

PUBLICIEER DE ADVIEZEN VAN DE RAAD VAN STATE, EN WEL METEEN!

1673 Prof. mr. H.U. Jessurun d'Oliveira

Ulli Jessurun d'Oliveira is oud-hoogleraar migratierecht aan de Universiteit van Amsterdam en oud-redacteur van dit blad.

De Raad van State beklagt zich in zijn Jaarverslag over het niet tijdig openbaar maken van haar adviezen door de regering. Kennelijk vindt de regering het erg vervelend of schaamtevol bepaalde adviezen van de Raad te publiceren of heeft men eenvoudig lak aan de Raad. Wat is er op tegen om de burger direct deelgenoot te maken van het resultaat van de debatten in de Raad van State? Een pleidooi voor onmiddellijke officiële publicatie van de wetgevingsadviezen van de Raad van State.

In het Jaarverslag 2005 van de Raad van State wordt een alinea gewijd aan de openbaarmaking van de adviezen over de wet- en regelgeving:

'Eind 2004 heeft de Raad aandacht gevraagd voor het feit dat 70 adviezen, uitgebracht voor het eind van 2003, nog niet openbaar zijn gemaakt.

Een jaar later – eind 2005 – zijn inmiddels 29 van de adviezen openbaar gemaakt, hetgeen neerkomt op een percentage van iets meer dan 40%. Helaas hebben niet alle betrokken ministers gereageerd.

*Meermalen heeft de Raad benadrukt dat de openbaarheid van de adviezen van de Raad van groot belang is voor zowel het inzicht in de werkzaamheden van de Raad, als voor de kenbaarheid van zijn adviezen voor alle betrokkenen in het wetgevingsproces, maatschappelijke groepen en overige burgers. Om die reden zal de Raad ook de komende jaren aandacht blijven vragen voor de tijdige openbaarmaking van de adviezen.'*¹

Wat moeten we ons voorstellen bij 'tijdige' publicatie? Dat is, in overeenstemming met de voorstellen van de Commissie-Biesheuvel uit 1970 en het daaruit

voortgekomen geluid in de Wet Openbaarheid Bestuur uit 1978, omschreven in het in 1980 opgenomen art. 25a van de Wet op de Raad van State.² In lid 1 daarvan is een openbaarmakingsplicht voor de betrokken minister(s) vastgelegd van de door de regering gevraagde adviezen. In de volgende leden vindt men de modaliteiten. Voor wat betreft adviezen over formele wetgeving bepaalt lid 2 dat de openbaarmaking van de adviezen daarover plaatsvindt gelijktijdig met de publicatie van de aan de Raad voorgelegde tekst, voor zover daarin wijzigingen zijn aangebracht nadat het advies is gevraagd, en met het nader rapport aan 'Ons'. Regel is dat de regering ervoor zorgt dat het advies samen met het wetsvoorstel en het oorspronkelijke wetsvoorstel aan de Tweede Kamer wordt gestuurd.

In de volgende leden van art. 25a worden een paar uitzonderingen op deze hoofdregel aangebracht. Zo blijft publicatie achterwege als het advies zonder meer instemmend luidt of alleen opmerkingen van redactionele aard bevat. Omgekeerd kan worden afgeleid uit de wetstekst dat een (negatief) advies niet hoeft te worden gepubliceerd als de regering op grond daarvan afziet van het voorleggen van een wetsontwerp aan de Tweede Kamer.³

Waar de Raad van State zich dus over beklagt, is dat de regering zich niet aan de wet houdt, en haar openbaarmakingsplicht verzaakt. Kennelijk vindt de regering het soms erg vervelend of schaamtevol om adviezen te publiceren, of heeft men eenvoudig lak aan de Raad van State. Dat blijkt ook uit een ander nogal

1. Jaarverslag 2005, p.149.

2. In de oorspronkelijke Wet op de Raad van State van 1861 heeft het beginsel van de openbaarheid bakzeil moeten halen. Zie uitvoeriger J.M. Polak, 'Adviseren over wetgeving', in: Raad van State 450 jaar, 1981, p. 277.

