

## ARTIKELEN

# Wetgevingsjuristen ten prooi aan *New Political Governance*?

## Een inventarisatie (2002-2015)

*C.F. van den Berg & G.S.A. Dijkstra*

### 1. Inleiding

Aan het begin van de jaren 2000 rondden 't Hart e.a. hun onderzoek naar politiek-ambtelijke verhoudingen in Nederland af.<sup>1</sup> De aanleiding van hun onderzoek waren de vele politiek-ambtelijke conflicten die zich in de jaren negentig zichtbaar voordeden, en die in een aantal gevallen leidden tot het aftreden van topambtenaren. Een serie van dit soort incidenten was reden om in algemene zin te onderzoeken hoe het in Nederland met de politiek-ambtelijke verhoudingen gesteld was. Hun hoofdbevindingen waren als volgt. Zij constateerden in 2002 dat de rust was wedergekeerd in de relaties tussen topambtenaren en hun bewindspersonen. De belangrijkste reden hiervoor was de herbevestiging van het primaat van de politiek. Ambtenaren hadden vaak het onderspit gedolven (er werd gesproken over de 'veel betreurde korzeligheid van Paars'<sup>2</sup>), en zodoende was de loyaliteit van ambtenaren aan bewindspersonen weer omhooggegaan: het bedienen van de bewindspersoon was weer meer centraal komen te staan. De auteurs concludeerden dat deze toegenomen loyaliteit goed gecombineerd werd met ambtelijke professionaliteit.

*So far, so good.* Toch benoemden de auteurs ook direct de keerzijde van deze toegenomen ambtelijke loyaliteit aan de politiek. Ze wezen daarbij op een erosie van de machtsbronnen van de topambtenaar en waarschuwden dat 'knechtengedrag' op de loer lag. Ook zagen zij dat inhoudelijke deskundigheid in 2002 reeds een minder prominente plaats dan voorheen innam, dat er een groeiende kloof was tussen topambtenaren en beleidsambtenaren, en dat zbo-leiders die voorheen een grotere afstand tot de politiek hadden, steeds dichterbij de politiek betrokken werden.

Inmiddels zijn een krappe vijftien jaar verstreken en is de wereld, en daarmee ook het politiek-ambtelijke landschap, veranderd. We zien relevante veranderingen en verschuivingen op algemeen maatschappelijk vlak, op politiek vlak, op juridisch vlak en ten aanzien van de organisatie en het management van de overheid. Sommige van deze trends zijn langlopend, andere kunnen zo weer omslaan in een

1 P. 't Hart, A.C. Wille, R.A. Boin, G.S.A. Dijkstra, F.M. van der Meer, W.J. van Noort & M. Zanoni, *Politiek-ambtelijke verhoudingen in beweging*, Amsterdam: Boom 2002.

2 't Hart e.a. 2002, p. 331.

**Tabel 1** *Relevante algemeen maatschappelijke, politieke, juridische en overheidsveranderingen (2002-2015)*

	<b>Algemeen maatschappelijk</b>		<b>Politiek*</b>		<b>Juridisch</b>		<b>Organisatie en management van de overheid**</b>
1	Toegenomen algemene turbulentie en onvoorspelbaarheid	1	Toegenomen politieke onzekerheid en turbulentie	1	Rechtsstaat onder druk	1	Terugtrekkende overheid, maar ook meer interventie door de staat, m.n. op het gebied van veiligheid
2	Sinds 11 september 2001 opkomst internationaal terrorisme, en de maatschappelijke en beleidsmatige antwoorden daarop; rechtsstaat onder druk	2	Kabinetten die voortijdig vallen	2	Verschuiving van strafrecht naar bestuursrechtelijke nakoming (scheiding der machten komt onder druk en daarmee de rechtsstaat)	2	Extreme overheidsmaatregelen, zoals nationalisering van banken
3	Opkomst sociale media	3	Opkomst protestpartijen: LPF, SP, PVV	3	Afdoening van zaken door het OM (eveneens komt hiermee de scheiding der machten onder druk)	3	Bezuinigingsperspectief
4	Economische crisis en eurocrisis	4	Versplintering van partijpolitiek landschap	3			
5	Europa: 2005 referendum, voortbestaan van EU ter discussie	5	Minderheidskabinet met gedoogconstructie nieuw sinds WO II	4	Afname van zelfspreekende autoriteit van de adviezen van adviesorganen, in het bijzonder van de Raad van State als adviseur van wetgeving. Nu slechts 'een advies' (borging rechtsstatelijke waarden komt onder druk)		
		6	Coalitie zonder meerderheid in de Eerste Kamer	4			
		7	Versterking rol van de Eerste Kamer, meer een juridische waakhond en scherper				

\* Zie F. Hendriks, *Democratie onder druk*, Amsterdam: Van Gennep 2012 en J. Thomassen, C. van Ham & R. Andeweg, *De wankele democratie*, Amsterdam: Prometheus Bert Bakker 2014.

\*\* Zie F.M. van der Meer, C.F. van den Berg & G.S.A. Dijkstra, *De ambtenaar in het openbaar bestuur. De inhoudelijke en juridische herpositionering van ambtenaren vanuit internationaal-vergelijkend perspectief*, Leiden: Leiden University Press 2012 en C.F. van den Berg, F.M. van der Meer, M. van Mannekes, D. van Osch, J. Porth & A. Schmidt, *Koers houden in turbulentie. De rol van de rijksoverheid op het gebied van infrastructuur en milieu internationaal vergeleken*, Den Haag: CAOP 2015a.

andere richting. Deze ontwikkelingen zijn reeds op vele andere plekken omschreven. Omwille van de ruimte kunnen we niet al te diep op deze specifieke veranderingen ingaan, maar vatten we ze samen in tabel 1.

Voor deze bijdrage in een themanummer over 'de wetgevingsjurist en de politiek' is de vraag relevant in hoeverre de rol en positie van de wetgevingsjuridische functie zijn veranderd sinds de onderzoeksbevindingen van 't Hart e.a. en gegeven de bredere maatschappelijke, politieke, juridische en overheidsveranderingen

zoals benoemd in tabel 1. Wij gaan daarom in deze bijdrage op de volgende drie vragen in. Ten eerste, hoe is de politiek-ambtelijke context veranderd voor een specifieke groep van ambtenaren, te weten wetgevingsjuristen? Ten tweede, welke gevolgen heeft dit voor de rol en het functioneren van wetgevingsjuristen in de ambtelijke dienst? En ten slotte, wat zou er nodig zijn om de eventuele spanningen of uitdagingen rondom het werk van wetgevingsjuristen in hun politiek-ambtelijke context te verlichten?

Op deze vragen gaan we hieronder nader in. In paragraaf 2 bespreken we de belangrijkste concepten en literatuur over politiek-ambtelijke verhoudingen. In paragraaf 3 gaan we in op de empirische vragen ten aanzien van de al dan niet veranderde politiek-ambtelijke verhoudingen voor wetgevingsjuristen. In paragraaf 4 behandelen wij de gevolgen voor wetgevingsjuristen en in paragraaf 5 sluiten wij af met een conclusie, waarin wij tevens ingaan op de acties en maatregelen die verlichtend zouden kunnen werken.

