

Inconsistentie in het publiekrecht

KONINKLIJKE NEDERLANDSE AKADEMIE VAN WETENSCHAPPEN

Mededelingen van de Afdeling Letterkunde, Nieuwe Reeks, Deel 67 no. 4

Deze Mededeling werd in verkorte vorm uitgesproken in de vergadering van de Afdeling Letterkunde, gehouden op 8 maart 2004.

C.A.J.M. KORTMANN

Inconsistentie in het publiekrecht


Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, Amsterdam, 2004

Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen
Postbus 19121, 1000 GC Amsterdam **T** 020-551 07 00
F 020-620 49 41 **E** knaw@bureau.knaw.nl www.knaw.nl

Voor het bestellen van publicaties:

T 020-551 07 80 **E** edita@bureau.knaw.nl

ISBN 90-6984-419-2

Het papier van deze uitgave voldoet aan  iso-norm 9706 (1994) voor permanent houdbaar papier.

© 2004 Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen (KNAW). Niets uit deze uitgave mag worden verveelvuldigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, via internet of op welke wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de rechthebbende, behoudens de uitzonderingen bij de wet gesteld.

INLEIDING¹

Het wettenrecht, verdragen en jurisprudentie verwijzen regelmatig naar algemene rechtsbeginselen en naar algemene beginselen van behoorlijk bestuur, general principles of law, allgemeine Rechtsgrundsätze, principes généraux du droit. Deze dienen veelal als aanvullende of corrigerende rechtsnormen voor de overheid en de burger. Diverse ervan zijn ook aan niet-juristen bekend: het gelijkheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, om er enkele te noemen. Aan dergelijke beginselen zijn belangwekkende beschouwingen gewijd en in de rechtspraak zijn zij regelmatig aan de orde. Wat volgt, gaat echter niet over deze rechtsbeginselen, maar over een geheel ander principe, dat als een metabeginsel kan worden aangeduid. Ik noem het het consistentiebeginsel. Volgens dit beginsel moet een rechtsstelsel, inclusief de zojuist gememoreerde beginselen, een consistent, logisch zo goed mogelijk samenhangend systeem vormen en moeten juridische redeneringen of redeneringen ter motivering van een rechtens relevant besluit – wet of ander besluit, zoals een rechterlijk oordeel – zoveel mogelijk sluitend zijn en in het systeem passen. Nu zijn de schepping en de toepassing van recht iets anders dan fysica, wiskunde of logica. In het recht zit veel ‘politiek’, ‘macht’ en zelfs ‘gevoel’, om het zo uit te drukken. Desondanks mag worden verlangd dat zo consistent mogelijk wordt geopereerd en geredeneerd. Alleen dan kan

C.A.J.M. Kortmann is hoogleraar staats- en bestuursrecht en algemene staatsleer aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Katholieke Universiteit Nijmegen. Sinds 1 maart 2004 is hij Akademietoelichting.

¹ Deze beschouwing is deels een bewerking van C.A.J.M. Kortmann, *Beginselloosheid in het bestuursrecht*, in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In beginsel. Over aard, inhoud en samenhang van rechtsbeginselen in het bestuursrecht*, blz. 351-362, Deventer 2004.

het recht begrijpelijk, inzichtelijk blijven voor degenen die aan dat recht onderworpen zijn of er aanspraken aan menen te ontleen.

Hierna ga ik aan de hand van een aantal actuele verschijnselen na of en in hoeverre met name de overheid dit consistentieprincipe in acht neemt. Het zal niet verbazen dat deze beschouwing slechts het terrein van het staats- en bestuursrecht bestrijkt.² Ook zal het niet verrassend zijn, als dat wat volgt vooral betrekking heeft op inconsistent opereren, op schending van het consistentiebeginsel. Zolang consistent wordt gehandeld, valt dat niet erg op en dreigen er in principe geen gevaren. Bij inconsistent handelen is dat anders. Het betoog bestaat uit twee hoofdonderdelen, ieder met eigen subonderdelen. Het eerste onderdeel (I) betreft (vooral) het staatsrecht, het tweede (II) (voornamelijk) het bestuursrecht.

I INCONSISTENTIE IN HET STAATSRECHT

Inconsistentie met betrekking tot de ministeriële verantwoordelijkheid

Zoals bekend, bepaalt art. 42 Gw: de Koning is onschendbaar, de ministers zijn verantwoordelijk. Deze regel kan men zien als de uitdrukking van een risicoaansprakelijkheid. Wat de Koning ook doet of niet doet, als staatshoofd, als deel van de regering of zelfs als privé-persoon, de ministers zijn daarvoor jegens de beide Kamers der Staten-Generaal verantwoordelijk, hetgeen betekent dat zij de Kamers de gevraagde inlichtingen moeten verschaffen, niet meer en niet minder (art. 68 Gw). Nu houdt de ministeriële verantwoordelijkheid daar niet op. Ministers zijn ook verantwoordelijk voor hun eigen gedragingen en die van hun ondergeschikten, de ambtenaren. Zij zijn dat, omdat zij, om het wat vreemd uit te drukken, bevoegd zijn jegens zichzelf en jegens hun ambtenaren ter zake van wie zij bevels- en instructiebevoegdheid bezitten. Afgezien van de verantwoordelijkheid voor de Koning, kan worden gesteld dat een minister verantwoordelijk is, als hij bevoegd is en slechts voor zover zijn bevoegdheid reikt: geen verantwoordelijkheid zonder bevoegdheid. Dit standpunt is in de jaren negentig van de vorige eeuw uitdrukkelijk onderschreven door de Tweede Kamer, naar aanleiding van het rapport van de Commissie-Scheltma, getiteld: 'Steekhoudend ministerschap'.³ Het was en is een consis-