3. Adviezen over algemene maatregelen van bestuur worden volgens art. 25 a lid 1 Wet Raad van State gepubliceerd tegelijk met hun afkondiging.

eens voorkomend verschijnsel, namelijk dat er na het advies drastisch wordt veranderd in het wetsvoorstel en die spectaculaire wijzigingen niet alsnog weer voor advies worden voorgelegd aan de Raad. Daar kunnen brokken van komen, want die wijzigingen, soms ambtshalve noodsprongen, zijn vaak nog nergens op uitgeprobeerd. Ook hiervoor vraagt de Raad van State in zijn Jaarverslag 2005 'met enige zorg' de aandacht.⁴ Het is opvallend dat een instelling aan het hoofd waarvan de koningin staat, zich stelselmatig beklagt over de nalatigheid van een andere staatsinstelling waarvan zij eveneens het hoofd is. Zo trekt zij zichzelf aan de mouw, blijkbaar zonder veel resultaat. Wat dat betreft, lijkt het veel op zichzelf kietelen, dat lukt ook niet. Nu de regering het niet zo nauw blijkt te nemen met het vragen en publiceren van de wetgevingsadviezen van de Raad van State is het niet verwonderlijk dat de gegeven adviezen 'uitlekken'. Met uitlekken is dan bedoeld het beschikbaar komen van de adviezen aan een

scheidene media breed, maar tegenstrijdig geciteerd.⁷ Eerst heeft een Verdonk-fan naar de bevriende Telegraaf gelekt die dan ook suggereerde dat de Raad van State in beginsel akkoord ging met het ontwerp. Dat heeft ertoe geleid dat iemand anders die eveneens de beschikking had over het advies het niet kon laten een rechtzettend lek naar de NRC te openen waaruit duidelijk bleek dat de Raad van State juist heel veel kritiek had op het voorstel. Ook andere media wisten al gauw de hand op het advies te leggen, zoals het Antilliaans Dagblad. Politiek geïnspireerde lekkages dus. Uiteindelijk blijkt dat het vijftien pagina's tellende advies vrij vernietigende kritiek op het wetsvoorstel bevat en eindigt met het zware negatieve dictum: 'De Raad van State heeft bezwaar tegen het voorstel van wet en geeft U in overweging dit niet aldus te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal.' Intussen kondigt de Justitiebegroting 2007 de indiening van het wetsvoorstel bij de Tweede Kamer aan en mikt het mi-

Nu de regering het niet zo nauw blijkt te nemen met het vragen en publiceren van de wetgevingsadviezen van de Raad van State is het niet verwonderlijk dat de gegeven adviezen 'uitlekken'.

of meer media voor het moment dat ze overeenkomstig de wet openbaar gemaakt moeten worden door de regering bij de aanbidding van het wetsontwerp. Meestal vindt de lekkage kort na de aanbidding van het advies aan de regering plaats, lang voordat het wetsvoorstel panklaar is.

Dat is aan de orde van de dag.⁵ Om een recent voorbeeld te geven. Begin van dit jaar, op 30 januari 2006, is door de Minister van Vreemdelingenzaken en Integratiebeleid een ontwerp wetsvoorstel in roulatie gebracht met 'aanvullende maatregelen inzake het verblijf in Nederland van Antilliaanse en Arubaanse risicojongeren en inzake inburgering van Antilliaanse en Arubaanse Nederlanders'. De minister wilde wel eens horen hoe de samenleving in Nederland en in de West en de daarin opererende maatschappelijke groeperingen over zo'n voorstel dachten. De reacties waren overwegend voorspelbaar. Ook afgezien van het gebrek aan politieke merites was het ontwerp niet aanvaardbaar, omdat het in strijd kwam met een aantal niet te nemen juridische obstakels.⁶ Niettemin kwam het ontwerp opmerkelijk genoeg door de Nederlandse Ministerraad – er was alle aanleiding en grond om het voorstel in de Rijksministerraad te behandelen – en werd er advies gevraagd aan de Nederlandse Raad van State, en werd dus de staatsraad voor de Nederlandse Antillen buitenspel gezet. Begin september werd dit advies uitgebracht en al meteen werd daaruit in ver-