## 2. Politiek-ambtelijke verhoudingen en politisering van het ambtelijkapparaat

Voor iedere ambtenaar is zowel loyaliteit aan de politiek opdrachtgever als professionele autonomie van groot belang.<sup>3</sup> Het weberiaanse ideaalbeeld van bureaucratie gaat uit van een ambtenaar die tot op zekere hoogte een loyaal 'instrument' van de uitvoerende macht is. De ambtenaar geeft de bewindspersoon beleidsadvies op grond van neutrale expertise, gebaseerd op feiten en kennis. Deze ambtenaar opereert binnen de kaders van de politieke agenda van de zittende regering. Daarnaast is de ambtenaar ook een eigenstandige professional, die zich identificeert met en loyaal is aan het eigen vakgebied en de eigen professionele gemeenschap. Vanuit dit perspectief dient de ambtenaar zijn professionele uitgangspunten en meningen naar voren te brengen, ook als deze in strijd zijn met de standpunten van politieke leiders.<sup>4</sup>

Beide perspectieven staan niet noodzakelijk met elkaar op gespannen voet. Ambtenaren hoeven niet te allen tijde jaknikkers te zijn. Juist het beargumenteerd tegendenken en het aandragen van alternatieven zijn aspecten van de ambtelijke rol die ook de dienstbaarheid van de ambtenaar aan de bewindspersoon onderstrepen: zij scherpen immers de geest van de politicus en kunnen hem behoeden voor inhoudelijke of politiek-strategische misstappen.<sup>5</sup> Toch zijn conflicten tussen de politieke en professionele loyaliteit zeer wel denkbaar wanneer een politiek leider geen ruimte biedt voor professioneel ingegeven argumenten als deze niet stroken met de politieke agenda, of wanneer de politieke agenda zelf op gespan-

3 T. Christensen, 'Bureaucratic Roles: Political Loyalty and Professional Autonomy', *Scandinavian Political Studies* (14) 1991, p. 303-320.

4 Christensen 1991, p. 310.

5 P. du Gay, *In Praise of Bureaucracy: Weber – Organization – Ethics*, Londen: Sage 2000; C.F. van den Berg, *Transforming for Europe: The Reshaping of National Bureaucracies in a System of Multi-Level Governance*, Leiden: Leiden University Press 2011.

nen voet staat met de principes en uitgangspunten van de professe van de ambtenaar.

Wanneer overwegingen van politieke loyaliteit en politieke rationaliteit een sterke rol spelen in het werk van ambtenaren en professionele en meritesoverwegingen secundair worden, dan spreken we van politisering. Er bestaat een rijke wetenschappelijke literatuur over het onderwerp van politisering van de bureaucratie. Grofweg zijn drie concepties te onderscheiden.

De eerste, minst subtiele conceptie is politisering in de zin van *patronagebenoemingen*. Bij patronagebenoemingen zijn politiek leiders in staat benoemingen in het ambtelijk apparaat te doen op grond van een persoonlijke, familiale of economische band met de benoemde, waarbij inhoudelijke geschiktheid en verdienste een ondergeschikte rol spelen. De loyaliteit van de gepolitiseerde ambtenaar is primair aan de persoon van de politiek leider, waarbij verdienste feitelijk een zeer beperkte rol speelt. Deze vorm van politisering vindt plaats omdat de politiek leider op deze manier 'spoils' onder zijn getrouwen kan verdelen en persoonlijke loyaliteit kan kweken, zowel op de weg naar de uitvoerende macht als ten tijde van de regeerperiode. De macht van de politiek leider om zonder veel moeite zijn ambtenaren naar eigen keuze te benoemen, bevorderen en te ontslaan, vormt tevens een belangrijk instrument om het gedrag van zittende ambtenaren te beïnvloeden. De sanctioneringsmogelijkheden van de politiek leider zorgen voor controle over en loyaal gedrag door ambtenaren, ook wanneer benoeming, bevordering of ontslag op het moment zelf niet direct aan de orde is. Deze vorm van politisering werd historisch vooral aangetroffen in premoderne en vroegmoderne westerse landen<sup>6</sup> en in de tegenwoordige tijd in ontwikkelingslanden en autocratieën.<sup>7</sup>

De tweede, ietwat meer verfijnde vorm is politisering in de zin van *pogingen om partijpolitieke grip op beleid en uitvoering* te vergroten. Hier zijn politiek leiders in staat om (a) partijpolitiek gelijkgestemden te benoemen en/of te bevorderen in invloedrijke ambtelijke posities en (b) het gedrag van zittende ambtenaren te beïnvloeden in de zin dat zij meer partijpolitiek handelen of partijpolitieke activiteiten verrichten. Het primaire doel van deze vorm van politisering is om een bepaalde mate van verticale controle in een omvangrijk ambtelijk apparaat aan te brengen of te repareren ('the quest for control').<sup>8</sup> Een secundair doel is om ervoor te zorgen dat zittende ambtenaren een zeker begrip van en sympathie voor de politieke agenda hebben.<sup>9</sup> Deze vorm van politisering kan goed samengaan met geschiktheid en verdienste, maar druist omwille van de verminderde partijpoli-

6 C.F. van den Berg, F.M. van der Meer & G.S.A. Dijkstra, 'Traditions, Bargains, and the Emergence of the Protected Civil Servant in Western Europe', in: F. Sager & P. Overeem (red.), *The European Public Servant: A Shared Administrative Identity?* Colchester: ECPR Press 2015b, p. 117-134.

7 M. Grindle, *Jobs for the Boys: Patronage and the State in Comparative Perspective*, Cambridge, MA: Harvard University Press 2012.

8 B.G. Peters & J. Pierre (red.), *Politicization of the Civil Service in Comparative Perspective: The Quest for Control*, Londen: Routledge 2004.

9 F.M. van der Meer, 'Dutch Government Reform and the Quest for Political Control', in: B.G. Peters & J. Pierre (red.), *The Politicization of the Civil Service in Comparative Perspective: The Quest for Control*, Londen: Routledge 2004.

tieke neutraliteit wel in tegen het weberiaanse ideaal, en kan duidelijk nadelige gevolgen hebben ten aanzien van de kwaliteit en de continuïteit van de ambtelijke dienst. De loyaliteit gaat primair uit naar de regeringspartij(en) en de beleidsagenda van de regering. Deze vorm van politisering is onder andere beschreven door Suleiman, Peters en Pierre, en Kopecky e.a.<sup>10</sup> In een land zoals Nederland, waar tot op heden altijd coalities nodig zijn geweest om een regering te vormen, heeft deze vorm van politisering geen of beperktere oriëntatie op één regeringspartij, maar op de regering (coalitie) als geheel.

De derde en meest verfijnde vorm van politisering wordt in de literatuur aangeduid als 'New Political Governance'.<sup>11</sup> Politisering vindt plaats omdat de politiek leider (van de coalitie) dit bevorderlijk of noodzakelijk acht voor zijn/haar politiek overleven en politieke effectiviteit in een turbulente externe omgeving. Dit is een vorm van politisering waarin, anders dan bij de tweede vorm, de loyaliteit primair uitgaat naar de persoon van de bewindspersoon en diens beleidsagenda, en minder naar de bredere partijpolitieke (of regerings)belangen. Inhoudelijke expertise is van belang, maar is ondergeschikt aan politiek-strategische vaardigheden. Bewindspersonen hebben dus behoefte om zich te omringen met ambtenaren die (a) hun persoonlijke beleidsagenda min of meer kritiekloos ondersteunen en (b) persoonlijk loyaal zijn. Ook dienen deze ambtenaren in staat en bereid te zijn om de juiste 'spin' aan de feiten te geven. Voor geen van deze vereisten is partijpolitieke overeenkomst noodzakelijk.

10 E. Suleiman, *Dismantling Democratic States*, Princeton: Princeton University Press 2003; Peters & Pierre 2004; P. Kopecky, P. Mair & M. Spirova (red.), *Party Patronage and Party Government in European Democracies*, Oxford: Oxford University Press 2012.

