (III.5).

20 Weber (1922) 1972, p. 132 (III.7).

21 Dassen 1999, p. 166.

De legitimiteit die de parlementaire democratie door de wetgevingsprocedure, het debat en het ontstaan van meerderheden aan overheidshandelen verschafft, is daarmee echter niet vervangen. Politieke kwesties hebben een ideologische lading, en idealiter worden deze ideologische kwesties binnen het politieke forum uitgevochten, zodat burgers kunnen zien op welke manier politieke belangen worden afgewogen en hoe tot overeenstemming wordt gekomen. Maar politieke kwesties hebben, mijns inziens, als de ideologische sprong is genomen en de waarden zijn bepaald, ook een objectieve zijde die niet alleen gericht is op de uitvoering van de politieke beslissing. De keuze uit verschillende middelen is op zichzelf ook een rechtspolitieke beslissing, waarbij de ambtenarij een dergelijke beslissing kan rechtvaardigen door te wijzen op de effectiviteit van de maatregel, of afwegen in hoeverre zij past binnen het juridische systeem.

Ondanks dat Weber deze analyse inmiddels ruim honderd jaar geleden maakte, boet ze aan actualiteit niet in. Juist in de ‘hypercomplexe samenleving’ en de ‘meerlagige rechtsorde’, waarin de overheid zich steeds vaker toelegt op het ‘modificeren van gedrag door middel van regelgeving’,²² is het niet vreemd dat steeds meer verantwoordelijkheid is komen te liggen bij de ambtenaren, bekleed met Webers ‘rationeel-legale gezag’.

Ambtelijke macht en politieke controle

Als zowel de beschrijving van het feitelijke overwicht van de ambtenaren als de normatieve uitspraken over de bureaucratische verschaffing van legitimatie worden geaccepteerd, ontslaat ons dit allerm minst van de verplichting na te denken over mechanismen waarmee de ambtelijke macht gecontroleerd kan worden. Ook een in beginsel te legitimeren macht dient te zijn ingebed in een (breder) systeem van *checks and balances*. In het recente verleden is over de ambtenarij als ‘vierde macht’ veelvuldig nagedacht, meestal met de conclusie dat

22 Van Gestel 2022, p. 75.

deze ingeperkt moet worden. Deze inperkingen zien voornamelijk op *externe* controlemechanismen met het doel om ambtenaren te ‘onderwerpen aan de politiek’.²³ In het navolgende zal ik een aantal van de geopperde *checks and balances* bespreken, en vervolgens aandacht besteden aan *interne* controlemechanismen, waar weliswaar weinig aandacht voor is, maar waar wellicht meer heil van is te verwachten.

Externe controlemechanismen

De meest genoemde remedie is openbaarheid. Daarbij is de gedachte dat ‘transparant bestuur een beginsel is van goed bestuur en het de legitimatie van het bestuur vergroot’.²⁴ Een belangrijk uitgangspunt, dat vervat is in de in juni 2022 in werking getreden Wet open overheid, waarbij de belofte is dat er minder gelakt zal worden en het recht op informatie beter is gewaarborgd. In relatie tot het parlement wordt de openbaarmaking beheerst door de inlichtingenplicht.²⁵ Het kabinet heeft in reactie op *Ongekend onrecht* laten weten ‘radicaal te kiezen voor een ruime informatievoorziening aan de Kamer’, en aangekondigd zich te committeren aan ‘actieve openbaarmaking’ door het delen van beslisnota’s teneinde het parlement inzicht te verschaffen in beleidsafwegingen.²⁶

De vraag is echter of deze mededeelzaamheid een significant betere controlemogelijkheid aan de Kamer geeft. Zo is bijvoorbeeld niet altijd duidelijk wat de relatie tussen de duizenden bladzijden die bij kabinetsvoorstellen naar de Kamer worden gestuurd ‘met het wetsvoorstel en de toelichting daarop’ is. Met de controlemogelijkheid van de Kamer jegens het bestuur ontstaat als andere zijde van dezelfde medaille de mogelijkheid voor de ambtenaren om door al

23 Peters 2011, p. 18.

24 Peters 2011, p. 20-21.

25 P.P.T. Bovend'Eert e.a., *Tekst & Commentaar Grondwet & Statuut*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 145-148.

