

Masterscriptie

Een Constitutioneel Organogram van het Huis van Thorbecke

Een onderzoek naar de staatsrechtelijke beginselen achter de gedecentraliseerde eenheidsstaat.

Naam: H.J. Dekker

Studentnummer: 5873274

Mastertrack: Staats- en bestuursrecht

Scriptiebegeleider: mr. dr. J.H. Reestman

Aantal EC's: 12

Aantal woorden: 13.479

Inleverdatum definitieve versie: 13 juli 2015

Inhoudsopgave

Inleiding	2
Hoofdstuk 1 .De geschreven staatsrechtelijke normen van de gedecentraliseerde eenheidsstaat.....	6
1.1. Nederland als gedecentraliseerde eenheidsstaat.....	6
1.2. De gedecentraliseerde eenheidsstaat (Grond)wettelijk genormeerd	7
1.3. Materiële invulling door het Europees Handvest inzake lokale autonomie	9
1.4. Effectief materieel kader voor de gedecentraliseerde eenheidsstaat in het Nederlands staatsrecht?	11
Hoofdstuk 2Staatsrechtelijke beginselen voor de gedecentraliseerde eenheidsstaat.....	13
2.1. Beginselen in de gedecentraliseerde eenheidsstaat.....	13
2.2. Autonomie en open huishouding.....	15
2.3. Subsidiariteitsbeginsel.....	16
2.4. Democratisch lokaal bestuur.....	17
2.5. Rechtsgelijkheid.....	18
2.6. Toezicht en regelhiërarchie.....	19
2.7. Machtspreiding.....	20
2.8. Zeven beginselen voor de gedecentraliseerde eenheidsstaat.....	21
Hoofdstuk 3 Het centraal constitutioneel principe.....	22
3.1. Afweging van de verhoudingen binnen de decentrale en centrale beginselen.....	22
3.2. Afweging tussen de beginselen.....	25
3.3. Conclusie	28
Hoofdstuk 4 Toepassing van de beginselen op gesignaleerde problematiek.....	30
4.1. Gesignaleerde probleemstellingen	30
4.2. Algemene systematische probleemstellingen.	31
4.3. Financiële effectuering van de decentrale autonomie.	34
4.4. Afwegingskader voor medebewind en het verhouding tussen subsidiariteit en rechtsgelijkheid.	36
4.5. Conclusie.	37
Hoofdstuk 5 Conclusie.....	39
5.1. Samenvatting en beantwoording.....	39
5.2. Advies en onderzoekssuggesties.....	40
Aangehaalde literatuur en bronnen.....	42

Inleiding

Sinds 1 januari 2015 zijn de drie decentralisaties in het Sociale Domein een feit. Deze decentralisaties in het Sociale Domein zijn een grote verandering in het openbaar bestuur, maar er is geen sprake van een nieuwe ontwikkeling. Al vanaf 1981 geldt het adagium “*decentraal wat kan, centraal wat moet*”¹ en sinds die tijd is er al sprake van decentralisatie van centrale overheidstaken richting de decentrale overheden. Voor de drie decentralisaties waren er in 2004 al de WWB en in 2007 de Wmo. Bij al deze decentralisaties zijn bij voor- en tegenstanders vaak dezelfde argumenten te horen.² Verder is er ook vaak sprake van recentralisatie na decentralisatie.³ Volgens Elzinga komt dit omdat er in Nederland een constitutioneel organogram mist op basis waarvan de discussie gevoerd kan worden. Er missen volgens hem principes van constitutionele aard die richting geven aan de ordening en het functioneren van een deel van het publiekrechtelijk domein.⁴ Het feit dat Nederland een gedecentraliseerde eenheidsstaat is, betekent namelijk slechts dat er een evenwicht wordt gezocht tussen eenheid en decentralisatie.⁵ Ook hij behandelt de vraag welke staatsrechtelijke uitgangspunten en grenzen de wetgever in acht moet nemen en stelt vast dat het daarbij gaat om het zoeken naar een evenwicht tussen decentralisatie en krachtig lokaal bestuur aan de ene kant, en voldoende eenheid van bestuur en het voorkomen van ongewenste gelijkheid aan de andere kant.

Constitutioneel organogram.

Het constitutionele organogram geeft volgens Elzinga de ‘*principes van constitutionele aard die richting geven aan ordening en functioneren van een deel van het publiekrechtelijk domein*’.⁶ Uit de voorbeelden die hij bij dit begrip geeft, komt naar voren dat een constitutioneel organogram is gebaseerd op een centraal constitutioneel principe of basisprincipe dat in een tweede laag moet worden verfijnd en uitgewerkt. In zijn artikel stelt Elzinga zes vragen op basis waarvan volgens hem een constitutioneel organogram voor het openbaar bestuur ontwikkeld zou kunnen worden. Hij beschouwt de vragen namelijk als bouwstenen ter invulling van het constitutioneel organogram, maar daarmee vergeet Elzinga naar mijn mening echter twee stappen te zetten. Het constitutioneel organogram gaat volgens Elzinga’s eigen definitie namelijk uit van eerste en tweede orde principes. De stappen die moeten leiden tot het centraal constitutioneel principe en de uitwerkingsprincipes zijn door Elzinga in zijn artikel niet gezet. De vragen van Elzinga zien namelijk op de concrete invulling

¹ Groenendijk 2013, p. 273.

² Elzinga 2013.

³ Van den Berg, Bosselaar & Van der Veer 2013.

⁴ Elzinga, 2013.

⁵ Ibid.; vgl ook Munneke 2013, p. 283.

⁶ Elzinga 2013.

van de hoofd- en bijstructuren van het openbaar bestuur. Daarmee wordt voorbijgegaan aan de vraag wat overwegingen zijn achter de gedecentraliseerde eenheidsstaat en aan de hand van welke beginselen dit begrip ingevuld zou moeten worden.

Onderzoeksvraag

Het doel van deze masterscriptie is om onderzoek te doen naar het constitutioneel organogram van het openbaar bestuur in Nederland. Wat is het grondbeginsel achter de gedecentraliseerde eenheidsstaat en door middel van welke principes wordt hier invulling aan gegeven? Sinds het adagium “*decentraal, tenzij*” is vastgesteld, is het in de afgelopen jaren vele malen herhaald.⁷ Hiermee is het een belangrijk principe geworden in het debat over de decentralisaties en wordt het niet echt meer ter discussie gesteld, omdat het immers de regel is.⁸ Kan dit adagium, als eerste principe van het constitutioneel organogram worden gezien? En welke staatsrechtelijke principes zijn er ter ordening en afweging van decentralisatie?

De Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties heeft punten gegeven ter afweging of beleidstaken gedecentraliseerd of gecentraliseerd moeten worden.⁹ De Raad voor het openbaar bestuur (ROB) heeft in haar adviezen over de modernisering van hoofdstuk 7 van de Grondwet ook drie basisprincipes en tien ontwerpprincipes genoemd.¹⁰ Munneke noemt enkele motieven en elementen voor decentralisatie.¹¹ Tot slot heeft Raijmakers in zijn dissertatie onderzoek gedaan naar de motieven voor decentralisatie en de decentralisatie als discours.¹²

De hoofdvraag van deze masterscriptie zal daarom de volgende zijn:

Kan er voor Nederland als gedecentraliseerde eenheidsstaat een constitutioneel organogram worden gemaakt in het huidige staatsrechtelijk systeem?