² Ook het recht van de EU is deels te rekenen onder staats- en bestuursrecht. Een deel van het navolgende is ook daarop toepasbaar. De binnen de EU aanwezige inconsistentie is gemakkelijker te 'vergeven' dan die in Nederland, gezien de 'jeugd' en de complexiteit van het EU-recht.

³ TK 1992-1993, 21427, nrs. 40 en 41.

tent standpunt, ook in algemene zin. Als men niet bevoegd is iets te doen of te laten, kan men voor dat doen of laten niet verantwoordelijk worden gehouden, tenzij er uitdrukkelijk een risicoaansprakelijkheid is geconstrueerd. De laatste jaren lijkt ‘Den Haag’ dit consistentiebeginsel regelmatig uit het oog te verliezen. Dit gebeurt op diverse wijzen. Een zeer opvallende constructie is de omkering van de regel dat men alleen verantwoordelijk is voor dat waartoe men bevoegd is. Tegenwoordig leest men in diverse kamerstukken regelmatig, dit in diverse varianten: de minister is verantwoordelijk, dus is hij bevoegd, of moet hij bevoegd zijn.

Het zal duidelijk zijn dat deze omkering eigenaardige en onaanvaardbare gevolgen heeft. Eén voorbeeld volstaat. In de kamerstukken, behorende bij de recente herziening van de Wet op de rechterlijk organisatie is – in varianten – herhaaldelijk te lezen dat de minister van Justitie verantwoordelijk is voor de goede gang van zaken in de rechtspleging. Dat is hij natuurlijk niet, want inzake de rechtspleging, en met name de rechtspraak, bezit de minister – gelukkig – slechts beperkte bevoegdheden. Hij kan rechterlijke colleges geen instructies geven inzake hun rechterlijke functie. Hij is slechts verantwoordelijk als en voor zover hij op het terrein van de rechtspraak bevoegdheden bezit. De genoemde omkering is potentieel een ernstige bedreiging voor de scheiding van de machten en de rechtsstaat. Immers, als men uit de ministeriële verantwoordelijkheid bevoegdheden van de minister afleidt, is hij tot alles bevoegd. God, of een ander, behoeft ons daarvoor.

Ook op een geheel ander terrein hebben de ‘moderne’ Haagse opvattingen over de ministeriële verantwoordelijkheid eigenaardige en ongewenste gevolgen. Zoals reeds is opgemerkt, is de minister verantwoordelijk voor de Koning, niet omdat de minister bevoegdheden jegens de Koning bezit, maar gewoon omdat de Grondwet dat voorschrijft. Hoe zit het echter met de leden van het koninklijk huis, die geen Koning zijn? Diverse (betrekkelijk) recente beschouwingen van het kabinet⁴ gaan ervan uit dat voor deze overige leden van het koninklijk huis een zogehe- ten afgeleide ministeriële verantwoordelijkheid bestaat. Deze zou ‘volledig’ zijn met betrekking tot de waarschijnlijke troonopvolger en zijn echtgenote en voor de andere leden zou deze verantwoordelijkheid variëren.⁵

⁴ Zie o.a. TK 1999-2000, 27409, nr. 1; TK 2001-2002, 28223, nr. 3; TK 2003-2004, 29241, nr. 5.

⁵ Afgezien van een enkele wet, gelden voor de vermoedelijke troonopvolger geen andere regels dan voor de overige leden van het koninklijk huis. Alleen al hierom is niet te begrijpen waarom er een (aanmerkelijk) verschil in ministeriële verantwoordelijkheid zou bestaan.

Ook hier lijkt er van een omkering sprake te zijn. Immers, een minister bezit ten aanzien van de leden van het koninklijk huis niet over bevoegdheden, behalve als deze hem (of de regering) zijn toegekend. Dat zijn er wel enige, maar niet veel. Slechts voor de (niet-)uitoefening van die bevoegdheden kan de minister verantwoordelijk zijn. De in 'Den Haag' aangenomen afgeleide ministeriële verantwoordelijkheid is een van de oorzaken van het 'gedonder' van de afgelopen tijd rondom onder meer prins Friso en mevrouw Mabel Wisse Smit. Immers, als aangenomen wordt dat verantwoordelijkheid bevoegdheid impliceert (en niet omgekeerd) bestaat vanzelfsprekend de neiging om van de minister allerlei onderzoeken inzake dergelijke personen te verlangen. Het ware goed, als de ministers de Kamers (en de journalisten) er op zouden wijzen dat zij inzake de overige leden van het koninklijk huis weinig te vertellen hebben en dus ook slechts voor weinig verantwoordelijk kunnen worden gehouden. Zo lijken de (of enkele) ministers echter niet te denken. Een frappant voorbeeld daarvan is wat minister-president Balkenende in november 2003 debiteerde inzake persiflages over de leden van het koninklijk huis, niet zijnde de Koning. De premier meende dat men met persiflages voorzichtig moet zijn, omdat deze leden zich niet kunnen verweren. Inzake de Koning is dat juist, immers voor hem zijn de ministers verantwoordelijk. Kennelijk vallen echter ook die andere leden in de visie van Balkenende onder die verantwoordelijkheid. Aldus worden zij inderdaad monddood gemaakt, en zou onder meer de vrijheid van meningsuiting niet voor hen gelden. Zo ziet men waartoe inconsistentie inzake een bepaald staatsrechtelijk concept kan leiden.