ministerie op inwerkingtreden ervan per 1 april 2007. Wat een flauwe mop. Vasthoudendheid en durf kunnen Balkenende III niet ontzegd worden. Het afgekraakte voorstel zal toch wel eerst weer in de ministerraad gebracht moeten worden, waarschijnlijk in andere samenstelling dan die welke het ondeugdelijke ontwerp heeft goedgekeurd. Algemeen wordt het wetsvoorstel politiek dood verklaard, ook al in verband met de wijzigingen van de verhoudingen binnen het koninkrijksstatuut.

Deze lekkage is met veel andere voorbeelden te illustreren. Het heeft er veel van weg dat er het officieel mombakkes van de *law in the books* is dat volhoudt dat publicatie van de adviezen pas samen met het indienen van het voorstel van wet bij de Tweede ka-

4. *Jaarverslag 2005*, p. 147.

5. Vgl. Van Raalte, *Het Nederlands Parlement*, bewerkt door P.P.T. Bovend'Eert en H.R.B.M. Kummeling (2000), p. 166: 'In de praktijk zijn deze stukken door ambtelijke lekken vaak al deels bekend of er wordt al heftig gediscussieerd over hun vermeende inhoud.'

6. Zie bijvoorbeeld H.U. Jessurun d'Oliveira, 'Tweederangs Nederlanders: de Antilliaanse', *Migrantenrecht 2006*, 3, p. 88-99; een in opdracht van de Antilliaanse regering geschreven rapport van Houthoff Buruma (G. van der Wal en J.W. Heringa) van mei 2006.

7. Zie bijvoorbeeld NRC Handelsblad 7 september 2006; Antilliaans Dagblad 8 september 2006.



Isabelle Cardinal,
Communication

mer geschiedt, en de empirische werkelijkheid van de *law in action* die meebrengt dat veel adviezen eigenlijk meteen na het uitbrengen in de media worden uitgeserveerd. Wie voor deze openbaarmakingen verantwoordelijk zijn, is natuurlijk niet duidelijk. Is het de Raad van State zelf, of zijn het ambtenaren op de ministeries die al dan niet opzettelijk de adviezen aan de openbaarheid prijsgeven? In feite wordt in elk geval de in de wet omschreven openbaarmakingsplicht van de direct betrokken ministers op twee manieren gefrustreerd: enerzijds worden de ministers betrappt op *'dragging their feet'*, anderzijds liggen de adviezen regelmatig kort nadat ze zijn uitgebracht al op straat, of liever, zijn ze beschikbaar voor de openbare meningsvorming. Wat de eerste frustratie betreft: als het wetsontwerp bij de Tweede Kamer is uitgebracht, wordt het advies op de site van de Raad van State geplaatst, ook als de regering het niet bij het wetsontwerp heeft gevoegd. Hier doet de Raad van State dus wat de regering had moeten doen.

In deze context wil ik hier nogmaals pleiten voor onmiddellijke officiële publicatie van de wetgevingsadviezen van de Raad van State. Nogmaals, want het debat over de directe publicatie van de adviezen is niet van vandaag of gisteren, en het speelt ook niet alleen in Nederland. Van meet af aan is het beginsel van openbaarheid of geheimhouding van de adviezen