11 P. Aucoin, 'New Political Governance in Westminster Systems', *Governance* (25) 2012, afl. 2, p. 177-199.

Tabel 2 Drie typen politisering

Type politisering	Loyaliteit aan ...?	Welk type ver- dienste van belang?	Motivatie v/d poli- tiek leider	Sanctiemogelijk- heden	Komt voor in ...	Auteurs
<b>I. Patronagebenoe- mingen</b>	Primair aan de per- soon van de politiek leider	Van ondergeschikt belang	Verdelen van spoils en kweken van per- soonlijke loyaliteit	Benoemen, bevor- deren en ontslaan	... met name pre- en vroegmoderne westerse landen en ontwikkelingslanden	Grindle (2012); Van den Berg e.a. (2015b)
<b>II. Partijpolitieke grip</b>	Primair aan rege- ringspartij(en) en de beleidsagenda van de regering	1 inhoudelijke geschiktheid 2 politiek-strate- gische vaardig- heden	Verticale controle op ambtelijk appa- raat	1 benoemen, bevorderen en ontslaan 2 omzeilen, <i>sideli- seren</i> en margina- liseren	... westerse en ont- wikkelingslanden	Suleiman (2003); Peters & Pierre (2004); Kopecky e.a. (2012)
<b>II. New Political Governance</b>	Primair aan persoon van de politiek lei- der (bewindspers- soon) en diens beleidsagenda	1 politiek-strate- gische vaardig- heden 2 inhoudelijke geschiktheid	Politiek overleven en politieke effectivi- teit in turbulente externe omgeving	1 omzeilen, <i>sideli- seren</i> en margina- liseren 2 benoemen, bevorderen en ontslaan	... met name welva- rende westerse lan- den	Van den Berg (2011); Aucoin (2012)

Op grond van de uitkomsten van het onderzoek van 't Hart e.a. en Van den Berg voor Nederland,<sup>12</sup> en recente onderzoeksresultaten uit verschillende vergelijkbare buitenlandse,<sup>13</sup> verwachten we dat in de periode 2002-2015 in Nederland een transitie waar te nemen is in de algemene politiek-ambtelijke verhoudingen van een type 2- naar een type 3-politisering, dus van een drijfveer om loyaliteit te kweken die verschuift van zorg om partijpolitieke controle over het ambtelijk apparaat naar *New Political Governance*, en van sanctiemogelijkheden die in mindere mate samenhangen met benoemen, bevorderen en ontslaan, en in toenemende mate met zogenaamd 'ostracizen' (omzeilen, *sidelinen* en marginaliseren). Bovenstaande heeft betrekking op de verhouding tussen bewindspersonen en ambtenaren in algemene zin. Als we specifiek naar de rol van wetgevingsjuristen kijken, zien we dat het spanningsveld tussen politieke loyaliteit en eigen professionaliteit bij uitstek relevant is. Wetgevingsjuristen hebben in vergelijking met veel andere beleidsambtenaren een sterkere professionele identiteit en beschikken over een unieke vorm van expertise die nodig is bij het opstellen van wetgeving.<sup>14</sup> Daarnaast is de rol van de wetgevingsjurist, beduidend sterker dan die van de (andere) beleidsambtenaren, er een van de hoeder van het recht, en van de

12 't Hart e.a. 2002; Van den Berg 2011.

13 Voor het Verenigd Koninkrijk: Aucoin 2012 en Th. Hustedt & H. Houlberg Salomonson, 'Ensuring Political Responsiveness: Politicization Mechanisms in Ministerial Bureaucracies', *International Review of Administrative Sciences* (80) 2014, p. 746-765; voor Canada: Aucoin 2012 en J. Craft & M. Howlett, 'The Dual Dynamics of Policy Advisory Systems: The Impact of Externalization and Politicization on Policy Advice', *Policy and Society* (32) 2013, afl. 3, p. 187-197; voor Australië: Aucoin 2012; voor Nieuw-Zeeland: C. Eichbaum & R. Shaw, 'Revisiting Politicization: Political Advisers and Public Servants in Westminster Systems', *Governance* (21) 2008, p. 337-363; voor Duitsland: J. Fleischer, 'A Dual Centre? Executive Politics under the Second Grand Coalition in Germany', *German Politics* (19) 2010, afl. 3, p. 353-368 en Hustedt & Houlberg Salomonson 2014; voor België: M. Brans, B. de Peuter & G. Ferraro, *Policy Work Old and New: Challenges to Bureaucratic Policy Work As a Craft* (Organization Studies Summer Workshop, edition 8) 2012 en Hustedt & Houlberg Salomonson 2014; voor Frankrijk: Ph. Bezes & G. Jeannot, *Public Sector Reform in France: Views and Experiences from Senior Executives* (Country Report as part of the COCOPS Research Project) 2013 en L. Rouban, 'Politicization of the Civil Service in France: From Structural to Strategic Politicization', in: B.G. Peters & J. Pierre (red.), *Politicization of the Civil Service in Comparative Perspective: The Quest for Control*, Londen: Routledge 2004, p. 81-100; voor Noorwegen: K. Kolltveit, *Cabinet Decision-making and Concentration of Power: A Study of the Norwegian Executive Centre*, Oslo: University of Oslo 2013; voor Denemarken: Hustedt & Houlberg Salomonson 2014; voor Zweden: C. Dahlstrom & B. Niklasson, 'The Politics of Politicization in Sweden', *Public Administration* (91) 2013, afl. 4, p. 891-907; voor de Europese Commissie: A. Gouglas, M. Brans en P. Minos Chaslaridis (2014), *European Commission Cabinet Advisers and Policy Making* (paper gepresenteerd tijdens NOPSA 2014 Congress, Gothenburg, Zweden, 12-15 augustus 2014), A. Wille, *The Normalization of the European Commission: Politics and Bureaucracy in the EU Executive*, Oxford: Oxford University Press 2013 en A. Ellinas & E. Suleiman, *The European Commission and Bureaucratic Autonomy: Europe's Custodians*, Cambridge: Cambridge University Press 2012.

14 Kenniscentrum Wetgeving (KCW), *Het zelfportret van de Nederlandse wetgevingsjurist*, Den Haag: Kenniscentrum Wetgeving 2003, p. 5; R. Ververs & A. Oostdijk, *De wetgevingsjurist aan het werk. Een onderzoek in opdracht van Kenniscentrum Wetgeving*, Leiden: Research voor Beleid 2005, p. 24; G.J. Veerman, *Over wetgeving. Principes, paradoxen en praktische beschouwingen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 42.

rechtsstaat.<sup>15</sup> Hij dient te waarborgen dat een politieke beleidswens zodanig in wetgeving verwoord wordt, dat de wet zal voldoen aan de juridische kwaliteitseisen. Storme stelt dat hieruit noodzakelijkerwijze volgt dat ‘de overheidsjurist (...) de internationale rechtsorde, de Grondwet, de wetten en reglementen moet volgen, zelfs zo de opdracht van de Minister een andere richting zou uitgaan’.<sup>16</sup> Dat wetgevingsjuristen deze speciale positie zelf ook onderschrijven, blijkt uit het feit dat twee derde van hen vindt dat een wetgevingsjurist zich niet in bochten moet wringen om aan juridische onmogelijke wensen van de minister te voldoen.<sup>17</sup>

Naast deze juridische professionele rationaliteit kan de juridische functie zich niet onttrekken aan de politieke rationaliteit van waaruit de beleidswensen van hun bewindspersoon afkomstig zijn.<sup>18</sup> Die rationaliteit is, in lijn met de democratische beginselen, juist gericht op het bedienen van kiezersgroepen, deelbelangen en maatschappelijke instituties.<sup>19</sup> De wetgevingsprofessie heeft dus de taak om beleidswensen loyaal te vervatten in wetgeving, zodat de beoogde beleidsdoelen gerealiseerd kunnen worden, en dit tegelijkertijd te doen in overeenstemming met de professionele en grondwettelijke juridische normen. Hoe meer de politieke rationaliteit de juridische rationaliteit verdrukt, hoe meer de juridische functie een sluitpost wordt in het beleidsproces,<sup>20</sup> hoe beperkter de invloed van wetgevingsjuristen wordt, en hoe groter de kans dat wetgeving tot stand komt die op gespannen voet staat met de juridische vereisten.