Een tweede interessant geval van inconsistentie op staatsrechtelijk terrein biedt de onderwijswetgeving. Zoals bekend, onderscheidt art. 23 Gw openbaar en bijzonder onderwijs. Men spreekt wel van een duaal stelsel. Openbaar onderwijs wordt van overheidswege gegeven, is neutraal en voor een ieder toegankelijk. Bijzonder onderwijs gaat uit van particulieren, hoeft niet neutraal te zijn, noch voor een ieder toegankelijk. Ondanks dit grondwettelijk stelsel heeft de wetgever gemeend dat een of meer openbare scholen en een of meer bijzondere scholen onder een en hetzelfde bestuur kunnen vallen. De leden van zo'n bestuur geraken aldus in een spagaat: de ene keer treden zij op als openbaar gezag en zijn zij onderworpen aan publiekrecht, de andere keer opereren zij als particulier en handelen zij volgens privaatrecht. Nog vreemder is dat een en hetzelfde besluit van dat bestuur tegelijkertijd een rechtshandeling naar publiekrecht en naar privaatrecht kan zijn. Dit heeft onder meer consequenties voor de vraag welke rechter in geval van een geschil bevoegd is:

de administratieve of de gewone rechter. En het meest vreemd is dat een en hetzelfde bestuur de ene keer ‘katholieke, protestantse of islamitische besluiten’ neemt, de andere keer ‘openbare’ of ‘neutrale’ dan wel beide tegelijk.

Inconsistentie in de overheidsorganisatie

Het is nog niet zo lang geleden dat de vaderlandse overheidsorganisatie, zowel de centrale als de decentrale, in enige bladzijden en in eenvoudige termen kon worden beschreven. Het stelsel kwam er in essentie op neer dat bestuur werd uitgeoefend door ambten waarvan de leden gekozen waren of waarvan de ambtsdragers op enigerlei wijze verantwoording schuldig waren aan een al dan niet rechtstreeks gekozen vertegenwoordigend ambt. Nu bestaat in Nederland en andere West-Europese staten dit stelsel in zijn principiële consistentie reeds lang niet meer. Wie bijvoorbeeld het algemeen deel van het *Nederlands Bestuursrecht*, geschreven door J.W.M. van der Grinten⁶ leest, komt al snel tot de ontdekking dat ook toen al (1932) naast de klassieke overheidsambten andere ambten bestonden, die bestuur voerden. Maar dit waren uitzonderingen. Zelfs in de jaren zestig van de twintigste eeuw kon iemand nog met een zeker vertrouwen in de juistheid ervan lezen en leren: de (constitutionele) Koning heeft de uitvoerende macht (op het niveau van het Rijk).

Zoals wij weten, is in het laatste kwart van de twintigste eeuw de proliferatie van de zogeheten zelfstandige bestuursorganen begonnen. Al naar gelang de – overigens vaak bestuurskundig getinte – criteria die worden aangelegd, bestaan er op het ogenblik vele tientallen tot honderden van die organen, waarvan de meeste een geheel op het specifieke geval toegesneden organisatiestructuur bezitten en die onderworpen zijn aan vele varianten van controle en toezicht. De vraag waarom die organen worden geschapen en waarom zij zus of zo worden ingericht en aan controle en toezicht worden onderworpen, wordt zelden duidelijk beantwoord. Zo is – althans mij – nooit duidelijk geworden waarom naast de interne regeling en controle van de opleidingen binnen de universiteiten, en naast de bevoegdheden die de minister en de inspectie bezitten, een nationale accreditatieorganisatie – intussen een Vlaams-Nederlandse onderneming – moest worden opgericht. In ieder geval kan aan de noodzaak ervan worden getwijfeld, nu de staatssecretaris van ocw onlangs heeft laten weten het mes te zetten in het aantal (nieuwe) opleidingen. De ‘vrije concurren-

⁶ *Nederlandsch Bestuursrecht*, blz. 3 e.v., Alphen aan den Rijn 1932.

tie' tussen (kandidaat-) opleidingen is aldus van de baan. Kennelijk is de ene liberaal (Hermans) de andere (Nijs) niet. Een van de eigenaardige aspecten van dit zelfstandig bestuursorgaan is bovendien dat het de uitvoerder is van regels die het zelf uitvaardigt. De scheiding van de machten is hier ver te zoeken. Ook de noodzaak van een orgaan als de Informatie Beheer Groep is nimmer aangetoond. Het ziet ernaar uit dat de instelling van zelfstandige bestuursorganen in het merendeel van de gevallen beginselloos en inconsistent is geschied. Zelfs een (toekomstige) Kaderwet zelfstandige bestuursorganen brengt daarin nauwelijks verbetering. Het geheel is – simpel gezegd – een bestuurlijke organisatie die (sterk) chaotische trekken vertoont.