Deelvragen die hierbij aan de orde komen zijn:

- *Hoe wordt in het Nederlandse staatsrecht de gedecentraliseerde eenheidsstaat genormeerd?*
- *Welke staatsrechtelijke beginselen zijn van belang voor een constitutioneel organogram van het openbaar bestuur?*

⁷ Art. 117 Gemeentewet; Aanwijzing 16 van de Aanwijzingen voor de regelgeving; Raad van State, 2009, *Decentraal moet, tenzij het alleen centraal kan, Tweede periodieke beschouwing over interbestuurlijke verhoudingen*, Bijlage bij Kamerstukken II, 31 700-VII, nr. 99; Raad voor het openbaar bestuur, 2000, *Decentralisatie: de kunst van het overlaten*.

⁸ Munneke 2013, p. 287.

⁹ Decentralisatiekader, Kamerstukken II 2008/09, 31 700 VII, nr. 100.

¹⁰ ROB december 2002.

¹¹ Munneke 2013, pp. 287-291.

¹² Raijmakers 2014.

- *Welk van deze principes of beginselen kan als centraal constitutioneel principe/basisprincipe voor de gedecentraliseerde eenheidsstaat gelden?*
- *Hoe is aan de principes invulling gegeven in het huidige Huis van Thorbecke?*

Decentralisatie.

Een veel voorkomend begrip in deze scriptie is het begrip decentralisatie. Dit begrip is voor verschillende uitleg vatbaar. In de inleidende paragraaf wordt het gebruikt om een feitelijke gang van zaken te beschrijven, namelijk de overheveling van taken en bevoegdheden van de centrale overheid richting een decentrale overheid. De betekenis van decentralisatie is dan simpel de verdeling van taken en bevoegdheden.¹³ Feitelijk is dit de meest gebruikte betekenis in Nederland, omdat er sprake is van een hoge mate van centralisatie. Daarmee gaat het dan ook vooral om uitvoering in medebewind.

Staatsrechtelijk kan het begrip decentralisatie echter ook wijzen op het stelsel van centraal en decentraal bestuur en de verdeling tussen taken en bevoegdheden. Die verdeling kan voortvloeien uit de wet, maar kan ook zien op de autonome taken van de decentrale overheden. Het onderwerp van dit onderzoek behelst slechts gemeenten en provincies. Daarom gaat het in dit onderzoek slechts om territoriale decentralisatie. Staatsrechtelijk kan decentralisatie dus uitgebreider worden beschreven als de verdeling van taken, bevoegdheden, verantwoordelijkheden en financiële middelen over een centrale(re) overheid en onafhankelijk van deze overheid opererende autonome organen die een territoriale begrenzing kennen.¹⁴

Opzet

De opzet van deze scriptie is als volgt opgebouwd. In het eerste hoofdstuk zal het wettelijk theoretisch staatsrechtelijk kader worden beschreven met gebruik van de Grondwet, het Europees Handvest inzake lokale autonomie, de Gemeentewet en de Provinciewet. Ook zal de eerste deelvraag worden behandeld. Na de beschrijving naar de huidige stand van zaken en de actuele beschrijving van de geldende normen rondom het decentrale openbaar bestuur, zal in het tweede hoofdstuk gezocht worden naar de staatsrechtelijke beginselen die invulling zouden kunnen geven aan een constitutioneel organogram. Dit zal gedaan worden aan de hand van literatuurstudie en de in het eerste hoofdstuk bestudeerde rechtsbronnen. In het derde hoofdstuk zullen de gevonden staatsrechtelijke beginselen tegen elkaar worden afgewogen om te bezien of er een centraal constitutioneel principe is van waaruit de andere gevonden principes gededuceerd kunnen worden.

¹³ Raijmakers 2014, p. 18.

¹⁴ Ibid.; De definitie van Raijmakers is hier aangepast, omdat decentralisatie in een gedecentraliseerde eenheidsstaat niet enkel ziet om overheveling door de centrale overheid, maar decentrale overheden ook een eigenstandige positie bezitten.

Tot slot zal in hoofdstuk 4 worden gezien of het huidige wettelijk kader, en daarmee de invulling van het Huis van Thorbecke, nog voldoet aan de gevonden principes en op welke wijze aan deze principes invulling is gegeven. Na dit vierde hoofdstuk zal er nog een concluderend vijfde hoofdstuk komen om het onderzoek en de conclusies kort samen te vatten.

Hoofdstuk 1

De geschreven staatsrechtelijke normen van de gedecentraliseerde eenheidsstaat

In dit hoofdstuk zal het kader worden neergezet waarbinnen dit onderzoek plaatsvindt. Dat zal worden gedaan aan de hand van de vraag: hoe wordt in het Nederlandse staatsrecht de gedecentraliseerde eenheidsstaat materieel ingevuld? In deze scriptie ben ik op zoek naar een constitutioneel organogram, dus op zoek naar een materieel kader met beginselen die tegen elkaar worden afgewogen om vanuit staatsrechtelijk perspectief vast te stellen of, en zo ja welke vorm van, decentralisatie het beste is rond een bepaald onderwerp. Omdat het hier gaat om een juridische masterscriptie, zal voor dit kader gekeken moeten worden naar de (grond)wettelijke bepalingen waarin de gedecentraliseerde eenheidsstaat zich uit. Alvorens deze bepalingen uiteen te zetten en hieruit normen te destilleren, wordt eerst het begrip gedecentraliseerde eenheidsstaat nader uitgelegd.

1.1. Nederland als gedecentraliseerde eenheidsstaat

De basis voor de gedecentraliseerde eenheidsstaat in Nederland is gelegd door Thorbecke. Hij heeft een gedecentraliseerd bestuur gedefinieerd, door de historisch gegroeide eigenstandigheid van het decentrale bestuur een constitutionele inbedding te geven in een uniform binnenlands bestuur.¹⁵ Hierbij baseerde Thorbecke zich op een organische staatsopvatting, waarbij rijk, provincies en gemeenten werden beschouwd als delen van het grote geheel 'Staat'.¹⁶ De drie bestuurslagen werden in beginsel drie gelijkwaardige entiteiten met een wederzijds erkende mate van zelfstandigheid en daarbij behorende autonomie.¹⁷ Volgens Thorbecke was dit van belang, omdat provincies en gemeenten de maatschappelijke evolutie en de ontwikkeling van de Staat kunnen helpen verwezenlijken.¹⁸ Met de in beginsel gelijkwaardige positie tussen de bestuurslagen is de historisch gegroeide decentrale autonomie door de grondwetgever gehandhaafd. De autonomie is dus erkend in plaats van toegekend.¹⁹

Het begrip 'gedecentraliseerde eenheidsstaat' bestaat om onderscheid te kunnen maken met andere staatsvormen.²⁰ Dit onderscheid ziet vooral op de eenheidsstaat aan de ene kant, en de federale staat aan de andere. Hiermee is het een beschrijvend begrip zonder materiële inhoud. De gedecentraliseerde eenheidsstaat laat zich kenmerken doordat regeling en bestuur niet alleen van de

¹⁵ Engels & Fraanje 2013, p. 8.

¹⁶ Ibid.; zie ook Raijmakers 2014, p. 50 en p. 63.

¹⁷ Engels & Fraanje 2013, p. 8.

¹⁸ Raijmakers 2014, p. 63.

¹⁹ Engels & Fraanje 2013, p. 8.