Om deze redenen vormen wetgevingsjuristen een zogenaamde *critical case*: omdat zij vanwege hun specifieke rol en kenmerken geacht mogen worden beter dan gewone beleidsambtenaren in staat te zijn weerstand te bieden tegen politisering, kan aangenomen worden dat indien er bij deze groep ambtenaren sprake is van politisering, dit ook geldt voor andere typen beleidsambtenaren.<sup>21</sup> Hieronder gaan wij aan de hand van bestaande literatuur en eigen kwalitatieve en kwantitatieve gegevens in op de vraag in hoeverre het werk en de werkomgeving van de juridische functie inderdaad veranderd zijn en welke copingstrategieën er gekozen worden.

15 Natuurlijk mag worden verwacht dat ook andere beleidsambtenaren een eigen rol hebben in het beschermen van de rechtsstaat, het hoeden daarvan is niet het monopolie van juristen.

16 M. Storme, ‘De wetgevingsambtenaar in een Europese context’, in: P. van der Grinten & T. Heukels (red.), *Crossing Borders: Essays in European and Private International Law, Nationality Law and Islamic Law in Honour of Frans van der Velden*, Deventer: Kluwer 2005, p. 9-15, m.n. p. 10-11.

17 KCW 2003, p. 5.

18 M. Bouwens, *Wetgeven tussen wetenschap en politiek* (Publicatiereeks Recht en Overheid), Academie voor Wetgeving 2012, <[http://academievooroverheidsjuristen.nl/files/2013-09/Bouwens\\_Wetgeven%20tussen%20wetenschap%20en%20politiek.pdf](http://academievooroverheidsjuristen.nl/files/2013-09/Bouwens_Wetgeven%20tussen%20wetenschap%20en%20politiek.pdf)> (geraadpleegd op 12 juni 2015).

19 Veerman 2007.

20 Veerman 2007, p. 43.

21 R. Yin, *Case Study Research: Design and Methods*, Londen: Sage 2014; M.Q. Patton, *Qualitative Research and Evaluation Methods* (3de druk), Thousand Oaks, CA: Sage 2001, p. 236.

### 3. Resultaten van het empirisch onderzoek

Voor dit exploratieve onderzoek zijn in de periode april-juli 2015 veertien experts geraadpleegd. Deze groep respondenten bestaat uit wetgevingsjuristen, (voormalig) topambtenaren, beleidsadviseurs en voormalig politiek assistenten van acht verschillende departementen, en (voormalig) leden en medewerkers van de Eerste en Tweede Kamer. Het belangrijkste criterium voor de selectie van respondenten is variatie in (a) rollen in het wetgevingsproces en (b) beleidsterreinen. Daarmee beoogt onze steekproef dus niet representatief te zijn, maar wel om perspectieven van een zo breed mogelijke groep spelers mee te betrekken. Zij zijn bevraagd over de politiek-ambtelijke context van de wetgevingsjuridische functie, de al dan niet veranderende rol van de wetgevingsjuridische functie binnen de ambtelijke dienst en over mogelijke manieren om de eventuele spanningen of uitdagingen rondom het werk van wetgevingsjuristen in hun politiek-ambtelijke context te verlichten. Omwille van de anonimiteit van de respondenten zijn wij genoodzaakt hun perspectieven in relatief algemene en niet-sectorespecifieke termen weer te geven. De eerste belangrijke rode draad door de gesprekken met de praktijkexperts is de notie dat met het aantreden van het kabinet-Rutte I er vanuit het kabinet een nieuwe politieke *mindset* is gekomen ten aanzien van rechtsstatelijkheid en de rol van de traditionele waakhonden van de rechtsstaat: wetgevingsjuristen, Raad van State, Tweede Kamer, Eerste Kamer, rechtspraak.<sup>22</sup> Respondenten merkten op:

‘Sinds die tijd wordt er vanuit de politiek met regelmaat gesproken over de “uitwassen van de rechtsstaat”, een frase die je voorheen nooit hoorde.’

En:

‘Het wetgevingsproces is vooral instrumenteel geworden: wat is de snelste route van A naar B, en hoe kunnen we zoveel mogelijk obstakels en vertragers omzeilen of uit de weg ruimen? De bril van de bewindspersonen en hun directe entourage is in de eerste plaats: hoe gaat dit vallen? Is dit politiek haalbaar? Juridische verplichtingen en normen komen helaas steeds vaker steeds later in het proces aan bod.’

Een andere respondent:

‘Dit kabinet en het voorgaande gebruiken wetgeving als een soort APV.’

22 Een interessant politiek en sociologisch vraagstuk is wat nu de oorzaken zijn van deze nieuwe mindset, waarin rechtsstatelijke waarden minder wegen dan voorheen. Het voert te ver voor deze bijdrage om hier al te diep op in te gaan. Voor dit artikel volstaat het om deze veranderde mindset te zien als het product van de maatschappelijke en politieke krachten en tegenkrachten zoals benoemd in tabel 1.

C.F. van den Berg & G.S.A. Dijkstra

Een verschuiving die in het veld waargenomen wordt, is dat de juridische criteria, die 'vroeger' golden als knock-outcriteria bij het opstellen van wetgeving, nu op een gelijk niveau beschouwd worden als andere criteria en afwegingen, zoals effectiviteit, efficiency en politiek-maatschappelijke beeldvorming.

Een illustratie hiervan is dat in de afgelopen kabinetsformatie (tijdens welke het overgrote deel van het wetgevingsprogramma van het kabinet vastgelegd wordt) de formateurs bijgestaan werden door een relatief kleine groep vertrouwde adviseurs die het proces ondersteunden vanuit politieke en financiële hoek. (De versmalling van de groep naaste adviseurs door wie bewindspersonen zich laten adviseren, wordt ook in Angelsaksische landen waargenomen en wordt daar bestempeld als 'court politics'.<sup>23</sup>) Juridisch advies werd hierbij niet of nauwelijks ingewonnen. In de woorden van een respondent:

'Er bestaat geen twijfel over dat juridische toetsing en haalbaarheid sterk ondergeschikt werden geacht aan het vinden van een politiek compromis, snelheid en beeldvorming van daadkracht.'

Respondenten gaven aan dat als gevolg hiervan wetgevingsjuridische afdelingen zich met formuleringen in regeerakkoorden geconfronteerd zagen die door velen als 'op het randje' van de rechtsstatelijkheid werden beschouwd of duidelijk in strijd met internationale juridische verplichtingen bleken te zijn.

De tweede rode draad is dat de manier van beleidsvorming 'opgejaagder' lijkt te zijn geworden, met name als gevolg van wat respondenten 'deliverydruk' hebben genoemd. Traditionele routes van advisering, zowel inhoudelijk als juridisch, hebben aan prominentie en gezag ingeboet. Dit geldt voor intern wetgevingsjuridisch advies, maar ook voor de adviesorganen en de Raad van State. Daarnaast zijn er nieuwe, aanvullende manieren van consultatie bij gekomen, zoals open internetconsultaties en klankbordgroepen rondom individuele bewindspersonen. 'Bewindspersonen maken de afgelopen jaren liever gebruik van ad hoc gevormde adviescommissies, die zij zelf kunnen samenstellen, en waar veelal een kruising tussen expertise en belangenvertegenwoordiging plaatsvindt', aldus een respondent. Een minister heeft op deze manier meer vrijheid om voor zijn besluitvorming te kiezen en te selecteren tussen verschillende adviesbronnen, de adviezen van de traditionele organen te degraderen tot 'een mening naast verschillende andere' en om het eigen besluit te legitimeren als een zorgvuldige afweging van een veelheid van adviezen.