Organisatorische beginselloosheid is ook elders te vinden, onder meer op het terrein van wat men wel bestuursovereenkomsten, convenanten en beleidsakkoorden noemt. Deze blijken de laatste jaren gesloten te kunnen worden, niet door de overheid-rechtspersoon, maar door de overheid als ambt, als orgaan. Civielrechtelijk zijn deze 'overeenkomsten' geen overeenkomst, publiekrechtelijk zijn zij non-existent, daar het publiekrecht, afgezien van een enkele wet als de Wet gemeenschappelijke regelingen, geen overeenkomsten kent. Het verschijnsel doet zich op allerlei terreinen voor, zelfs binnen departementen, waar de minister 'overeenkomsten' sluit met 'agentschappen', directies en directeuren. Juridisch is dit alles bellen blazen, en de praktijk wordt er niet eenvoudiger op. Waarom blijft men niet bij de beproefde constructies van mandaat en volmacht?

Deze chaotisering van het overheidsorganisatierecht blijkt herhaaldelijk, als de rechter wordt geconfronteerd met de vraag of er sprake is van een bestuursorgaan. Hij kan de oplossing in een aantal gevallen alleen nog maar geven door zich af te vragen of er sprake is van een publieke taak. Het is een noodoplossing, want wat wij heden zien als publieke (overheids-)taak, blijkt dat morgen niet te zijn en omgekeerd.

Organisatorische inconsistentie is ook te vinden op het klassieke terrein van het provincierecht en het gemeenterecht. Vóór de dualisering van het provincie- en gemeentebestuur was het basisprincipe duidelijk en consistent. Er bestond een volksvertegenwoordiging die in principe alle bevoegdheden bezat. Uit die vertegenwoordiging was een 'commissie' samengesteld, te weten het college van gedeputeerde staten of van burgemeester en wethouders, die met de voorbereiding en uitvoering van de besluiten van de volksvertegenwoordiging was belast. Wat nu is ontstaan, is vlees noch vis. Er is een kunstmatige scheiding tussen de raad en B en W gecreëerd, terwijl aan de raad wel alle regelgevende bevoegdheid én het bestuur in autonomie toekomt, althans voor zover de wet daarop weer

geen uitzonderingen bevat. Was er principieel en consistent gedualiseerd, dan had men eerst het hoofdschap van de raad (en de provinciale staten) uit de Grondwet geschrapt en vervolgens de ‘wetgevende’ bevoegdheid aan de raad (en provinciale staten) toegekend, de ‘bestuursbevoegdheid’ aan B en W (en g.s.). In de dualiseringswetten zit weinig lijn. Het zijn beginselloze compromissen van gehaaste beleidsmakers en politici, voor wie consistentie (kennelijk) een zorg is.

Deze inconsistentie dreigt nog verergerd te worden als overgegaan zou worden tot invoering van de rechtstreeks gekozen burgemeester. Deze zou – volgens de ‘Hoofdpijnennotitie direct gekozen burgemeester’ van minister De Graaf – de ‘lokale regeringsleider’ moeten worden, dit onder handhaving van het collegiale bestuur van het college van B en W én van het hoofdschap van de raad. Hoe dit alles te combineren is, is niet uit te leggen. Collegiaal bestuur is niet te verenigen met het leiderschap van één lid van een college, het grondwettelijke hoofdschap van de raad verdraagt zich niet met sterke bevoegdheden van een ander ambt dan die raad.⁷

II INCONSISTENTIE IN HET BESTUURSRECHT

Ik verlaat het terrein van het staatsrecht, hoewel daar nog heel wat over inconsistentie te zeggen zou zijn, zoals bijvoorbeeld op het terrein van de rechterlijke organisatie, inclusief haar koekoeksjong de Raad voor de rechtspraak. Het is tijd iets over het bestuursrecht op te merken.