onderwerp van debat geweest. In de aanloop naar de eerste wet op de Raad van State verklaarde de regering bij Koninklijke Boodschap van 19 October 1857 zich tegen publicatie: 'het advies door den Raad uitgebracht, was grondwettig het eigendom des Konings, waarover de wet (op de Raad van State, d'O.), door de openbaarmaking te bevelen, niet mocht beschikken.'⁸ Dit argument is na honderdvijftig jaar tot op de draad versleten, maar lijkt nog steeds een zwakke echo te hebben in de gedachte dat de Raad van State de *Curia Regis* is, een onderonsje tussen voorzittende vorst en zijn raad waar iedereen verder buitenstaat. Ook anderhalve eeuw geleden al werd meteen in het parlement de opmerking gemaakt dat het na 1848 niet ging om een persoonlijke daad van de koning, met alle vertrouwelijkheid die men zich daarbij zou kunnen voorstellen, maar om een adviesaanvraag van de regering. In de republieken waar men eveneens een Raad van State kent kan dit argument voor secrete adviezen niet veel uithalen.

Het belangrijkste argument voor directe publicatie ligt in de verhouding tussen de staat en zijn burgers. Anno 2006 verlangt de burger van zijn overheid een zo groot mogelijke openheid. De talrijke adviescommissies waarover de overheid beschikt, maken in de regel hun adviezen direct na verzending openbaar. Dat gaat ook op voor advieslichamen die zich buigen over voorgenomen wetgeving. Vele van die lichamen worden uitgenodigd zich te uiten over ontwerpen die de ministerraad nog niet gepasseerd zijn, en die ook overigens in de week gelegd worden bij groepen van belanghebben-

8. H.J.A. Mulder, *De Raad van State. Historisch-staatsrechtelijke proeve van vergelijkende rechtsstudie (diss. Leiden), 1889, p. 125.*

den, wetenschap en belangstellende burgers. Is een ontwerp voor advies naar de Raad van State gestuurd, dan weigert de regering dit nog aan andere advieslieders toe te sturen voor commentaar. Zo groot is de eerbied voor dit hoge college dat kennelijk geacht wordt alle adviezen van andere colleges te verwerken in een superadvies. Met deze hoffelijkheid loopt de regering soms nuttige adviezen mis. Alsof de Raad van State echt het laatste woord zou hebben.

Met al die adviezen en commentaren wordt niet alleen draagvlak gecreëerd, maar wordt het plan in de regel ook in allerlei opzichten beter en doordachter. Ook het parlement weet dan al in een vroeg stadium wat er te komen staat en waar knelpunten liggen.

Door de bestaande publicatieplicht zijn er 'nieuwe groepen indirect geadresseerden'⁹ ontstaan. Het is duidelijk dat deze groepen – de Tweede Kamer, de Eerste Kamer, de wetenschap, de belangengroepen, de media en de burgers in het algemeen – pas bij de indiening van het wetsvoorstel bij de Tweede Kamer hun commentaar kunnen leveren, mede aan de hand van het advies. (In het voorbeeld van de Antilliaanse risicojongeren staan ook de regeringen van Aruba en de Nederlandse Antillen buitenspel, een mooi staaltje van schending van art. 37 van het Koninkrijksstatuut.) Zij staan op achterstand ten opzichte van de regering, die nu eens strikte geheimhouding in acht neemt over de precieze inhoud van haar wetgevingsplannen, dan weer kwistig rondstrooit met voorontwerpen, zonder dat daar veel peil op te trekken is. Wanneer het de regering ernst is met de sondering van de openbare mening, en werkelijk behoefte heeft aan het openbare debat waarmee zij haar voordeel kan doen, is het verstandig niet alleen via internet en andere media al dan niet selectief met voorontwerpen te strooien, maar ook de geïnteresseerden de gelegenheid te geven om meteen te reageren op de adviezen van de Raad van State, voordat het wetsontwerp is dichtgetimmerd.