²⁰ Engels & Fraanje 2013, p. 11; zie ook Dölle & Elzinga 2004, p. 29-32.

centrale overheid komen, maar van de centrale overheid én de decentrale overheden. De decentrale overheden oefenen daarbij binnen bepaalde grenzen in vrijheid en eigen verantwoordelijkheid de hun toevertrouwde taken en bevoegdheden uit.²¹ De eigen verantwoordelijkheid en vrijheid van de decentrale overheden worden gevonden in hun open huishouding, wat inhoudt dat zij zich taken kunnen aantrekken die zij in het gemeentelijk onderscheidenlijk provinciaal belang nodig achten.²² Met de open huishouding onderscheidt de gedecentraliseerde eenheidsstaat zich van de eenheidsstaat, omdat decentrale overheden in die laatste enkel bevoegdheden en taken krijgen van de centrale overheid. Het onderscheid met een federaal systeem is dat hogere bestuurslagen belangen en taken van lagere bestuurslagen ook aan zich kunnen trekken.²³ Anders gezegd: het is uiteindelijk niet de grondwetgever, maar de wetgever die de omvang van de bevoegdheden van de decentrale overheden bepaalt.

Dat wil niet zeggen dat deze ‘hogere’ overheden zich hiërarchisch tot de lagere overheden verhouden. Een dergelijk systeem verdraagt zich niet met de open huishouding en de gelijkwaardigheid van de bestuurslagen als deel van hetzelfde lichaam ‘Staat’. Wel is er sprake van regelhiërarchie²⁴, waarbij provinciale verordeningen voor gemeentelijke verordeningen gaan en wetten boven de provinciale en gemeentelijke verordeningen. Dit is één van de vier kenmerken waaruit blijkt dat Nederland ook een eenheidsstaat is.²⁵ De andere drie kenmerken zijn dat het rijk in het algemeen belang kan interveniëren in de open huishouding van de medeoverheden met (de)centralisatie, dat het rijk via medebewind in het algemeen belang de uitvoering van hogere regelgeving kan vorderen en dat hogere bestuurslagen toezicht uitoefenen op de lagere.²⁶

Kort gezegd laten de twee kanten van de gedecentraliseerde eenheidsstaat zich kenmerken door gelijkwaardigheid van bestuurslagen met ieder een open huishouding, waarbij de centrale overheid in het algemeen belang van de gehele Staat door middel van hogere regelgeving belangen en taken naar zich toe kan trekken, hiermee kan interveniëren in de open huishouding van de decentrale overheden en toezicht uitoefent.

1.2. De gedecentraliseerde eenheidsstaat (Grond)wettelijk genormeerd

De hierboven genoemde kenmerken van de gedecentraliseerde eenheidsstaat zijn ook neergelegd in de Grondwet. Zo geeft artikel 124 Grondwet (GW) zowel de autonomie van gemeenten en provincies weer, alsook de mogelijkheid tot de vordering van medebewind door het rijk. Hiermee worden door

²¹ Van der Pot/Elzinga & De Lange 2006, p. 833.

²² Zijlstra 2009, 237.

²³ Ibid.

²⁴ Engels & Fraanje 2013, p. 13.

²⁵ Engels & Fraanje 2013, p. 12; vgl. Zijlstra 2009, p. 237.

²⁶ Ibid.

de Grondwet al twee kenmerken ingevuld. Artikel 127 GW geeft de bevoegdheid tot het vaststellen van verordeningen aan de gemeenteraad en de Provinciale Staten, behoudens bij de wet of door de gemeenteraad of Provinciale Staten krachtens de wet te bepalen uitzonderingen. Het betreft vooral de bevoegdheidstoekenning aan de algemeen vertegenwoordigende organen van de decentrale overheden voor zover het algemeen verbindende voorschriften betreft, maar laat ook de regelhiërarchie zien door de wet boven de provinciale en gemeentelijke verordeningen te stellen. Het vierde kenmerk is terug te vinden in artikel 132 GW. Dit artikel regelt dat preventief toezicht op besturen van gemeenten en provincies slechts bij of krachtens de wet mogelijk is, dat het rijk enkel direct mag ingrijpen (vernietigen) wegens strijd met het recht of het algemeen belang en dat de wet voorzieningen regelt bij het in gebreke blijven van decentrale overheden als medebewind wordt gevorderd en in geval van grovelijke taakverwaarlozing. Vastgesteld moet worden dat de Grondwet vooral geschreven lijkt te zijn vanuit de gedachte van de eenheidsstaat. Over de posities van de gemeenten en provincies zijn weinig tot geen materiële bepalingen opgenomen. De enkele bepaling die in de Grondwet is opgenomen, hoewel constitutief, is de erkenning van de gemeentelijke autonomie in het eerste lid van artikel 124.²⁷ Ter waarborg van deze autonomie is echter niets opgenomen. Met de Raad voor het openbaar bestuur (ROB) kan dus worden geconcludeerd dat hoofdstuk 7 van de Grondwet een magere afspiegeling is van het Nederlands constitutioneel bestel.²⁸

In de Gemeentewet en de Provinciewet worden wat meer materiële bepalingen gegeven. Autonomie en medebewind worden nogmaals genoemd²⁹ waarbij extra is opgenomen dat kosten, verbonden aan het in medebewind uitvoeren van taken door provincies en gemeenten, door het rijk worden vergoed.³⁰ Ook is er explicietere regelgeving opgenomen omtrent de regelhiërarchie. Zo is expliciet kenbaar gemaakt dat decentrale verordeningen, waarvan de onderwerpen worden geregeld in hogere regelgeving, van rechtswege vervallen.³¹ De bevoegdheid tot decentrale verordeningen blijft wel bestaan ten aanzien van onderwerpen waarin al door hogere regelingen is voorzien, voor zover deze verordeningen niet in strijd zijn met de hogere regelgeving.³² Ook het toezicht is nader uitgewerkt in de twee genoemde organieke wetten.³³

In de Gemeentewet en de Provinciewet zijn tevens bepalingen opgenomen die strekken tot bescherming of tenminste inachtneming van de zelfstandige posities van de gemeenten en provincies. Zo is bepaald dat de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties

²⁷ Van der Pot/Elzinga & De Lange 2006, p. 840.

²⁸ ROB mei 2002, p. 26-27.

²⁹ Artt. 108 GemW, 105 ProvW.

³⁰ Artt. 108, lid 3, GemW, 105, derde lid, ProvW.

³¹ Artt. 122 GemW, 119 ProvW.

³² Artt. 121 GemW, 118 ProvW.

³³ Titel V GemW, Titel V ProvW.

decentralisatie ten behoeve van gemeenten bevordert.³⁴ Daarbij geldt de regel ‘decentraal, tenzij’. Het rijk moet hierbij bewijzen dat een aangelegenheid niet doeltreffend of doelmatig kan worden behartigd door het gemeentebestuur. Als blijkt dat gemeenten dat niet kunnen, dient dezelfde toets uitgevoerd te worden met betrekking tot de provincies.³⁵ Pas als blijkt dat ook zij de uitvoering niet doelmatig en doeltreffend kunnen verrichten, is het mogelijk voor het rijk om met centrale wetgeving te komen. Formeel kan een dergelijke wettelijke bepaling de wetgever niet binden, omdat de Gemeentewet niet behoort tot een hogere rangorde dan andere wetten. Bij de behandeling van het amendement dat deze bepaling in bracht, is echter uitgebreid stilgestaan bij de materiele richtinggevende positie van de Gemeentewet ten opzichte van de bijzondere wetgever.³⁶ Voor de bijzondere wetgever volgt volgens Dölle en Elzinga een algemeen erkende rechtsplicht om het algemene stelsel zoals neergelegd in de Gemeentewet te respecteren.³⁷ Daarmee is de bepaling ‘decentraal, tenzij’ in artikel 117 Gemeentewet en artikel 115 Provinciewet vooral een moreel appel richting de bijzondere wetgever om niet af te wijken van het algemene stelsel.