Horizontalisering

Achter het verschijnsel van ‘horizontalisering’ gaat veel schuil. Grosso modo duidt het op een figuur waarin het eenzijdige besluit (al dan niet vervat in een regel) geheel of deels is vervangen door een contract, of waarin een hiërarchische structuur plaats heeft gemaakt voor een ‘platte’, waarbinnen een ieder (persoon of ambt) zich op min of meer gelijk niveau bevindt. Het verschijnsel uit zich in allerlei varianten: horizontale werking van grondrechten, door ambtenaren inroepbare grondrechten, de ‘wederkerige rechtsbetrekking’ van de Algemene wet bestuursrecht, onderhandelend bestuur, convenanten, CAO’s voor ambtenaren, mediation tussen bestuur en burger. Deze – en andere – vormen van horizontali-

⁷ De Duitsers slagen er niet in uiteen te zetten hoe op het niveau van de bondsregering de volgende principes met elkaar te verenigen zijn: het Kanzlerprinzip, het Kollegialprinzip en het Ressortprinzip. Als dat onze oosterburen al niet lukt, lukt het ons zeker niet.

sering worden niet zelden voor zoete koek geslikt. Kennelijk verliest men gemakkelijk uit het oog dat de overheid als overheid per definitie een andere positie inneemt dan de onderdaan. Als een overheid geen ‘echte’ overheid meer is, en de onderdaan geen ‘echte’ onderdaan, wordt de overheid overbodig en, zo niet, op zijn minst vleugellam. Afgezien van die vleugellamheid, is het verontrustende ervan dat die overheid niet zelden meent zich als een onderdaan te mogen gedragen: de wet ontgaan, eigen belangen nastreven, gedogen en zelfs gaan handelen als een ordinaire captain of industry of als bankier. Men denkt slechts aan de Ceteco-affaire van enige jaren terug.⁸

Degenen die ernstig geloven in het heil van horizontalisering van vele klassiek-verticale betrekkingen, lijken over het hoofd te zien: a) dat het uiteindelijk toch de overheid is die de macht bezit (geld, tanks, gevangnissen), b) dat horizontalisering kan leiden tot willekeur van de zijde van de overheid. Een contracterende, mediërende en onderhandelende overheid-op-gelijke-voet is verdacht, omdat zij haar ware gezicht verbergt. Diegenen die in dit verband geloven in een permanent ‘contrat social’, een typisch horizontale constructie, houden zichzelf niet alleen voor de gek, maar hebben ook weinig begrepen van dit concept, dat met de relatie bestuur - onderdaan weinig van doen heeft. Het is een filosofisch concept dat het verschijnsel overheid (of: staat) beoogt te legitimeren.

Bij dit alles zij opgemerkt dat de rechtsstaat niet voor niets verlangt dat de overheid handelt op grondslag van specifieke, vooraf vastgestelde, algemene en kenbare regels. Hoe meer men de overheid plaatst in op contractuele relaties lijkende verhoudingen, des te riskanter wordt haar optreden: wat voor een onderdaan – terecht – contractsvrijheid is, wordt bij de overheid snel willekeur.⁹

Inconsistentie in het materiële bestuursrecht

Een van de klassieke leerstukken van het bestuursrecht en zelfs van de rechtsstaat is dat het bestuur slechts extern werkende besluiten mag nemen, als daarvoor een bevoegdheidsgrondslag in een geschreven regeling voorhanden is. Dit lijdt slechts uitzondering in noodsituaties. Ook wordt wel verdedigd dat deze eis niet onverkort geldt voor de presterende overheid. De voornoemde eis impliceert dat ook voor het – extern werkende – Awb-besluit een wettelijke grondslag voorhanden moet zijn.

⁸ Daarover C.A.J.M. Kortmann, Ceteco en wat recht, *De Gemeentestem* 2000, 7115, blz. 121 e.v.

⁹ Zie in dit verband HR 21 maart 2003, JB 2003, 133.

Anders gezegd: er moet bij of krachtens de (Grond)wet een bevoegdheid aan het bestuur worden verleend. Dat is een beginsel.

Dit beginsel is de laatste jaren in diverse vormen in het gedrang gekomen. Drie ervan vallen in het bijzonder op. De eerste is dat de bestuursrechtspraak rechtsbeginselen laat fungeren als bevoegdheidsgrondslag. De intussen roemruchte jurisprudentie inzake het zelfstandig schadebesluit is daarvan hét voorbeeld. Interessant daarbij is dat nagenoeg al degenen die het resultaat van deze rechtspraak toejuichen, toegeven dat deze dogmatisch moeilijk te verklaren is. De tweede is dat de rechtspraak, zij het gelukkig niet frequent, uit *taken* bevoegdheden afleidt.¹⁰ Als er sprake is van een ‘publieke taak’, neemt de rechtspraak soms aan dat er dan sprake is van een besluit. Wil er een besluit zijn, dan zal daartoe een bevoegdheid moeten bestaan. Kortom, taken zijn kennelijk (onder omstandigheden) bevoegdheidverlenend. Redeneert men in deze lijn door, dan zijn de sociale grondrechten, die taken formuleren, (potentieel) bevoegdheidverlenend. Het is duidelijk dat de rechtsstaat dan op de schroothoop kan. De derde vorm is de volgende. Er zijn uitspraken waarin de administratieve rechter een gedraging van het bestuur niet aanmerkt als een besluit. Zodra er echter beleidsregels omtrent die gedraging bestaan, wordt zij plots wel een besluit.¹¹ Hiervoor lijkt maar één verklaring mogelijk: de beleidsregel dient als bevoegdheidsgrondslag. Deze verklaring is echter niet te rijmen met de omschrijving die de Algemene wet bestuursrecht van de beleidsregel geeft. Zij is volgens artikel 1:3, vierde lid, Awb een algemene regel omtrent het gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan. Die bevoegdheid zal dus moeten bestaan, voorafgaande aan het stellen van de beleidsregel. Het is trouwens uit rechtsstatelijk oogpunt verwerpelijk, als een beleidsregel bevoegdheden zou kunnen scheppen: het bestuur zou immers bevoegdheden voor zichzelf creëren. Met name degenen die ik nu maar de bestuursrecht-freaks noem, juichen deze jurisprudentie toe. Zij nemen de beginselloosheid ervan op de koop toe, nu de bestuursrechterlijke colleges op deze wijze hun competentie weten uit te breiden. Er wordt wel gesproken van een ‘strategisch besluitbegrip’. Ik ben eerder geneigd te spreken van intellectueel onnavolgbaar landjepik. Gelukkig geeft de Hoge Raad meer blijk van inzicht. In een arrest van