De kabinetten-Rutte I en II zijn minderheidsregeringen. Rutte I was formeel een minderheidskabinet met gedoogsteun van de PVV. Rutte II is formeel een meerderheidskabinet maar zonder een meerderheid in de Eerste Kamer (Rutte I had wel een meerderheid in de Eerste Kamer). In de nieuwe samenstelling van de Eerste Kamer (vanaf mei 2015) is dit probleem van Rutte II nog nijpender. In het licht van de minderheidsregeringen zijn wetgevingstrajecten voor bewindsperso-

23 R.A.W. Rhodes, 'From Core Executives to Court Politics', in: G. Davis & R.A.W. Rhodes (red.), *The Craft of Governing: The Contribution of Patrick Weller to Australian Political Science*, Crows Nest, NSW: Allen & Unwin 2014, p. 53-72.

nen riskanter geworden: een parlementaire meerderheid is minder vanzelfsprekend, dus moeten zij extra alert zijn ‘om ongelukken te voorkomen’. Het deel van het wetgevingsproces waar de politiek assistent van de bewindspersoon eropuit gestuurd wordt en met de Tweede Kamerfracties een voorstel opstelt dat op een parlementaire meerderheid kan rekenen, is volgens de respondenten een steeds belangrijker onderdeel van het totale wetgevingsproces geworden. Pas als dat voorstel er ligt, wordt er vanuit juridisch oogpunt kritisch naar de tekst gekeken. ‘De opdracht aan de juridische functie is dan: zorg dat het juridisch kan.’ Van sommige departementen gaat geen wetsvoorstel richting de Tweede Kamer zolang de politiek assistent geen bevestigend antwoord op de vraag van de bewindspersoon ‘Is het geregeld?’ (dat wil zeggen: ‘Zijn we verzekerd van een parlementaire meerderheid?’) heeft gegeven.<sup>24</sup> Een respondent:

‘Het is belangrijk dat zo veel mogelijk parlementaire stakeholders opgelijnd staan voordat we een voorstel officieel naar de Kamer sturen. Zo zorgen we dat iedereen er op dat moment iets aardigs over kan zeggen in het publieke debat. Het is ook niet ongebruikelijk dat de politiek assistent de opdracht krijgt om er bij de fracties voor te lobbyen dat een bepaald voorstel als hamerstuk aangenomen wordt.’

Respondenten geven meteen aan dat er vanzelfsprekend aanzienlijke variatie is in hoe bewindspersonen hier per departement mee omgaan:

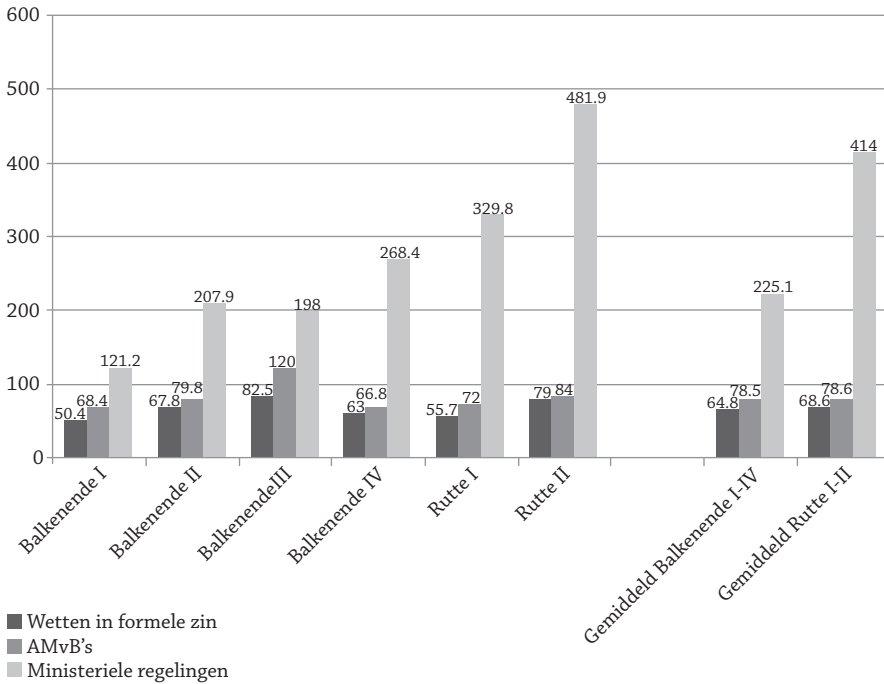
‘Sommige ministers willen graag doorstomen en hebben geen belangstelling om tegengesproken te worden, andere vinden het tegenwicht juist erg prettig en vragen erom. Maar toch wordt de toon gezet door de “geest van het regeerakkoord”, en door de bewindspersonen die beeldbepalend zijn op grond van hun functie, zoals de minister-president en de minister van Veiligheid en Justitie, of op grond van hun persoon.’

Als gevolg van de toegenomen gejaagdheid van het wetgevingsproces lijken wetgevingsjuristen (net als gewone beleidsambtenaren) een deel van de politieke druk ook geïnternaliseerd te hebben. Omwille van de ‘efficiency van het wetgevingsproces’ is het niet langer ongebruikelijk dat wetgevingsjuristen ook zelf aandringen op snelheid, of politieke steunverwerving vóór juridische opportuniteit laten gaan.

24 Dit betekent overigens ook dat de parlementaire behandeling en het parlementaire debat over nieuwe wetgeving minder inhoudelijk zijn: de werkelijke krachtmeting en belangenafweging hebben zich al in het traject van voorkoken tussen de politiek assistent en de fracties (van de coalitiepartijen) afgespeeld, en de eigenlijke parlementaire behandeling is in toenemende mate voor de bühne. Ten aanzien van de rol van de Tweede Kamer merkten verschillende respondenten tevens op dat er zelden kritische vragen of bezwaren vanuit de Tweede Kamer aan de minister gesteld worden, zelfs als de juridische bezwaren van een wetsvoorstel niet moeilijk te detecteren zijn.

C.F. van den Berg &amp; G.S.A. Dijkstra

**Figuur 1** *Het aantal wetten, AMvB's en MR's dat per kabinet in werking is getreden (2002-2015); gemiddeld per jaar gewogen naar de duur van de kabinetsperiode in # maanden.*



NB Het zoekprogramma geeft alleen de wetgevingsinstrumenten weer die op de peildatum (mei 2015) nog steeds van kracht waren. Instrumenten die inmiddels weer vervallen zijn, houdt het zoekprogramma buiten beeld.

Bron: eigen bewerking op basis van <www.wetten.nl>.

Afgezien van bovenstaande kwalitatieve bevindingen, zijn we ook op zoek gegaan naar mogelijke kwantitatieve indicatoren van een verandering van het belang van de wetgevingsjuridische adviesfunctie binnen de rijksdienst. Dit doen wij door te kijken naar de verhouding in het gebruik van wetten in formele zin versus gedelegeerde wetgeving (algemene maatregelen van bestuur – AMvB's – en ministeriële regelingen – MR's). Omdat wetgevingsjuristen over het algemeen nauwer betrokken zijn bij de ontwikkeling van wetten in formele zin en AMvB's dan bij MR's (variërend per departement), vatten wij een toename van het gebruik van gedelegeerde wetgeving op als een afname van het belang en invloed van wetgevingsjuristen op het wetgevingsproces.

In figuur 1 geven we weer hoe deze verhouding zich vanaf het aantreden van het kabinet-Balkenende I tot heden (mei 2015) heeft ontwikkeld.