26 Kabinetsreactie op *Ongekend onrecht*, p. 17-18.

te genereuze openbaarmaking het zicht van de Kamer op gemaakte afwegingen en keuzes te verminderen, de ‘mushroom treatment’: ‘Keep them in the dark en feed them shit.’²⁷

In dit kader zou wellicht meer te verwachten zijn van het afdwingen van ‘gestructureerde betogen die een helder overzicht bieden van opties, conclusies, motieven en argumenten’.²⁸ Een functie die de memorie van toelichting al vervult, of in ieder geval al zou moeten vervullen.

Een tweede remedie wordt gezocht in de versterking van het parlement zelf door de ondersteuning van Kamerleden te versterken en het aantal Kamerleden te verhogen. Recentelijk is dit voorgesteld door de Kamerleden Segers en Dassen. Zij stelden dat ‘onze Tweede Kamer te klein is’ en ‘in vergelijking met andere Europese landen de Nederlandse kiezers het slechtst vertegenwoordigd zijn en de minste democratische waar voor hun stem krijgen’. Om die reden zou ‘een uitbreiding tot minstens 200 Kamerleden de Kamer versterken, de kiezers meer stem geven en onze democratie verbeteren’.²⁹

Nu is de constatering dat Nederland een relatief klein parlement heeft juist. Zo schreef de Leidse politicoloog Simon Otjes dat de Tweede Kamer op grond van de ‘wet van de derdemachtswortel’ – een methode om een balans te vinden tussen een ‘zo laag mogelijk aantal burgers per Kamerlid en een zo laag mogelijk aantal Kamerleden’ – 259 leden zou moeten tellen. Ook op grond van het feit dat meer Kamerleden meer werk, en dus ook controlerend werk kunnen verzetten, is een verhoging van het aantal parlementariërs raadzaam. Zelf opperde Otjes niet een generieke verhoging van het aantal leden,

27 Voermans 2021, p. 176f.

28 J. van den Berg & L. Verhey, ‘Openbaarheid, verantwoordelijkheid en vertrouwen: een ménage à trois’, in: *Openbaarheid in politiek en bestuur. Jaarboek Parlementaire Geschiedenis 2022*, Amsterdam: Boom 2022, p. 21-32.

29 Dassen & Segers, 16 juni 2022 (www.volkskrant.nl/columns-opinie/dassen-en-segers-we-moeten-minder-debatteren-over-ophef-van-vandaag-en-meer-over-nederland-en-europa-van-morgen~bbdc41bf/).

maar het verhogen van het aantal leden per fractie, los dus van het aantal stemmen. Fracties zouden dan bestaan uit dertien leden, per vaste Kamercommissie één.³⁰

Los van de generieke ophoging van het aantal Kamerleden, is zelfs de gerichtere oplossing die Otjes presenteert waarschijnlijk een druppel op de gloeiende plaat als het gaat om de effectieve controle op ambtenaren. Eén Kamerlid per fractie per vaste Kamercommissie laat namelijk onverlet dat dit Kamerlid een ministerie moet controleren met duizenden ambtenaren, die in kennis en mogelijkheden één Kamerlid veruit zullen overtreffen. Dit zal eens te meer het geval zijn bij de totstandkoming van en beraadslaging over complexe systeemwijzigingen, zoals de voorgestelde wijzigingen in het pensioenstelsel, en ook als het gaat om ‘systeemuitdagingen’ op het gebied van klimaatverandering en de energietransitie.