¹⁰ Zie o.a. C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, blz. 37, Deventer 2001; H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, blz. 68 e.v., Den Haag 2002. In een arrest van de Hoge Raad van 4 april 2003 JB 2003, 121, m.nt. H. Peters, onderscheidt de Hoge Raad terecht bevoegdheden en taken.

¹¹ Zie H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt, a.w., blz. 157.

23 mei 2003, nr. C01/263 HR, NJB 2003, blz. 1298, stelt hij: 'Beleidsregels regelen slechts de uitoefening van bevoegdheden. Zij scheppen geen (nieuwe) bevoegdheden'. Dat is klare taal.

Het tot nu gestelde zou de indruk kunnen wekken dat vooral de rechtspraak uitblinkt in inconsistentie op het terrein van het materiële bestuursrecht. Die indruk is echter onjuist. Het bestuur zelf opereert ook herhaaldelijk in strijd met elementaire principes. Een schandelijk voorbeeld daarvan is de ministeriële regeling inzake de leges voor verblijfsvergunningen cum annexis. C.A. Groenendijk en ik schreven daarover reeds in NJB 2003, blz. 314 e.v. De regeling is in strijd met diverse verdragen, met de Grondwet en met het rechtszekerheidsbeginsel. Inzake strijdigheid met verdragen merkt de toelichting op het besluit in mijn woorden doodleuk op dat die strijdigheid niet zo erg is, daar het gaat om niet een ieder verbindende bepalingen. De rechter, zo vervolgt het betoog, kan daaraan niet toetsen, ergo, de regeling kan door de beugel. Ik heb altijd begrepen dat rechtsplichten ook *dán* rechtsplichten zijn, als naleving ervan niet voor de rechter kan worden afgedwongen. Men kan toch ook niet staande houden dat de wetgever in formele zin of de regering bij het sluiten van verdragen rustig de Grondwet mag schenden, nu artikel 120 Grondwet de rechter grondwettigheidstoetsing van wetten en verdragen verbiedt?

In bepaalde 'complexen' van wetgeving komt inconsistentie op geheel andere wijze tot uitdrukking. Het gaat daar om het legaliteitsbeginsel. Niet voor niets schrijven de Aanwijzingen voor de regelgeving voor dat bij verdeling van een regeling over de wet en lagere regels de wet ten minste de hoofdelementen van de regeling bevat en dat het primaat van de wetgever bij die verdeling als richtsnoer dient. Bijvoorbeeld op het terrein van de vreemdelingenwetgeving en de onderwijswetgeving wordt dit beginsel met voeten getreden. Deze wetgeving is op veel punten in hoge mate 'gelaagd': verdrag, Grondwet, wet, algemene maatregel van bestuur, ministeriële regeling, beleidsregel. Men zou verwachten dat de voor de onderdaan belangrijkste regels vervat zijn in de wet of desnoods de algemene maatregel van bestuur. In de praktijk is dat niet zelden anders. Ik volsta met één voorbeeld. Wil een vreemdeling hier te lande rechtmatig verblijf houden, dan moet hij een verblijfsvergunning hebben (art. 8 Vw). Deze verkrijgt hij o.a. niet, als hij niet beschikt over een geldige machtiging tot voorlopig verblijf (art. 14 Vw). Die machtiging krijgt de vreemdeling niet, als hij niet beschikt over bepaalde gelegaliseerde documenten, aldus de Vreemdelingencirculaire. Hoe moet die legalisering geschieden? Dat is op zijn beurt (deels) te vinden in een circulaire van de minister van Justitie, waarbij een bijlage behoort. Deze bijlage is echter niet bekendge-

maakt in een officiële overheidspublicatie, maar – na veel zoeken – alleen te vinden op de internetsite van het ministerie van Buitenlandse Zaken(!). Dit alles betekent dat reeds aan het begin van de procedure, die cruciaal is voor de verkrijging van de verblijfsvergunning, voldaan moet worden aan eisen die onvindbaar en ‘onkenbaar’ zijn. Het is een tekenend voorbeeld van gelaagde regelgeving die de onderdaan tot wanhoop brengt en voert tot ellenlange procedures.