Deze figuur laat een stijging van het aantal van alle drie de vormen van wetgeving zien. Echter, bij wetten in formele zin is deze beperkt, net als voor AMvB's, maar bij MR's lijkt deze stijging zeer groot te zijn. Hoewel dit beeld enigszins uitvergroot is omdat inmiddels vervallen instrumenten niet weergegeven worden, komt een toename van het gebruik van gedelegeerde wetgeving ook naar voren in onderzoeken van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK) uit 2009 en 2012.<sup>25</sup>

Een mogelijke verklaring hiervoor is dat de kabinetten-Rutte formeel (Rutte I) dan wel feitelijk (Rutte II) minderheidskabinetten zijn. MR's kunnen op betrekkelijk eenvoudige wijze tot stand worden gebracht zonder dat het parlement hierbij betrokken is, de voltallige regering in moet stemmen en zonder dat de Raad van State gehoord hoeft te worden. Zodoende is het aannemelijk dat de toename in het gebruik van MR's voortkomt uit het belang dat bewindspersonen hechten aan het ontwijken van de politieke en maatschappelijke turbulentie en de risico's die deze met zich meebrengen voor het uitvoeren van de politieke agenda van de uitvoerende macht. Bewindspersonen kunnen dit vanzelfsprekend alleen doen voor zover de betreffende wet hiervoor de ruimte biedt. Een voorbeeld hiervan is het voorstel van de regering uit december 2014 om de zorgplannen van minister Schippers via een AMvB alsnog door te voeren, als de Eerste Kamer niet alsnog zou instemmen met de nieuwe zorgwet waarin de vrije artskeuze beperkt zou worden. Hier was de gedachte om een ingrijpende en maatschappelijk controversiële beleidsagenda door middel van gedelegeerde wetgeving zonder veel weerstand door te voeren. Het gaat hier om een uitzonderlijke situatie, die desondanks tekenend is voor de gewijzigde politieke mindset ten aanzien van wetgeving en het uitschakelen van kritische geluiden.

Een tweede, gerelateerde mogelijke verklaring voor een stijging van het aantal MR's in relatie tot wetten in formele zin en AMvB's is de noodzaak tot het sluiten van politieke compromissen buiten het regeerakkoord om. Het ligt voor de hand dat dit niet alleen tot uitruil leidt, maar ook tot vagere primaire wetgeving, waarbij de details meer worden overgelaten aan MR's (waarvoor overeenstemming binnen het kabinet niet noodzakelijk is) dan bij koninklijke besluiten, met name AMvB's (waarbij een dergelijke overeenstemming wel noodzakelijk is). Een bijkomend 'voordeel' is dat geen advies gevraagd hoeft te worden aan de Raad van State. Alhoewel het oordeel van de Raad van State soms wordt weggezet als 'slechts' een advies, kan op deze wijze een kritische blik vermeden worden (die anders uiteraard de nodige beroering en parlementaire aandacht kan veroorzaken). De relatief geringe stijging van het aantal AMvB's (niet noemenswaardig afwijkend van de stijging van het aantal wetten in formele zin) kan op deze wijze worden verklaard. Uiteraard heeft het parlement (al dan niet op instigatie van pers en publieke opinie) het recht bewindspersonen ter verantwoording te roepen voor al hun handelen (inclusief het handelen van hun ambtenaren). Echter, de

25 BZK, *Beleidsdruk in beeld; een kwantitatieve vergelijking* (Benchmark Beleid), 2009; BZK, *Beleidsdruk in beeld. Inzichten uit het verdieppingsproces – periode 2009-2012* (Benchmark Beleid), 2012.

overvloed aan MR's maakt het praktisch gezien lastig voor parlementariërs hier (tijdig) aandacht voor te vragen.<sup>26</sup>

Andere mogelijke verklaringen voor een toename van het gebruik van gedelegeerde wetgeving zijn de snelheid die geboden is bij het doorvoeren van wetgeving die gericht is op crisisbestrijding en bezuinigingen (beide bijdragend aan de gejaagdheid van het wetgevingsproces)<sup>27</sup> en europeanisering. Omzettingwetgeving staat minder aanpassing op grond van een binnenlands politiek debat toe, waardoor gedelegeerde wetgeving meer voor de hand ligt. Dit neemt niet weg dat hier een politiek-strategische overweging aan ten grondslag kan liggen: gedelegeerde wetgeving vermindert immers ook het risico op goldplating tijdens een parlementaire behandeling.<sup>28</sup>

#### 4. Consequenties voor wetgevingsjuristen

De vraag die in deze paragraaf centraal staat, is wat de eerdere constatering voor gevolgen hebben voor de positie en het functioneren van wetgevingsjuristen. Op basis van de interviews constateren wij dat de politieke spanning op het werk van wetgevingsjuristen is toegenomen. Voor wat betreft wetten in formele zin en in mindere mate AMvB's betekent dit dat zij in toenemende mate worden geconfronteerd met voldongen feiten. Zij hebben niet alleen te maken met 'producten' die op beleidsambtelijk niveau zijn voorgekookt, maar vooral ook daarbuiten op politiek niveau (met een steeds belangrijker rol voor de politiek assistenten van de bewindspersonen).

De eigen (rechtsstatelijke) waarden van de wetgevingsjuristen komen daarmee in een steeds meer ondergeschikte positie. Deze positie is verder onder druk komen te staan door de geringere invloed van de Raad van State ('slechts een advies'), de steeds verdere afkalving van het juristenmonopolie binnen het openbaar

26 De Jong en Herweijer publiceerden in 2004 over de ontwikkeling van het aantal wetten, AMvB's en MR's in Nederland (P.O. de Jong & M. Herweijer, *Alle regels tellen*, Den Haag: WODC 2004). Opvallend uit dit onderzoek is dat zij – over de periode 1976-2003 – constateren dat het aantal MR's weliswaar is toegenomen, maar dat zij niet spreken over een spectaculaire stijging en dat zij ook verder nauwelijks aandacht besteden aan MR's. Echter, wij constateren dat voor de door ons onderzochte periode (2002-2015) dergelijk gebrek aan aandacht onterecht is. Een belangrijke bevinding uit ons onderzoek is dat de aard en omvang van het aantal MR's wel degelijk afhankelijk zijn van de bestaande politieke constellatie. In de periode van zowel de kabinetten-Balkenende als de kabinetten-Rutte lijkt er sprake te zijn van een sterk verband tussen de stabiliteit van het kabinet en het aantal MR's. Een instabiel kabinet produceert minder MR's dan een stabiel kabinet. Dit lijkt in tegenstelling tot eerdere conclusies, maar dat is niet het geval. Politieke versplintering heeft een positieve invloed op het aantal MR's. Een kabinet dat zo instabiel is dat het slechts korte tijd regeert, heeft simpelweg nauwelijks de tijd en de mogelijkheden om veel MR's te produceren.

27 L. Oberndorfer, 'A New Economic Governance through Secondary Legislation? Analysis and Constitutional Assessment: From New Constitutionalism, via Authoritarian Constitutionalism to Progressive Constitutionalism', in: N. Bruun, K. Lörcher & I. Schömann (red.), *The Economic and Financial Crisis and Collective Labour Law in Europe*, Basingstoke: Hart 2014, p. 25-54.

28 B. Steunenbergh & W. Voermans, *The Transposition of EC Directives: A Comparative Study of Instruments, Techniques and Processes in Six Member States*, Den Haag: WODC 2006.

bestuur<sup>29</sup> en de afnemende belangstelling van bewindspersonen van het ministerie van Justitie (tegenwoordig niet zonder enige betekenis het ministerie van Veiligheid en Justitie genoemd) om ook richting hun collega's de kwaliteit van wetgeving en de rechtsstatelijke waarden te bewaken.

Een toename van het aantal MR's leidt ertoe dat de aandacht voor rechtsstatelijke waarden (centrale waarden voor de wetgevingsjurist) alleen maar afneemt. Veel MR's worden in beperkte mate onder de aandacht gebracht van de wetgevingsjuristen, die zich van oudsher vooral concentreren op wetten in formele zin en AMvB's, terwijl inhoudelijk steeds meer in de MR's wordt geregeld. Dat de wetgevingsjurist binnen het ambtelijk apparaat de rechtsstatelijke waarden kan borgen, wordt steeds meer een illusie.

Dit komt overeen met de bevindingen die Van Lochem beschrijft.<sup>30</sup> Hij omschrijft vervolgens vijf mogelijke strategieën die wetgevingsjuristen tot hun beschikking hebben om met deze spanning om te gaan, of om een ontspanning te bewerkstelligen (zie figuur 2). Deze mechanismen vormen een oplopende schaal van 'politiek meebuigen'. Opgemerkt moet worden dat deze vijf mechanismen niet het uitputtende aantal mechanismen zijn, en dat in de praktijk een gelijktijdige toepassing van meerderen mechanismen zeer wel mogelijk is.