Burgers, mondig en goed opgeleid, hebben er behoefte aan mee te kijken bij de totstandkoming van wetgeving. Dat verkleint afstand en vermindert wantrouwen. Dit idee heeft zijn neerslag gevonden in de Wet openbaarheid van bestuur (WOB), tot stand gebracht 'met het oog op een goede en democratische bestuursvoering', zoals de considerans uiteenzet. Wat is erop tegen om ook de indirect geadresseerden direct deelgenoot te maken van het resultaat van de 'vrije onbewimpelde debatten'¹⁰ in de Raad van State?

Die tegenwerpingen zijn er natuurlijk. Het gaat dan niet meer om de bezwaren tegen publicatie op zich die er natuurlijk ook zijn gebleven, ook nadat art. 25a in de Wet op de Raad van State dat punt heeft beslecht. Wel werken sommige algemene argumenten tegen openbaarheid ook door in die tegen onmiddellijke publicatie. Ook is er zeker 'het belang dat de geadresseerde erbij heeft als eerste kennis te kunnen nemen van de informatie', genoemd als uitzonderingsgrond in art. 10 WOB. Mij lijkt dat daar wel een mouw aan te passen is. Is het advies aan de minister de deur van de

Burgers, mondig en goed opgeleid, hebben er behoefte aan mee te kijken bij de totstandkoming van wetgeving. Dat verkleint afstand en vermindert wantrouwen.

Raad van State uit, dan kan er na een paar dagen van uit worden gegaan dat het de minister bereikt heeft en dat het advies dus op de site van de Raad van State gezet kan worden in het kader van de actieve informatieverschaffing.

Er zijn ook ideologische tegenwerpingen. Zo wordt verhaald van het verzet van de Franse Conseil d'Etat bij een conferentie van Raden van State tegen voorstellen tot openbaarheid, geboren uit 'de vrees, dat naar buiten zal treden, dat de administratie in voorkomende gevallen voorstellen heeft gedaan, waarvan de *légalité* werd aangevochten door de Conseil d'Etat. Het beeld van de 'perfecte administratie' mag niet worden bezoedeld!'¹¹ Dit argument zoemt door in onze huidige regeling die de regering niet verplicht om adviezen openbaar te maken die geleid hebben tot het derailleren van wetgevingsplannen, want daar zitten dan doorgaans legaliteitssteken aan los. Art. 25a Wet Raad van State behoedt zo in elk geval een beetje de regering voor de afgang te moeten laten zien hoe zwaar het wetsvoorstel door de mand is gevallen en hoe imperfect de administratie dus geweest is. Als het bestuur perfect was, had de Raad van State niet hoeven bestaan. De broddellap van de Wet terugkeerregeling Antilliaanse en Arubaanse risicojongeren is een goed voorbeeld.¹² Het gezichtsverlies wordt gecompenseerd door struisvogelpolitiek: komt het niet tot indienen van een wetsontwerp bij de Tweede Kamer, dan kan men vermoeden wat de teneur van het advies van de Raad van State is geweest.

Een van dit argument afgeleid gezichtspunt is dat het advies rechter voor de raap van de regering kan uitvallen naarmate deze makkelijker van de dwalingen van

9. J.A. Borman/W. Konijnenbelt, in: *De Raad van State. Een stand van zaken. 1997*, p. 30.

10. H.J.A. Mulder, t.a.p., p. 361.

11. Zie F.W.M. van der Ven, 'De Raden van State in de landen van de Europese Gemeenschappen', in: *Raad van State 450 jaar, 1981*, p. 366.

12. Hier is van toepassing de opmerking van Borman/Konijnenbelt, t.a.p., p. 37: 'Het heeft iets beschamends dat de Raad van State aandacht moet besteden aan redactionele kanttekeningen, maar ook aan vele technisch-juridische kwesties. Blijkbaar schieten de begeleiding van en de controle op de departementale wetgeving zozeer tekort – soms ten gevolge van tijdsdruk, maar dat maakt de zaak niet wezenlijk anders – dat de allerlaatste 'controleur' eraan te pas moet komen om nog vele puntjes op de i te zetten.'