Overigens staan gevallen als het beschrevene niet alleen op gespannen voet met het legaliteitsbeginsel. Dit type constructies is niet consistent met de opvattingen van het bestuur zelf (zie de Aanwijzingen), maar ook niet met het uit het EVRM voortvloeiende vereiste van voorzienbaarheid en toegankelijkheid. Zelfs voor geroutineerde juristen zijn grote delen van de onderwijs- en vreemdelingenwetgeving nauwelijks of niet te doorgronden. Voor onder andere de belastingwetgeving geldt dat trouwens ook.

Inconsistentie en de tijd

Met voorzienbaarheid en toegankelijkheid is nauw verbonden het beginsel van de continuïteit. Recht en rechtsregels zijn, als het goed is, mede gericht op stabiliteit en zekerheid. Deze komen gemakkelijk in het gedrang als bestaande regels of regelcomplexen herhaaldelijk en in snelle openvolging worden gewijzigd en vervangen. Terwijl bij de wet in formele zin de wetsprocedure een zekere garantie van ‘traagheid’ inhoudt, is dit met de vele bestuursrechtelijke regels, vervat in algemene maatregelen van bestuur, ministeriële regelingen en beleidsregels veel minder het geval. Met een variant op een uitspraak van Charles de Gaulle kan men zeggen: ‘les décrets et les arrêtés ministériels sont comme les roses et les jeunes filles: ils durent ce qu’ils durent’. Het principe van de continuïteit wordt op veel terreinen van het bestuursrecht onvoldoende in acht genomen. Er wordt permanent gewijzigd en ‘geïnnoveerd’, zowel op het gebied van het materiële als van het formele recht. De onderwijswetgeving is daarvan reeds decennialang een afschrikwekkend voorbeeld, met als gevolg: onrust, hoge kosten, onbegrijpelijkheid en ontoegankelijkheid, zowel voor de onderdaan als voor het bestuur zelf. Zelfs grote ‘stelselwetten’ als de Provinciewet en de Gemeentewet zijn ten prooi gevallen aan innovatiedrift. Beide wetten zijn in 1994 grondig herzien, onder benadrukking van de bevoegdheden van provinciale staten en de gemeenteraad, als het hoofd van de provincie respectievelijk de gemeente. Vervolgens vonden diverse partiële wijzigingen plaats, onder meer met betrekking tot de procedure van de benoeming van de burgemeester en, via de Tijdelijke referendumwet, het lokaal referendum. Een kleine tien

jaar na 1994 zijn beide wetten weer op de schop genomen ter invoering van de reeds genoemde dualisering. Wellicht komt daar binnenkort nog een grote wetgevingsoperatie in verband met de invoering van de rechtstreeks gekozen burgemeester bij. Deze snelle – en deels ondoordachte – stelselwijzigingen¹² doen het functioneren van het openbaar bestuur geen goed. Zij voeren tot instabiliteit ervan, alsook tot hoge kosten.

Een geheel ander vraagstuk van ‘inconsistentie en de tijd’ doet zich voor bij de invoering van nieuwe organen en procedures. Een van de klassieke beginselen is, dat er eerst een wet moet zijn, voordat zij kan worden uitgevoerd. Het beginsel hangt samen met dat van de democratie en de rechtszekerheid. In twee recente gevallen is daarvan, overigens zonder aantoonbare noodzaak, afgeweken. Het eerste geval is dat van de reeds vermelde Nationale accreditatieorganisatie (NAO), het tweede dat van de Raad voor de rechtspraak (RR). Reeds ruim voordat de wetsvoorstellen inzake beide organen door de Staten-Generaal waren aanvaard, opereerden de facto zowel de NAO als de RR. Weliswaar worden dan voor de (toekomstige) leden van deze organen termen als kwartiermakers gebezigd, en verzekert de regering de volksvertegenwoordiging – als deze beteuterd nog wat sputtert – dat er nog niets onomkeerbaars is geschied, maar in de praktijk wordt er gehandeld als waren de wetten waarop deze organen en hun bevoegdheden berusten reeds tot stand gekomen. Een van de vragen die in zo’n situatie rijst, is of degenen die met deze organen van doen krijgen, gehouden zijn zich reeds daarop in te stellen. In de praktijk gebeurt het vaak wel, ook al hopen de tegenstanders en twijfelaars op tegengas van bijvoorbeeld de Eerste Kamer, bij voorkeur leidend tot verwerping van het wetsvoorstel of tot een novelle van betekenis. Het aldus opereren van de regering kan uit politieke en bestuurskundige overwegingen begrijpelijk zijn, het is uit juridisch oogpunt niet te rechtvaardigen. Het is inconsistent met het beginsel van de democratie en met het rechtszekerheidsprincipe. Het is te betreuren dat (oud-)rechters zich voor deze juridisch dubieuze kwartiermakerij lenen. Kennelijk bevinden zich ook in de rechterlijke macht beginselloze lieden.