Een derde remedie is om de energie van de Kamer te richten op het voorgestelde beleid door het voeren van debatten op hoofdlijnen, eveneens voorgesteld door Segers en Dassen. Het primaat van de politiek zou worden hersteld doordat de Tweede Kamer ‘maandelijks op een vaste dag een groot, plenair beleidsdebat moet agenderen, waarin bewindspersonen openlijk dilemma’s kunnen voorleggen aan de Kamer en Kamerleden daadwerkelijk invloed krijgen op de invulling van het beleid’.³¹

Nu is het voeren van dergelijke debatten gezien de constitutionele taak van de Kamer geen gekke gedachte, maar of het een significante oplossing zal zijn voor het ambtelijke overwicht valt te betwijfelen. Afhankelijk van de bewindspersoon en de persoonlijke interesse in de voorliggende dossiers, zal bij dergelijke debatten de ambtelijke voorbereiding leidend zijn bij de keuze van de voor te leggen

30 S. Otjes, *Hoeveel zetels moet de Tweede Kamer hebben?*, 26 oktober 2020 (www.parlement.com/id/vld2lpwf8xxo/nieuws/hoeveel_zetels_moet_de_tweede_kamer).

31 Dassen & Segers 2022.

dilemma's, en bij het spreken over en het wegen van de dilemma's zal ambtelijke informatie de voornaamste bron blijven. Segers en Dassen stellen dat het 'van belang [is] dat duidelijk wordt hoe verschillend we soms over die onderwerpen denken, en hoe we tóch gezamenlijke oplossingen kunnen verzinnen'.³² Tenzij deze plenaire debatten een aanzienlijke duur zullen krijgen, zal een dergelijk debat alleen op hoofdlijnen plaats kunnen hebben, en dus niet kunnen ingaan op specifieke problemen en specifieke oplossingen, laat staan oplossingen die partijgrenzen overstijgen, en dus naar hun aard compromissen zijn waar tijd en onderhandeling overheen zullen gaan.

Afzonderlijk en zeker in samenhang kunnen bovengenoemde voorstellen van meerwaarde zijn. Ze miskennen echter voor een belangrijk deel de in het eerste deel genoemde verhoudingen en het overwicht van ambtenaren in de beleidscyclus. De Kamers kunnen in een 'debat op hoofdlijnen' weliswaar abstracties meegeven, maar het zijn uiteindelijk ambtenaren die met deze abstracties aan de internationale onderhandelingstafel zitten of ze in de uitvoering moeten toepassen. We betreden hier een domein waar parlementair toezicht slechts zeer beperkt van toepassing kan zijn. Externe checks die van dit uitgangspunt uitgaan, kunnen om die reden een niet meer dan slechts beperkte invloed uitoefenen. Het zou daarom wellicht interessanter kunnen zijn om te bekijken of *interne* checks op dit gebied wel soelaas kunnen bieden en in de praktijk hun effectiviteit kunnen bewijzen. In het navolgende zal ik geen definitieve oplossingen presenteren, maar (slechts) voorzetten doen in de richting van waar wel heil van te verwachten is.

Interne controlemechanismen

In beroepsgroepen waar controle van buiten onmogelijk of zelfs onwenselijk is, wordt veelal gezocht naar manieren om toezicht intern vorm te geven. De meest aansprekende voorbeelden zijn te

32 Dassen & Segers 2022.

vinden binnen de advocatuur en de rechterlijke macht. Zo is de advocatuur onderworpen aan de tuchtrechtspraak, die wordt uitgevoerd door onafhankelijke tuchtcolleges op grond van de Advocatenwet en de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme. Een vergelijkbare systematiek geldt voor de rechterlijke macht, waarbij rechterlijke colleges op zichzelf toezicht houden op grond van de Wet op de rechterlijke organisatie.

Een dergelijke regeling of zelfs ambtelijk tuchtrecht biedt de mogelijkheid om de uitoefening van de ambtelijke professie te toetsen aan standaarden die bij wet aan ambtenaren worden opgelegd. Het biedt daarmee de mogelijkheid om het denken over ambtelijk vakmanschap, dat recentelijk een hoge vlucht neemt, te ‘codificeren’.³³ Ook kan het duidelijkheid verschaffen over wat de Nederlandse burgers als gebruikers van publieke diensten kunnen en mogen verwachten van het openbaar bestuur en de werking daarvan.