Verder is als waarborg opgenomen dat de minister bij decentralisatie beleidsvrijheid van het gemeente- of provinciebestuur bevordert.³⁸ Deze inspanningsverplichting moet waarborgen dat decentraal overheden niet slechts uitvoeringsorganen worden, maar ook binnen de kaders van wetgeving lokaal keuzes kunnen maken voor hun onderscheidenlijke samenlevingen.

Al met al geven de organieke wetten voor gemeenten en provincies meer materiële bepalingen rondom decentralisatie en de positie van deze decentrale bestuurslagen ten opzichte van de centrale overheid dan de Grondwet, maar daarbij gaat het vooral om procedureregels en inspanningsverplichtingen aan de zijde van het rijk. Inroepbare bescherming of inzetbare tegenmacht van de zijde van de gemeenten en provincies is niet aanwezig, noch is er een uitgebreid materieel kader gegeven waarbinnen (de)centralisatievraagstukken kunnen worden afgewogen.³⁹

1.3. Materiële invulling door het Europees Handvest inzake lokale autonomie.

Een rechtsbron van een andere orde is het Europees Handvest inzake lokale autonomie (hierna: Handvest of EHLA)⁴⁰. Dit verdrag biedt staatsrechtelijke waarborgen voor zowel gemeenten als provincies.⁴¹ De waarborgen zien vooral op de autonomie van lokale overheden. Artikel 2 van het Handvest bevat een formeel vereiste van opname van dit beginsel in Grondwet of wet. Daarna geeft

³⁴ Art. 117 GemW.

³⁵ Art. 115 ProvW.

³⁶ Dölle & Elzinga 2004, p. 166-167.

³⁷ Ibid., p. 167.

³⁸ Artt. 116 GemW, 114 ProvW.

³⁹ Bovend'Eert, Broeksteeg & Warmelink 2011, p.35.

⁴⁰ Handvest van 15 oktober 1985, *Trb.* 1897, 63 (rectificaties *Trb.* 1991, 61 en *Trb.* 1996, 70).

⁴¹ Art. 3 van de Wet van 10 oktober 1990, houdende goedkeuring van het op 15 oktober 1985 te Straatsburg tot stand gekomen Europees Handvest inzake lokale autonomie, *Stb.* 1990, 546.

artikel 3 Handvest een inhoudelijke definitie van het begrip lokale autonomie. De Nederlandse wetgeving voldoet aan deze definitie, maar het autonomiebegrip in het Handvest is breder dan het autonomiebegrip dat in het Nederlandse provincie- en gemeenterecht wordt gehanteerd. Volgens het Handvest houdt lokale autonomie in: *“het recht en het vermogen van lokale overheden, om - binnen de grenzen van de wet - een belangrijk deel van de openbare aangelegenheden krachtens hun eigen verantwoordelijkheid en in het belang van de plaatselijke bevolking te regelen en te beheren”*.⁴² In deze bepaling is het Nederlandse autonomiebegrip als het medebewindsbegrip opgenomen onder dezelfde noemer. Ook ligt in de bepaling een regelhiërarchie (‘binnen de grenzen van de wet’) besloten.

Er zijn twee opvallende verschillen met het Nederlandse systeem. Artikel 3 spreekt niet enkel over recht, maar ook over vermogen om krachtens eigen verantwoordelijkheid openbare aangelegenheden te regelen. In het Engels wordt vermogen vertaald als ‘ability’, waar in het Frans wordt gesproken van ‘capacité effective’. Het gaat hier om zowel voldoende financiële middelen als bevoegdheden. Lagere overheden hebben dus niet enkel een recht om binnen de grenzen van de wet eigen verantwoordelijkheid over openbare aangelegenheden te nemen, maar dit recht dient ook geëffectueerd te kunnen worden door vrije inzet van financiële middelen en voldoende effectieve bevoegdheden. Daarnaast moet worden geconstateerd dat het Handvest ook spreekt over een ‘belangrijk deel van de openbare aangelegenheden’.⁴³ In het licht van autonomie en medebewind geven hieromtrent noch de Nederlandse Grondwet, noch de organieke wetten materiële bepalingen.⁴⁴ Het tweede lid van artikel 3 geeft ook een invulling van het begrip lokale autoriteit. Lokale autonomie moet namelijk worden uitgeoefend door *“raden of vergaderingen waarvan de leden zijn gekozen door middel van vrije, geheime, op gelijkheid berustende, rechtstreekse en algemene verkiezingen, en die over uitvoerende organen kunnen beschikken die aan hen verantwoording zijn verschuldigd”*. Hiermee is ook lokaal democratisch bestuur gewaarborgd.

Artikel 4 van het Handvest werkt het autonomiebegrip verder uit. Zo is er de mogelijkheid tot medebewind⁴⁵ en dienen lokale overheden binnen de grenzen van de wet de volledige vrijheid van handelen te bezitten met betrekking tot elke zaak die niet aan hun bevoegdheid is onttrokken.⁴⁶ Ook is het subsidiariteitsbeginsel, zoals in Nederland te vinden in artikelen 117 Gemeentewet en 115 Provinciewet, opgenomen in dit artikel.⁴⁷ In tegenstelling tot de Nederlandse bepalingen is het overwegingskader in het Handvest uitgebreider dan enkel doelmatigheid en doeltreffendheid, en

⁴² Art. 3, eerste lid, EHLA.

⁴³ De Engelse versie van het Handvest spreekt van ‘substantial share’ en het Franse van ‘part importante’.

⁴⁴ Elzinga 2011, p. 49-50.

⁴⁵ Art. 4, eerste lid, EHLA, spreekt over attributie van bevoegdheden voor bepaalde doeleinden overeenkomstig de wet.

⁴⁶ Art. 4, tweede lid, EHLA.

⁴⁷ Art. 4, derde lid, EHLA.

dient ook gekeken te worden naar de aard en de omvang van de taak. Ten slotte is er een bepaling waarin wordt gesteld dat bij medebewind zoveel mogelijk beleidsvrijheid moet worden gelaten aan de lokale overheden.⁴⁸ Deze bepaling lijkt voor wat betreft de uitwerking sterk op de Nederlandse waar ook enkel een inspanningsverplichting is opgenomen.

1.4. Effectief materieel kader voor de gedecentraliseerde eenheidsstaat in het Nederlands staatsrecht?

Zoals in dit hoofdstuk is gebleken, helt de balans tussen eenheidsstaat en decentrale staat in Nederland over richting de eenheidsstaat en centralisatie. Dit betreft dan vooral de regelhiërarchie, het toezicht en de vordering tot medebewind. Het decentrale kenmerk van de gedecentraliseerde eenheidsstaat wordt getypeerd door het autonomiebegrip. Instrumenten om de autonomie van de decentrale overheden te waarborgen, zijn de open huishouding van gemeenten en provincies, het vereiste van beleidsvrijheid bij medebewind en de opdracht aan de centrale overheid tot decentralisatie (het subsidiariteitsbeginsel). Checks van de decentrale overheden ten opzichte van de centrale overheid zijn echter zeer gering⁴⁹ en er zijn voor decentrale overheden geen afdwingbare normen, slechts inspanningsverplichtingen van het rijk.⁵⁰ Zo kunnen decentrale overheden het Handvest niet inroepen of naar een constitutioneel hof als de centrale overheid taken overhevelt zonder de decentrale overheden beleidsvrijheid te geven. Ook is er op elke actie van een lagere overheid een tegenactie van een hogere overheid mogelijk, maar hebben de lagere overheden juridisch niet de mogelijkheid om besluiten van de centrale overheid te controleren en om zo als tegenmacht te dienen.