Een van de voor de onderdaan meest frustrerende varianten van ‘inconsistentie en de tijd’ is het niet tijdig beslissen door het bestuur (en, overigens ook, de rechter). Inzake beschikkingen schrijft artikel 4:13 Awb voor

¹² Dergelijke wijzigingen worden vaak nog gevolgd door – zeer gecompliceerde – verzamelingwetgeving of invoeringwetgeving. Zie daarover T.C. Borman, *Het Ambacht, Verzamelwetgeving, RegelMaat*, 2004, blz. 28 e.v.

dat zij gegeven worden binnen een redelijke termijn. Nu kan men er over twisten wanneer die termijn is verstreken, maar alleen al uit de jaarlijkse rapportage van de Nationale ombudsman blijkt dat het bestuur naar zijn oordeel frequent te traag en daarmee ‘onbehoorlijk’ handelt. Het verschijnsel is extra frustrerend, nu het bestuur en de rechterlijke colleges de onderdaan in zeer veel gevallen wel strikt aan de gestelde termijnen houden. *Quod licet Jovi, non licet bovi*. Het herhaaldelijk te laat beslissen door het bestuur is niet alleen te wijten aan laksheid, luiheid en desinteresse. De – deels door het bestuur zelf uitgevaardigde – regelgeving is op vele terreinen in materieel en procedureel opzicht zo instabiel, complex en ondoorgrondelijk dat het bestuur er zelf (ook) niet mee uit de voeten kan. De beginselloosheid wordt aldus mede veroorzaakt door de diverse regelstellende ambten.

SLOT

Deze beschouwing is wat mopperig van aard. Alleen mopperen zonder verklaringen voor de beschreven verschijnselen te geven en zonder oplossingen of verbeteringen voor te stellen, kan bevredigend en amusant zijn, maar leidt op termijn meestal tot weinig resultaat. Tot verklaring van de beschreven inconsistenties – die overigens niet alle van even groot belang zijn – ben ik niet in staat, hoewel ik wel vermoedens heb. Rechtssociologen zouden zich daarover kunnen en moeten buigen. Er is echter wel wat te doen aan de diverse genoemde varianten van inconsistentie. Ik noem enkele punten die tot verbetering kunnen leiden. Op de eerste plaats moet ‘Den Haag’, als het aan anderen, zoals de rechterlijke colleges en de universiteiten, ‘kwaliteits- en productie-eisen’ stelt, dat ook aan zichzelf doen. Tot op heden geschiedt dat weinig. Beter ware het echter de vele ‘kwaliteitssystemen’ en andere controlestelsels eens goed door te lichten en te vereenvoudigen of af te schaffen en meer vertrouwen te stellen in goed geselecteerde ambtsdragers en (pseudo-)ambtenaren. De minister van Justitie blijkt zich over deze kwestie ook zorgen te maken. Hij stelt: ‘Want zie wat er gebeurt. Om de doelmatigheid te verzekeren ontstaan steeds nieuwe procedures gestapeld op bestaande: inspecties, audits, intervisie etc. Deze komen niet in de plaats van, maar boven op de bestaande waarborgen en procedures’.¹³ Op de tweede plaats verdient

¹³ J.P.H. Donner, Het debat gaat door, ook na honderd jaren, *NTB* 2003, blz. 157.

‘het juridische’ en de jurist in de regelgeving en het beleid meer aandacht en moet de veelal verwoestende dominantie van de ‘ogen’ worden teruggebracht. Met name de systematiek en formulering van lagere regelgeving zijn niet zelden (ver) beneden de maat, waardoor zij zowel voor de onderdaan als het bestuur zelf onvoldoende toegankelijk, begrijpelijk en toepasbaar is. Dit leidt onder meer tot vele rechterlijke procedures, waarbij ook de rechter door de bomen het bos niet meer ziet, zoals een lid van de Raad van State mij onlangs bevestigde. Ten derde verdient degelijke juridische dogmatiek in de regelgeving en de rechtspraak herwaardering. Willen een rechtsstelsel en zijn toepassing consistent zijn, dan moet zoveel mogelijk gewerkt worden met algemeen aanvaarde en begrijpelijke begrippen. Op de vierde plaats moet meer aandacht worden geschonken aan de continuïteit van de regelgeving. Die continuïteit is niet alleen van belang uit het oogpunt van rechtszekerheid voor de onderdaan, maar ook voor het bestuur, dat niet telkens gedwongen moet worden zijn procedures aan te passen en niet frequent geconfronteerd moet worden met ‘nieuw beleid’, dit niet zelden onder partiële voortzetting van ‘oud beleid’, omdat dit vaak niet plotseling kan worden beëindigd.

Het realiseren van verbetering op de genoemde punten is geen sinecure. Maar als men het moede hoofd in de schoot legt en voortgaat met ‘inconsistent’ handelen, geraken het bestuur, de burger en de rechtspraak van de regen in de drup. Het zou eigenaardig zijn, als enerzijds in de wetgeving en jurisprudentie steeds meer beginselen van behoorlijk bestuur en algemene rechtsbeginselen worden gepositieerd, anderzijds de inconsistentie op diverse terreinen hand over hand toeneemt. Daaraan gaat een rechtsstelsel weliswaar niet onmiddellijk ten gronde, maar het wordt wel minder bruikbaar en geloofwaardig. Op een zwabberend en moeilijk te lezen kompas is het lastig koers te houden.