**Figuur 2** *Copingmechanismen van wetgevingsjuristen voor toegenomen politieke druk*<sup>31</sup>



In de eerste plaats kunnen wetgevingsjuristen zich *distantiëren*. Dat wil zeggen dat de wetgevingsjurist of de juridische directie of afdeling zich er niet mee bemoeit, óf door de beleidsdirecties buiten het wetgevingsproces wordt gehouden. Van beide varianten hebben we voorbeelden in de praktijk gevonden. Ten aanzien van de vrijwillige variant van distantiëren gaven respondenten aan dat met name gedurende het kabinet-Rutte I verschillende wetgevingsjuristen zo sterk gedemotiveerd zijn geraakt dat zij serieus overwogen om hun ontslag aan te bieden. De niet-vrijwillige variant van distantiëren die Van Lochem benoemt, komt overeen met het *ostracizen* uit tabel 2. Met name het kabinet-Rutte II probeert bij wetsvoorstellen in een vroegtijdig stadium draagvlak te vinden bij partijen die samen over een meerderheid beschikken in Tweede en Eerste Kamer.

29 Vgl. ook al F.M. van der Meer & L.J. Roborgh, *Ambtenaren in Nederland: omvang, bureaucratisering en representativiteit van het ambtelijk apparaat*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1993.

30 P.J.P.M. van Lochem, 'De spanning tussen ambtelijke loyaliteit en correct overheidshandelen', *RMThemis* (173) (2012), afl. 3, p. 115-122.

31 Naar: Van Lochem 2012.

C.F. van den Berg & G.S.A. Dijkstra

Politiek assistenten van bewindspersonen spelen hierbij een prominente rol. Het ambtelijk apparaat (inclusief de wetgevingsjuristen) staat hierbij op enige afstand.<sup>32</sup> In de tweede plaats kunnen zij *zuiver juridisch adviseren*. Dat wil zeggen dat de wetgevingsjurist bij zijn bewindspersoon aangeeft wat de juridische implicaties van het beleidsvoornemen zijn, maar daarbij benadrukt dat het de minister is die de verantwoordelijkheid draagt. Ook deze vorm van coping vonden we terug in onze interviewronde:

‘Wetgevingsjuridische afdelingen moesten even slikken maar hebben zich daarna herpakt.’

En:

‘We moeten professionaliseren, duidelijke en consistente kwaliteit leveren en zo onze eigen rol waarmaken.’

In de derde plaats kunnen zijn meer *strategisch handelen*. Dat wil zeggen verder gaan dan alleen juridisch te adviseren, bijvoorbeeld door het juridisch advies te geven in politieke termen, om zo de kans te vergroten dat de minister overtuigd raakt en alsnog in lijn met de vereisten van rechtsstatelijkheid zal besluiten. Ook voorbeelden van dit mechanisme kwamen in de gesprekken naar boven:

‘Wanneer een wetsvoorstel in onze ogen op gespannen voet staat met het recht of met de rechtsstatelijkheid, dan wijzen we de minister op de mogelijke problemen die kunnen ontstaan, dus wáár in de wetgevings- en beleidsketen de juridische zwakheden een probleem voor de bewindspersoon kunnen vormen.’

In chronologische volgorde kan dit zijn bij de Raad van State, bij de Tweede Kamer, bij de Eerste Kamer, in de uitvoering, bij de Nederlandse rechter, bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), bij het Hof van Justitie van de Europese Unie of bij een inbreukprocedure van de Europese Commissie. Hoe eerder in deze keten zich de mogelijke problemen bevinden, hoe groter de kans dat de minister hierop zijn of haar voorstel zal willen bijstellen of intrekken. Verschillende respondenten gaven aan dat het belangrijk is om de risico's niet in abstracte, juridische termen, maar juist in concrete termen aan de minister voor te leggen:

‘Het levend maken van de risico's helpt ons bij het overtuigen van de minister dat er een wezenlijk probleem is.’

32 Mogelijk is dit een van de verklaringen voor het feit dat verscheidene in 2015 afzwaaiende Eerste Kamerleden constateren dat de kwaliteit van wetgeving de afgelopen jaren achteruit is gegaan (AVROTROS *Kamerbreed* 16 mei 2015, NPO Radio1: <[www.radio1.nl/popup/terugluisteren-programma/20/2015-05-16](http://www.radio1.nl/popup/terugluisteren-programma/20/2015-05-16)>).

In de vierde plaats kunnen zij *meer meedenken en meebesturen*. Dit wil zeggen dat de wetgevingsjurist het recht als een van de toetsingskaders ziet waarmee hij werkt, náást bijvoorbeeld doelmatigheid. Van Lochem:

‘De hier bedoelde overheidsjuristen zijn niet bang om nee te zeggen, zij kijken erop neer.’<sup>33</sup>

Voorbeelden van dit mechanisme vonden we terug in visies van respondenten die zichzelf graag als ‘partner van beleid’ zien:

‘Juridische afdelingen hebben er alle belang bij om een open lijn naar de bewindslieden te hebben. Een manier om dit te bereiken is dat dat “beleid” en de juridische afdeling samen een bepaald voorstel voorleggen aan de bewindslieden en daar dan ook gezamenlijk een reactie van de bewindspersonen op krijgen.’

Interessant hierbij is dat sommige respondenten mechanismen die onder *advise- ren* vallen als ‘professionaliseren’ zien, terwijl andere mechanismen die onder deze categorie van *meebesturen* vallen, zien als ‘professionaliseren’.

Ten slotte, schrijft van Lochem, kunnen wetgevingsjuristen *alles afwegen*. Dit is de meest verregaande omgang met het spanningsveld. De jurist hanteert het juridisch normenkader zo flexibel mogelijk, en maakt dit kader zó alomvattend dat het altijd wel een juridische legitimatie bevat voor het door de minister beoogde handelen. Van deze categorie mechanismen zijn in de gesprekken geen voorbeelden naar voren gekomen.

## 5. Conclusie en aanbevelingen

Is er nu sprake van een politisering van de wetgevingsjuridische functie of niet? Wij komen tot de voorlopige conclusie dat dit wel het geval is, zij het vooral in de vorm van politisering in termen van *New Political Governance*. Op de vraag in de titel van deze bijdrage geven wij dan ook (helaas) een positief antwoord. In paragraaf 2 benoemden we politisering als het proces waarin ‘overwegingen van politieke loyaliteit en politieke rationaliteit een sterke rol spelen in het werk van ambtenaren en professionele en meritesoverwegingen secundair worden’. In dit onderzoek hebben we inderdaad een toenemende politieke rationaliteit in het wetgevingsproces waargenomen en een relatieve verschuiving van professionele en meritesoverwegingen naar de achtergrond. We merken hierbij op dat het bij deze vorm van politisering niet zozeer gaat om patronagegemotiveerde benoemingen (type I) noch om partijpolitieke benoemingen (type IIa), maar wel om een toegenomen politiek-strategische rationaliteit die ten dienste staat van de politieke effectiviteit van de zittende bewindspersoon dan wel de regering of coalitie als geheel (al dan niet met de loyale oppositie). In die zin sluit de empirie aan bij

33 Van Lochem 2012, p. 12.

het conceptuele kader van New Political Governance (type III) en de partijpolitieke grip (type IIb), waarbij type IIb eerder zal voorkomen bij de totstandkoming van wetten in formele zin en AMvB's en type III eerder bij MR's. Juist bij MR's is een bewindspersoon in geringere mate afhankelijk van andere bewindspersonen en Kamerfracties en is hij beter in staat zijn persoonlijke voorkeuren door te voeren.

De politiseringsvariant(en) die we aantreffen bij de wetgevingsjuridische functie lijkt(t)(en) zich op twee te onderscheiden manieren te manifesteren: (a) in de totstandkoming van wetgeving en (b) in de keuze voor een bepaald wetgevingsinstrument (MR), al behoeft deze laatste bevinding nader onderzoek en meer aanscherping op basis van preciezere kwantitatieve analyses.