Een tweede intern controlemechanisme voor een te grote ambtelijke macht tegenover een parlement dat onvoldoende middelen heeft om de macht als geheel te controleren, is wellicht gelegen in een ‘scheiding van ambtelijke machten’. Parallel aan wat Montesquieu deed met de staatsmacht als geheel, kan de ambtelijke macht worden opgedeeld in drie afzonderlijke domeinen: beleid, uitvoering en toezicht. Juist vanwege het gegeven dat de onderlinge belangen niet volledig parallel lopen, opent dit de mogelijkheid voor onderlinge controle. Een dergelijke controle kan worden vormgegeven door een onderling ‘vetorecht’, waarbij de uitvoeringsinstantie een voorstel kan blokkeren als het op bepaalde gronden niet mogelijk is of de wetgeving niet aan bepaalde ‘uitvoeringsstandaarden’ voldoet. Hetzelfde geldt voor een toezichthouder die oordeelt dat op (onderdelen van) een wet

33 Ik wijs hier bijv. op het door Stichting Beroepseer gepubliceerde *Het recht op ambtelijk vakmanschap*, dat een weerslag is van een onderzoek uitgevoerd in opdracht van het Arbeidsmarkt- en Opleidingsfonds van het Rijk. Zie ook E. Pool, *Macht en moed. Ambtelijk vakmanschap en de kunst van het tegenspreken*, Den Haag: Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat 2021.

onvoldoende toezicht kan worden gehouden. Uiteraard is het bij deze (verregaande en radicale) voorzet van groot belang om kaders te stellen aan de gronden waarop een dergelijke blokkeringsbevoegdheid kan worden ingezet. Wel is in ieder geval één van de voorzienbare gevolgen dat de invloed van uitvoeringsinstanties en toezichthouders – anders dan nu veelal het geval lijkt te zijn – groter wordt, en hun vroeger in de beleidscyclus een plaats aan tafel wordt gegeven.

Conclusie

In dit essay heb ik willen aantonen dat de huidige spanningen binnen ons staatsbestel – die zich juist ook tussen de staatsmachten afspeelen – in een bredere context geanalyseerd moeten worden. Daarbij is de conclusie gerechtvaardigd dat de werkelijke machtsverhoudingen en het klassieke denken rondom de ministeriële verantwoordelijkheid en de machtscheiding uiteenlopen. Het overwicht van ambtenaren is daarbij een essentieel element. Dit overwicht bestrijden en terugverlangen naar een politiek primaat waarbij het parlement als ‘mond van het volk’ de ‘algemene wil’ vertolkt en ambtenaren deze wil naar de letter uitvoeren, is irreëel in de werkelijke verhoudingen die het gevolg zijn van een proces van tientallen jaren, en bovendien vanuit normatief oogpunt niet noodzakelijk. Sterker: een eigen legitimerende rol door ambtenaren náást het parlement dat democratische legitimiteit verschaft aan wet- en regelgeving kan een uitweg bieden uit de constitutionele ongeregeldheden en de spiraal van wantrouwen die het politieke klimaat lijken te beheersen.

Voor daadwerkelijke legitimiteit dient macht echter te worden ingebed in een systeem van controlemechanismen. In het tweede deel heb ik niet alleen bestaande voorstellen die zien op *externe* controle becommentarieerd, maar vooral (ook) willen wijzen op de mogelijkheid van *interne* controlemechanismen. De voorzetten die ik daarbij heb gedaan, zullen ongetwijfeld niet het ei van Columbus zijn. Dat was dan ook niet de intentie. Wél is het mijns inziens van groot belang dat de discussie over controle op de ambtenarij zich tot dit

domein uitbreidt. Ik hoop dat de genoemde mogelijkheden in ieder geval aanzetten kunnen zijn voor een dergelijke verbreding van het debat.