Dat de bepalingen over de eenheidsstaat in krachtiger bewoordingen zijn opgesteld dan de decentralisatiebepalingen, is in zekere zin te verklaren uit het feit dat Nederland ondanks de decentralisatie toch een eenheidsstaat is en geen federale staat. Het dualisme tussen de decentrale en de centrale overheid, waarvan sprake is in een federale staat, past daarom ook niet in ons staatsrechtelijk systeem. Anderzijds past een volledig op de centrale overheid gericht staatsrechtelijk kader ook niet in de theorie van drie gelijkwaardige bestuurslagen, zoals voorgestaan door Thorbecke.⁵¹ Hierin blijft namelijk weinig over van de autonomie van gemeenten en provincies. Het staatsrecht biedt de wetgever alle vrijheid van handelen, omdat er voor de vormgeving van decentralisatie nauwelijks harde materiële regels zijn die de wetgever beperken.⁵² Voor Nederland

⁴⁸ Art. 4, vijfde lid, EHLA.

⁴⁹ Ruiter 1982, p. 86-91. Ondanks dat dit boek gedateerd is, kan mijns inziens dezelfde conclusie worden getrokken voor de huidige situatie.

⁵⁰ Elzinga 2011, p. 255-257.

⁵¹ Engels & Fraanje 2013, p. 22.

⁵² Munneke 2013, p. 297.

als gedecentraliseerde eenheidsstaat is het dus van belang om materiële regels te zoeken en de redenen achter decentralisatie te weten. Waarom is Nederland een gedecentraliseerde eenheidsstaat? Antwoord op deze vraag kan als basis dienen voor het constitutioneel organogram dat helpt om het evenwicht te zoeken tussen centralisatie en decentralisatie.

Hoofdstuk 2

Staatsrechtelijke beginselen voor de gedecentraliseerde eenheidsstaat.

Hierboven in het eerste hoofdstuk is het staatsrechtelijk kader van Nederland als gedecentraliseerde eenheidsstaat uiteengezet. In het voorgaande hoofdstuk zijn al verschillende materiële normen gevonden. Normen waarmee een overweging kan worden gemaakt om te decentraliseren, zoals autonomie, open huishouding en het staatsrechtelijk subsidiariteitsbeginsel. En normen voor centralisatie zoals de regelhiërarchie en het vereiste van toezicht. Voor de decentralisatie worden er echter nog meer afwegingskaders,⁵³ basisprincipes,⁵⁴ en motieven⁵⁵ gebruikt. Dit zijn zowel juridische als bestuurskundige, politicologische, historische en economische gronden. Aangezien een constitutioneel organogram geheel in de juridische sfeer ligt, zullen uit de hierboven genoemde kaders, principes, motieven en argumenten de juridisch relevante punten moeten worden gevonden. Dit tweede hoofdstuk is daarom ook bedoeld om hieruit beginselen te destilleren die kunnen behoren tot het constitutioneel organogram. Het is de bedoeling dat deze beginselen in het constitutioneel organogram bijdragen aan beantwoording op alle vragen rondom de gedecentraliseerde eenheidsstaat. De opzet van dit hoofdstuk is om eerst de verschillende relevante beginselen en leerstukken te identificeren en daarna te bespreken.

2.1. Beginselen in de gedecentraliseerde eenheidsstaat.

Door de regering wordt gebruik gemaakt van het zogenoemde Decentralisatiekader.⁵⁶ Uitgangspunt van het Decentralisatiekader is dat gemeenten tot de overheidslaag horen die het dichtst bij de burger staat en het beste in staat zijn om geluiden uit de maatschappij op te vangen.⁵⁷ De provincies hebben een eigenstandige taak voor zover vraagstukken een bovenlokaal karakter hebben.⁵⁸ Na het uiteenzetten van het uitgangspunt, waar duidelijk het subsidiariteitsbeginsel achter blijkt te zitten, zet de regering zeven afwegingspunten op een rij: integraliteit, rechtsgelijkheid, belangenbehartiging, bestuurlijke drukte, doelmatigheid en doeltreffendheid, draagvlak en als laatste evenredigheid in kosten en baten.⁵⁹ Van deze punten zijn er twee rechtstreeks in een juridisch kader te plaatsen, namelijk rechtsgelijkheid en belangenbehartiging op het juiste niveau. De overige punten zijn voornamelijk bestuurskundig of politicologisch van aard.

⁵³ Decentralisatiekader, Kamerstukken II, 31 700 II, nr. 100, p. 6-7.

⁵⁴ ROB december 2002.

⁵⁵ Vgl. Raijmakers 2014; zie ook Munneke 2013, p. 286.

⁵⁶ Decentralisatiekader, Kamerstukken II, 31 700 II, nr. 100.

⁵⁷ Ibid., p. 2.

⁵⁸ Ibid., p. 3.

⁵⁹ Ibid., p. 6-7.

Naast het Decentralisatiekader heeft de ROB drie basisprincipes geplaatst. De drie basisprincipes zijn autonomie en decentralisatie (oftewel het subsidiariteitsbeginsel), het principe dat in heel Nederland provincies en gemeenten bestaan en het principe dat er toezicht is op gemeenten en provincies.⁶⁰ De eerste relevante beginselen voor het constitutioneel organogram die hierin kunnen worden teruggevonden, zijn autonomie en het subsidiariteitsbeginsel. Het tweede basisprincipe van de ROB behoort echter niet tot een van de beginselen van het constitutioneel organogram. Op basis van het constitutioneel organogram dient te worden gezien hoe decentralisatie het beste kan worden ingevuld, daarna dient pas over de vorm van de invulling te worden nagedacht. Territoriale organen met een openhuishouding kunnen er dan ook anders uit komen te zien dan in de vorm van de huidige gemeenten en provincies. Zo zou decentraal bestuur ook kunnen bestaan uit gewesten, regio's of buurtschappen of een combinatie daarvan. Als derde principe wordt het toezicht door de centrale overheid genoemd. Dit leerstuk is in het vorige hoofdstuk slechts licht aangeraakt. In een constitutioneel organogram gaat het om beginselen waarmee de verhouding centraal en decentraal wordt gewaarborgd. In de afweging tussen deze verhouding hoort ook toezicht op de eenheid van de Staat.

In het vorige hoofdstuk is eveneens heel kort aangestipt dat lokaal bestuur een directe democratische legitimatie moet hebben met een rechtstreeks gekozen volksvertegenwoordiging als eindverantwoordelijk orgaan.⁶¹ Dit is te vertalen als het beginsel van democratisch lokaal bestuur. In artikel 3, tweede lid, van het Handvest is dit opgenomen en ook Engels en Fraanje noemen het in hun normatieve uitgangspunten⁶² en oorspronkelijke structuurprincipes van het decentraal bestuur.⁶³ Ze merken hierbij op dat het naast autonomie, monisme en uniformiteit één van de vier originele decentrale beginselen van Thorbecke is.⁶⁴

Tot slot zijn er door Raijmakers in zijn proefschrift vijf motieven voor decentralisatie gevonden.⁶⁵ Deze motieven voor decentralisatie bestaan uit (1) de historische worteling van het systeem, (2) een betere en doelmatiger werking van de overheidsorganisatie, (3) spreiding van macht, (4) ontwikkeling van de Staat door vergroting van burgerzin of het verbeteren van het staatsstelsel en (5) de schaal waarop een probleem zich voordoet. Bijna al deze motieven zijn in een staatsrechtelijk relevant kader te plaatsen. Het enige motief waarbij dat niet mogelijk is, is het doelmatigheidsmotief. Van de overige vier motieven zijn de historische worteling en de ontwikkeling van de Staat vooral juridisch-historisch en juridisch-filosofisch van aard, maar moeilijk in een

⁶⁰ ROB december 2002, p. 8.