We hebben geconstateerd dat met name bij de kabinetten-Rutte (dus de afgelopen vijf jaar) zich aanzienlijke veranderingen hebben voorgedaan in het proces van wetgeving. Een opvallende conclusie is dat wetten steeds vaker voorgekookt worden door bewindspersonen en hun politiek assistenten (*court politics*). Meer dan voorheen al het geval was, worden wetgevingsjuristen voor een voldongen feit geplaatst.

Een tweede voorlopige constatering is dat er meer gebruik gemaakt lijkt te worden van gedelegeerde wetgeving. Wij hebben dit hierboven verklaard uit de positie van de kabinetten-Rutte I en II, die formeel dan wel feitelijk minderheidskabinetten zijn. Door MR's te hanteren is geen instemming van het parlement noodzakelijk, hoeft de Raad van State niet gehoord te worden en is formeel zelfs geen instemming binnen de regering noodzakelijk. Wetgevingsjuristen zijn bij de totstandkoming van MR's in mindere mate betrokken dan bij wetten in formele zin en AMvB's.<sup>34</sup>

Beide ontwikkelingen leiden ertoe dat de wetgevingsjurist steeds minder in staat is rechtsstatelijke waarden te borgen. Rechtsstatelijke waarden behoren tot de kern van de ambtelijke professionaliteit van wetgevingsjuristen. De wetgevingsjurist wordt daarmee steeds meer een 'knecht', een gevaar waar 't Hart e.a. al in 2002 op wezen. De machtsbasis van de wetgevingsjurist ten opzichte van de politiek, maar ook ten opzichte van de beleidsdirecties binnen het ambtelijk apparaat wordt daarmee steeds wankeler.

Een veelgehoorde oproep onder respondenten was dat de wetgevingsjuridische functie zich verder moet *professionaliseren* om kwaliteit te kunnen leveren in de nieuwe, meer gepolitiseerde werkomgeving. Echter, er bleken verschillende opvattingen te bestaan over wat professionaliseren voor wetgevingsjuristen nu precies inhoudt. Sommige respondenten gaven aan dat dit betekent 'rolvast adviseren vanuit de juridische rationaliteit' (mechanisme 2 in figuur 2), andere meenden dat professionaliseren juist inhoudt 'meer meebewegen en schakelen tussen de

34 De rol van de Raad van State (die eveneens pal staat voor rechtsstatelijke waarden) staat vervolgens ook onder druk. Ook de rol en positie van de Eerste Kamer zijn aan veranderingen onderhevig, doordat het kabinet-Rutte II geen meerderheid heeft in de Eerste Kamer. Dit kan twee implicaties hebben. In de eerste plaats kan dit betekenen dat de Eerste Kamer meer macht heeft en daardoor beter als hoeder van de rechtsstaat op kan treden. In de tweede plaats kan dit betekenen dat de Eerste Kamer steeds meer wordt betrokken bij politieke machtsprocessen (waaronder uitruil) en zich daardoor juist minder als hoeder van de rechtsstaat op zal stellen.

juridische, politieke en ambtelijke rationaliteit' (mechanisme 4 in figuur 2). Dit gebrek aan consensus geeft de ontstane ambiguïteit van de wetgevingsjuridische functie aan: is deze nu 'juridisch naast de politiek en het ambtelijk apparaat', of is deze 'ambtelijk met een juridische opdracht'?

Tot slot van deze bijdrage komen wij nog terug op de derde door ons opgeworpen vraag: wat zou er nodig zijn om de eventuele spanningen/uitdagingen rondom het werk van wetgevingsjuristen in hun politiek-ambtelijke context te verlichten? Eenvoudige oplossingen zijn niet voorhanden. Wij achten het 'meebewegen' of 'integraal afwegen' van wetgevingsjuristen niet wenselijk vanuit een rechtsstatelijk perspectief. Om principiële redenen – nog los van de spanningsvelden waar de wetgevingsjurist in terecht is gekomen – zijn wij van mening dat de democratische rechtsstaat moet worden versterkt. Dit kan op verschillende manieren gebeuren:

- Wetgevingsjuristen zouden een steviger positie moeten krijgen door hun een centralere rol te geven bij de totstandkoming van wetten, AMvB's en MR's. De rol van de wetgevingsjurist moet niet enkel instrumenteel en mechanisch zijn,<sup>35</sup> maar zal vooral ook moeten bestaan uit het waarborgen van de juridische kwaliteit van wetgeving en gedelegeerde wetgeving.<sup>36</sup> Wetgevingsjuristen zouden tevens hun publiekrechtelijke ambtelijke aanstelling moeten behouden om hun voldoende waarborgen te bieden tegen de politiek en andere onderdelen van het ambtelijk apparaat (waarborgen rechtsstaat). Elders hebben wij nadelige gevolgen van de Wet normalisering ambtelijke rechtspositie op een rij gezet.<sup>37</sup> Die argumenten voor het behoud van de publiekrechtelijke ambtelijke rechtspositie gaan ook (en juist in sterkere mate) op voor de wetgevingsjurist.
- Er zou meer juridische en parlementaire alertheid moeten komen ten aanzien van het gebruik van MR's. Deze alertheid is bij AMvB's al bij het parlement aanwezig. Het parlement zou dus terughoudender moeten zijn bij het toestaan dat zaken per MR worden geregeld. Een andere mogelijkheid is om ook bij belangrijke MR's een soort 'voorhangprocedure' te introduceren.
- De Eerste Kamer moet voorkomen dat zij haar toegenomen macht en invloed te veel partijpolitiek inzet en zich juist nadrukkelijk blijven manifesteren als hoeder van de rechtsstaat. Anders dan sommige politieke partijen wensen, zien wij dan ook geen heil in het afschaffen van de Eerste Kamer, tenzij er een goed alternatief komt (bijvoorbeeld in de vorm van een Constitutioneel Hof). De voor- en nadelen van deze constructies vallen buiten het bestek van deze bijdrage.
- Het Ministerie van Veiligheid en Justitie zou veel nadrukkelijker borg moeten staan voor rechtsstatelijke waarden. Er zou bijvoorbeeld een directeur-generaal Wetgeving kunnen worden benoemd binnen dit ministerie. Deze directeur-generaal zou niet alleen binnen dit ministerie over ruime bevoegdheden moeten beschikken, maar hij zou ook de rol van juridische waakhond buiten

35 'Knechtgedrag' in termen van 't Hart e.a. 2002.

36 'Ambtelijke professionaliteit' in termen van 't Hart e.a. 2002.

37 Van der Meer e.a. 2012.

C.F. van den Berg & G.S.A. Dijkstra

het ministerie kunnen vervullen (naast onder andere uiteraard de Raad van State en de Eerste Kamer).

- Er zou meer aandacht en ontzag voor de adviezen van de Raad van State moeten komen. De afgelopen jaren blijkt de Raad van State steeds meer kritische adviezen uit te brengen over voorstellen van wet en AMvB's (zie overzicht gebruik zware dicta over de periode 2007-2011<sup>38</sup>). Er zijn hiervoor twee mogelijke oorzaken, namelijk dat de Raad van State steeds kritischer wordt of dat de kwaliteit van de wetgeving afneemt. Uitlatingen van (voormalige) leden van de Eerste Kamer<sup>39</sup> doen vermoeden dat in ieder geval de tweede verklaring juist is.

Deze maatregelen leiden ertoe dat de spanningen in het werk van wetgevingsjuristen worden verlicht. Uiteraard is dat niet het hoofddoel, het gaat om het grote inherente belang van de rechtsstatelijke waarden, maar het is voor de wetgevingsjurist wel een prettige bijkomstigheid.

38 Zie Raad van State, *Jaarverslag 2011*, Den Haag.

39 Zie voetnoot 32.