Als het bestuur perfect was, had de Raad van State niet hoeven bestaan. De broddellap van de Wet terugkeerregeling Antilliaanse en Arubaanse risicojongeren is een goed voorbeeld.

haar weg kan terugkeren. Niet openbaar maken, maakt deze draai lichter. Aangezien bij ogenblikkelijke openbaarmaking nog niet bekend is welk standpunt de regering zal gaan innemen, zal het fait accompli van de publicatie de regering voor iedereen zichtbaar in haar hemmetje of nog minder kunnen zetten. Omgekeerd: directe publicatie als beginsel zal de bewoordingen en het dictum van de adviezen kunnen verzachten, vooral als daar negatieve geluiden moeten worden verwoord. Veel geef ik niet om dit argument. De overgrote meerderheid van de adviezen leiden tot een openbaarmakingsverplichting van de overheid, die zo nodig kan worden afgedwongen met de WOB en de Wet op de Raad van State in de hand, eventueel met inschakeling van de bestuursrechter – de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State zal zich wel niet verschonen ... De paar adviezen die er echt inhakken moet de regering maar in het openbaar incasseren, want iedereen weet dan wel hoe de vlag erbij hangt. En de adviserende Afdeling moet maar flink zijn en zijn gewone plicht doen door onbevangen zijn oordeel te geven. Dikke huiden en rechte ruggen, dat hebben we nodig in een democratisch wetgevingsproces.

Zoals gezegd staat de directe publicatie van de adviezen duurzaam op de agenda. In 1992 heeft de toenmalige commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten er ook al voor gepleit de adviezen meteen te publiceren. De regering noch de Raad van State zelf voelde daar voor, omdat zij dan een rol zouden gaan spelen in het politiek en maatschappelijk debat. Van de regering kan men zich voorstellen dat zij niet al meteen voor de voeten wil worden gelopen door de Raad van State, maar van dit hoge college van staat valt die terughouding toch tegen. Teveel aan empathie voor de regering, die gegeven de recrutering en

rolwisselingen van veel staatsraden voor de hand ligt. Het debat over de voorgenomen wetgeving wordt toch al in de maatschappij gevoerd, met allerlei adviezen van adviescolleges in de hand, en vaak ook met de uitgelekte, al dan niet gemanipuleerde, adviezen van de Raad van State. En in elk geval spelen de adviezen na hun publicatie sowieso een rol in het maatschappelijk en parlementair debat. 'Veel principiëler is de tegenwerping dat de politieke en maatschappelijke discussie over de wenselijkheid van wetsvoorstellen in een zo vroeg mogelijk stadium gevoerd moet worden en niet eerst wanneer de wet al lang en breed op de rails staat. Koersverandering is op dat moment, zo leert de ervaring, al vrijwel niet meer mogelijk.'¹³

En daarmee zijn we terug bij het begin: het gaat om de verhouding tussen overheid en burger. De laatste kan – al dan niet direct belanghebbend – zijn steentje bijdragen aan het wetgevingsproces. Elementaire documenten mogen hem daarbij niet onthouden worden. Waarom moet hij in het duister tasten en mag hij niet op hetzelfde moment als het departement profiteren van het licht dat de Raad van State laat schijnen? En wat de Raad van State betreft: zijn adviezen winnen aan kracht en relevantie door vroegtijdige publicatie. Art. 25a Wet op de Raad van State moet dus verbeterd worden. Openbaarmaking van adviezen op wetgevingsvoorstellen dient plaats te vinden zodra het advies de regering heeft bereikt. Voor adviezen over algemene maatregelen van bestuur, die minstens even belangrijk kunnen zijn als wetten in formele zin, dient hetzelfde te gelden. Laat de Raad van State zelf de publicatieplicht van de regering overnemen. En wel meteen nadat de regering er kennis van heeft kunnen nemen. ■

13. Bovend'Eert en Kummeling, in: Van Raalte's *Het Nederlandse Parlement* (2000), p. 167.