⁶¹ Engels & Fraanje 2013, p. 15.

⁶² Ibid.

⁶³ Ibid., p. 43.

⁶⁴ Ibid., p. 14.

⁶⁵ Raijmakers 2014, p. 277.

materiële norm te gieten. Van de motieven van Raijmakers zijn er dus uiteindelijk twee bruikbaar als beginsel. Het motief dat een probleem moet worden aangepakt op de schaal waarop het zich voordoet, past bij het subsidiariteitsbeginsel. En het beginsel van machtspreiding om niet alle macht bij één orgaan te leggen, is een bekend beginsel in een democratische rechtsstaat. Uit het eerste hoofdstuk en het bovenstaande kunnen dus zeven potentiële beginselen worden gedestilleerd die relevant zijn voor het constitutioneel organogram van de gedecentraliseerde eenheidsstaat. Dit zijn de leerstukken van autonomie en de open huishouding, het subsidiariteitsbeginsel, het beginsel van rechtsgelijkheid, de leerstukken van toezicht en regelhiërarchie, en de beginselen van democratisch lokaal bestuur en machtspreiding. De rest van dit hoofdstuk zal worden gewijd aan de duiding van deze beginselen en leerstukken.

2.2. Autonomie en open huishouding.

Autonomie is ook, net als democratie, een van de vier originele decentrale beginselen van Thorbecke.⁶⁶ Autonomie is in het gemeenterecht een beginsel dat nooit in de Grondwet of enige organieke wet als begrip is gedefinieerd of als zodanig is opgenomen.⁶⁷ Zowel de Grondwet als de organieke wetten spreken er slechts over dat de bevoegdheid tot regeling en bestuur inzake hun huishouding aan de gemeentelijke en provinciale besturen wordt overgelaten. Artikelen 149 Gemeentewet en 145 Provinciewet geven verdere invulling aan het begrip huishouding. Daarin staat dat gemeenteraden en Provinciale Staten verordeningen kunnen maken die zij in het belang van de gemeente onderscheidenlijk de provincie nodig achten. Dit wijst op een open huishouding. De open huishouding houdt in dat decentrale overheden alle taken en bevoegdheden naar zich toe kunnen trekken voor zover dit mogelijk is binnen de grenzen van hogere regelgeving.⁶⁸ Er is dus ruimte voor eigen initiatief voor de decentrale overheden. Dit eigen initiatief en de open huishouding impliceren dat er autonome bevoegdheden zijn; bevoegdheden die voortvloeien uit verordeningen die nodig zijn om de eigen huishouding te regelen met de Grondwet als wettelijke basis. Daarom wordt autonomie in de artikelen 124, eerste lid, Grondwet, 108, eerste lid, Gemeentewet en 105, eerste lid, Provinciewet ingelezen. Dat autonomie in het gemeenterecht toch een beginsel is, is opmerkelijk omdat artikel 124, eerste lid, van de Grondwet nauwelijks normatieve betekenis heeft.⁶⁹ In het artikel staat niets over wat autonomie inhoudt, wat de reikwijdte is en wat waarborgen hiervoor zijn. Het wordt hoe dan ook wel veelvuldig ingeroepen en van groot belang geacht.⁷⁰

⁶⁶ Engels & Fraanje, p. 14.

⁶⁷ Raad van State 2006, Eerste Periodieke Beschouwing, p. 10.

⁶⁸ Elzinga 2011, p. 50.

⁶⁹ Broeksteeg 2011, p. 259.

⁷⁰ Ibid.

Zoals Elzinga het goed verwoordt, schept autonomie zelfstandigheid en vrijheid voor decentrale overheden, maar kosten beleidsinitiatieven vaak veel geld.⁷¹ Een beperking van de autonomie van decentrale overheden kan dus niet alleen gelegen zijn op het vlak van handelingsbevoegdheden, maar kan ook worden veroorzaakt door beperkte financiële middelen. Dat is een ontwikkeling die ook de Raad van State heeft gesignaleerd in de Derde Periodieke Beschouwing over de interbestuurlijke verhoudingen.⁷² Decentrale overheden moeten dus in staat worden gesteld om belastingen te heffen en een bepaald gedeelte van de rijksbijdrage zou vrij besteedbaar moeten zijn, zodat decentrale overheden ruimte hebben om hun autonome bevoegdheden te gebruiken wanneer ze dit nodig achten.⁷³ Het is daarom ook goed dat de minister een onderzoek is gestart naar de verruiming van het decentrale belastinggebied.⁷⁴

2.3. Subsidiariteitsbeginsel.

Het subsidiariteitsbeginsel is al enkele keren de revue gepasseerd. Het subsidiariteitsbeginsel is een rechtsbeginsel⁷⁵ dat inhoudt dat alle overheidsbevoegdheden die aan decentrale overheden kunnen worden toevertrouwd ook aan het moeten worden toevertrouwd.⁷⁶ Voor bemoeienis van een centraler bestuursniveau is slechts plaats voor zover taakbehartiging door het decentralere niveau onvoldoende is verzekerd.⁷⁷ Rekening houden met lokale verschillen en dat kan worden vormgegeven overeenkomstig de plaatselijk levende politieke opvatting, zijn vaak motieven om taken zo decentraal mogelijk uit te voeren.⁷⁸ Verder is het een alom geaccepteerd idee dat decentrale overheden beleid doelmatiger en doeltreffender kunnen uitvoeren.⁷⁹

Subsidiariteit geldt in het Decentralisatiekader als uitgangspunt. Daarbij is het oorspronkelijke adagium uit de Decentralisatienota⁸⁰ “Decentraal wat kan, centraal wat moet” in de loop van de tijd veranderd in: “Decentraal moet, tenzij het alleen centraal kan”. Hiermee is de bewijslast omgedraaid en moet gemotiveerd worden waarom iets centraal geregeld dient te worden in plaats van decentraal.⁸¹ Daarmee dient voor centralisatie dus bewezen te worden dat decentralisatie

⁷¹ Elzinga 2011, p. 47-48.

⁷² Raad van State 2012, Derde Periodieke Beschouwing, p. 44.

⁷³ Broeksteeg 2011, p. 259.

⁷⁴ Agenda Lokale Democratie, Kamerstukken II 2014/15, 34 000-VII, nr. 36, bijlage, p. 7-8.

⁷⁵ Engels & Fraanje 2013, p. 12.

⁷⁶ Zijlstra 2009, p. 259.

⁷⁷ Raad van State 2006, Eerste Periodieke Beschouwing, p. 11.

⁷⁸ Munneke 2013, p. 286.

⁷⁹ Vgl. Raijmakers 2014, p. 277; *Nota bestuur in samenhang – De bestuurlijke organisatie in Nederland*, Kamerstukken II 2012/13, 33 047, nr. 8, p. 21; Groenendijk 2013, p. 275; Zijlstra 2009, p. 239.

⁸⁰ Decentralisatienota, Kamerstukken II 1980/81, 16 492, nr. 2.

⁸¹ Raad van State 2009, Tweede Periodieke Beschouwing, p. 73.

ondoelmatig en ondoeltreffend is.⁸² Op deze manier is het ook gecodificeerd in de in paragraaf 1.2 behandelde artikelen 117, lid 2, Gemeentewet en 115, lid 2, Provinciewet.

Een leerstuk dat sterk met het subsidiariteitsbeginsel samenhangt, is het leerstuk van medebewind. Vanwege de sterke centralisatie, die in het midden van de 19^e eeuw is ingezet⁸³, wordt het subsidiariteitsbeginsel vooral ingezet als opdracht om gecentraliseerde taken en bevoegdheden over te dragen aan decentrale overheden. Dit geschiedt via medebewindsregelingen, waarin de decentrale overheden de opdracht krijgen om bepaalde taken uit te voeren.⁸⁴ Elzinga typeert medebewind als de ‘*verplichte uitvoering van hogere regelingen*’⁸⁵. Dit vloeit ook rechtstreeks voort uit het tweede lid van artikel 124 van de Grondwet, waarin de bevoegdheid van de wetgever is opgenomen om bestuur en regeling te vorderen en waar decentrale overheden gehoor aan moeten geven. Elzinga onderscheidt twee soorten medebewind: vrij medebewind met een ruime mate van beleidsvrijheid en mechanisch medebewind waarin de decentrale overheid praktisch alleen een uitvoeringsorgaan is.⁸⁶ Artikel 116, eerste lid, Gemeentewet en artikel 114, eerste lid, Provinciewet eisen dat er zoveel mogelijk beleidsvrijheid is. Maar beleidsvrijheid in medebewind is iets fundamenteel anders dan autonomie, zoals de Raad van State in zijn Derde Periodieke Beschouwing ook terecht concludeert.⁸⁷ De mate van de toegekende beleidsvrijheid bij de decentralisering van taken doet niets af aan het medebewindkarakter. De Raad van State oordeelt zelfs dat hiermee ten onrechte de indruk wordt gewekt dat decentralisatie van taken leidt tot een vergroting van de decentrale autonomie.⁸⁸ Wel onderschrijft de Raad van State het uitgangspunt dat wanneer er sprake moet zijn van medebewind er veel beleidsvrijheid dient te worden gegeven aan de decentrale overheid.⁸⁹

2.4. Democratisch lokaal bestuur.

Dat lokaal bestuur democratisch behoort te zijn, is in een democratische rechtsstaat als Nederland bijna vanzelfsprekend, maar dat neemt niet weg dat het als een beginsel in het constitutioneel organogram van de gedecentraliseerde eenheidsstaat hoort te worden benoemd.⁹⁰ Democratisch

⁸² Raad van State 2012, Derde Periodieke Beschouwing, p. 13.

⁸³ Ibid., p. 19.

⁸⁴ Reden hiervoor is dat er een juridisch vacuüm ontstaat, op het moment dat de centrale overheid besluit te stoppen met een regeling zonder dat er een andere regeling is. Om dit voor belanghebbenden te voorkomen is decentralisatie via medebewind de enige mogelijke manier.

⁸⁵ Elzinga 2011, p. 47.

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ Raad van State 2012, Derde Periodieke Beschouwing, p. 43.

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Ibid., p. 71. De “hoe-vraag” hoort bij de decentrale overheden te liggen en er moet worden aanvaard dat deze vraag op uiteenlopende wijzen wordt beantwoord.

⁹⁰ Strikt genomen gaat het hier dus om het zuivere democratiebeginsel, maar om aan te geven dat dit beginsel speelt op decentraal niveau wordt de term democratisch lokaal bestuur gebruikt.

lokaal bestuur is onlosmakelijk verbonden met de hierboven behandelde autonomie, de open huishouding en de beleidsvrijheid in medebewind, kortom met de aanwezigheid van een politieke arena. Bij een bestuurlijk stelsel gebaseerd op een vorm van politieke representatie is namelijk vereist dat er substantiële beleidsruimte is waarin politieke keuzes kunnen worden gemaakt.⁹¹ Net als autonomie is het beginsel van democratisch lokaal bestuur dus een van de vier originele decentrale beginselen van Thorbecke. Het motief van Thorbecke hiervoor was de ontwikkeling van de Staat door vergroting van de burgerzin en het verbeteren van het staatssysteem.⁹² Aan het democratiebegrip kan de decentrale overheid ook op een heel directe wijze invulling geven, doordat burgers soms op verschillende wijzen mogen meebesturen of meebeslissen.⁹³ Decentralisatie zorgt hiermee ook voor een hoger democratisch gehalte van de besluitvorming over voorzieningen.⁹⁴ Als zodanig is het vereiste van democratisch lokaal bestuur ook opgenomen in het Handvest.

2.5. Rechtsgelijkheid.

Een gevolg van het bestaan van autonomie, beleidsvrijheid en democratisch lokaal bestuur is dat er differentiatie kan ontstaan tussen decentrale overheden. Vanuit de motieven achter het subsidiariteitsbeginsel en het democratiebeginsel is dit ook begrijpelijk, zo niet gewenst, en onvermijdelijk.⁹⁵ Met die differentiatie kan ook rechtsongelijkheid ontstaan. Een inwoner uit de ene gemeente kan meer of andere rechten krijgen dan de inwoner in een andere gemeente, omdat gemeenten zelf keuzes kunnen maken over hun beleid. De vraag moet daarbij zijn of deze mogelijke rechtsongelijkheid gerechtvaardigd is. Hiervoor zijn twee benaderingen.

Zo is Vonk van mening dat verschillen moeten kunnen worden herleid tot een expliciete en bewuste afweging van het decentrale bestuur.⁹⁶ Als er voornamelijk landelijk beleid is (en Vonk noemt hier als voorbeeld beleidsaanwijzingen van een minister, centrale financieringsvoorschriften en afspraken met de VNG) en lokale verschillen bij de uitwerking hiervan slechts voorkomen door toeval of arbitraire interpretatie, dan is er volgens hem aanleiding om afwijkingen kritisch te toetsen.⁹⁷ Munneke daarentegen is van mening dat als de keuze voor decentralisatie is gemaakt, de hobbel van rechtsongelijkheid al is genomen.⁹⁸ De beoordeling of rechtsongelijkheid acceptabel is en de voordelen van decentralisatie hiertegen opwegen moet dus door de wetgever worden gedaan,⁹⁹

⁹¹ Elzinga 2011, p. 48.

⁹² Raijmakers 2014, p. 278.

⁹³ Raad van State 2009, Tweede Periodieke Beschouwing, p. 68.

⁹⁴ Groenendijk 2013, p. 275.

⁹⁵ Munneke 2013, p. 288.

⁹⁶ Vonk 2012, p. 8.

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ Munneke 2013, p. 289.

⁹⁹ Ibid.

ofwel vooraf bij decentralisatie in medebewind, ofwel achteraf in het geval dat decentrale overheden in autonomie een taak aan zich hebben getrokken. Volgens Munneke moet dan nagegaan worden of er goede gronden zijn voor differentiatie en of er daadwerkelijk sprake is van een grotere lokale democratische legitimatie.¹⁰⁰ Daarbij zal ook de aard van de taak en het onderwerp van belang zijn. De vraag of verschillen gerechtvaardigd zijn zal bij onderwerpen als welzijn, zorg en werk anders beantwoord worden dan bij ruimtelijke infrastructuur, volkshuisvesting en economische ontwikkeling.¹⁰¹

Met Munneke ben ik van mening dat Vonk gelijk heeft in zijn stelling dat decentrale overheden weloverwogen keuzes moeten maken.¹⁰² Ook deel ik de visie van Munneke dat de vraag over het accepteren van enige vorm van rechtsongelijkheid eerst en vooral bij de centrale wetgever hoort te liggen. Daarbij zijn niet alleen de bovengenoemde vragen van belang of er goede grond bestaat voor differentiatie en of de voordelen opwegen tegen de nadelen, maar is het ook van belang of het gaat om taken in autonomie uitgevoerd door decentrale overheden of van taken uitgevoerd door de centrale overheid. In geval van autonoom uitgevoerde taken is er mogelijk wel sprake van rechtsongelijkheid als een gemeente een nieuwe regeling treft, terwijl een andere gemeente dat niet doet, maar daar kan geen van beide gemeenten op worden aangesproken. In het geval dat taken door de wetgever worden gedecentraliseerd zal er een verzwaarde motivatie moeten zijn om van rechtsgelijkheid over te gaan naar rechtsongelijkheid, omdat dit rechtsonzekerheid oplevert voor belanghebbenden. Deze vraag kan sneller positief beantwoord worden als de wetgever bij decentralisatie en medebewind wettelijke kaders stelt die zorgen voor enige uniformering.

2.6. Toezicht en regelhiërarchie.

De twee laatste beginselen die tegenwicht bieden aan de decentrale beginselen zijn toezicht en regelhiërarchie. Het zijn beide beginselen om de eenheid van de Staat te bewaren. Toezicht door goedkeuring vooraf of vernietiging achteraf en regelhiërarchie door bewegingsruimte in te perken via hogere regelgeving. Regelhiërarchie is al in het eerste hoofdstuk aan de orde geweest als kenmerk van de gedecentraliseerde eenheidsstaat. Toezicht bestaat omdat ook binnen de gegeven wettelijk kaders door decentrale overheden besluiten kunnen worden genomen die een *“potentiële bedreiging zijn voor andere delen van de staat en de staat als geheel”*.¹⁰³ Dit toezicht moet wel van procedurele en inhoudelijke waarborgen zijn voorzien die terughoudendheid bij instelling en gebruik

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ Groenendijk 2013, p. 278.

¹⁰² Munneke 2013, p. 289.

¹⁰³ ROB december 2002, p. 19.

van toezicht verzekeren. Tevens moet er evenredigheid bestaan tussen de interventie van de toezichthouder en de belangen die met toezicht worden gediend.¹⁰⁴

Er kan in een gedecentraliseerde eenheidsstaat geen sprake zijn van ongeclausuleerd toezicht en toezicht op decentrale overheden dient daarom aan wettelijke gronden gebonden te zijn.¹⁰⁵ Toezichthoudende bevoegdheden mogen ook enkel leiden tot afwijzing of vernietiging van besluiten en niet zomaar tot in de plaatsstelling. In dat laatste geval gaat namelijk de scheppende of creatieve macht van het decentrale niveau verloren.¹⁰⁶ Bij strikt gebonden of mechanisch medebewind, is het instrument van in de plaatsstelling sneller mogelijk. Hiervoor geldt natuurlijk dat terughoudend dient te worden omgegaan met strikt gebonden medebewind vanwege de beperking van de beleidsvrijheid van decentrale overheden die het met zich meebrengt. De ene vorm van toezicht kan ook als passender worden gezien dan de andere. Zo passen bestuurlijk repressief toezicht of in de plaatsstelling niet bij in medebewind gevorderde uitvoering waarbij decentrale overheden een ruime beleidsvrijheid hebben. Daarmee wordt immers de beleidsvrijheid beperkt.¹⁰⁷ Anderzijds is repressief toezicht de enige passende vorm van toezicht in het geval van autonome taakuitvoering. Autonome taakuitvoering is een grondwettelijk recht voor decentrale overheden en kan om die reden enkel achteraf getoetst worden op strijd met het recht of het algemeen belang. Preventief toezicht vooraf zou de autonomie van de decentrale overheden teveel beperken.

2.7. Machtenspreiding.

In de eerste paragraaf van dit hoofdstuk is een beginsel geïdentificeerd dat niet uit het (grond)wettelijk kader blijkt, maar wel nauw samenhangt met de motieven voor de gedecentraliseerde eenheidsstaat. Het gaat om het beginsel van machtenspreiding zoals dat door Raijmakers is gevonden in zijn proefschrift. Raijmakers stelt vast dat dit beginsel door Thorbecke is ontleend aan het Franse doctrinair-liberalisme en door hem is verwerkt in de Grondwet, Provinciewet en Gemeentewet.¹⁰⁸

Het idee van machtenspreiding komt voort uit de bescherming van de burgerlijke vrijheid. Om vrijheid van de individuele burger te waarborgen tegen de almacht van de Staat diende de macht niet enkel horizontaal te worden verdeeld over verschillende staatsorganen, maar ook verticaal zodat de Staat als entiteit niet te veel macht zou hebben.¹⁰⁹ Hiermee is het principe terug te voeren op de

¹⁰⁴ Ibid., p. 22; vgl. ook artikel 8, derde lid, Handvest.

¹⁰⁵ Ibid., p. 19; In het huidige stelsel zijn de twee wettelijke vernietigingsgronden strijd met het recht of het algemeen belang.

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ Een rechterlijk toezicht door een rechtsgang voor belanghebbenden dient wel aanwezig te zijn. Dat is immers een vereiste voor de rechtsstaat.

¹⁰⁸ Raijmakers 2014, p. 278.

¹⁰⁹ Ibid., p. 61.

beginselen van de democratische rechtsstaat. Het democratiebeginsel en de rechtsstaatidee met zijn vrijheidsideaal brengen mee dat het overheidsbestuur zo dicht mogelijk bij de burger ligt (het subsidiariteitsbeginsel) en op die manier wordt ook de macht in de Staat gespreid.¹¹⁰ De verhouding tussen de macht van de Staat als collectief en de individuele vrijheid van de burger vertaalt zich in de twee kenmerken van de gedecentraliseerde eenheidsstaat: eenheid en verscheidenheid.¹¹¹ Deze twee kenmerken zijn in ons staatsbestel terug te vinden in de verdeling tussen decentraal bestuur dat de verscheidenheid vertegenwoordigt en het centrale bestuur dat de eenheid bewaakt.¹¹²

De Raad van State merkt over het beginsel van machtspreiding nog op dat “[h]et geheel van regels (de Grondwet en organieke wetgeving), waarin het stelsel van openbaar bestuur is vervat, is gericht op het zoveel mogelijk bewaren van dat evenwicht tussen de verschillende overheidsorganisaties”.¹¹³

In de 19^e eeuw was machtspreiding in de literatuur een veel terugkerend motief voor decentralisatie,¹¹⁴ maar in de door Raijmakers onderzochte parlementaire stukken werd het slechts nog een enkele maal opgevoerd.¹¹⁵ Volgens hem betekent dit echter niet dat de vraag naar de machtsverdeling niet speelt. De vraag naar de machtsverhoudingen richt zich echter meer op de vraag wie het voor het zeggen heeft in Nederland.¹¹⁶

2.8. Zeven beginselen voor de gedecentraliseerde eenheidsstaat.

In dit hoofdstuk zijn zeven beginselen en leerstukken geïdentificeerd en behandeld die relevant zijn in het constitutioneel organogram van de gedecentraliseerde eenheidsstaat: de leerstukken van open huishouding (en daaruit voortvloeiend autonomie), toezicht en regelhiërarchie en de beginselen van subsidiariteit, democratisch lokaal bestuur, rechtsgelijkheid en machtspreiding. De vraag die na dit hoofdstuk openstaat, is hoe deze beginselen zich tot elkaar verhouden en welk beginsel als eerste en overlappend principe moet dienen in het constitutioneel organogram. Die vraag zal in het volgende hoofdstuk worden behandeld.

¹¹⁰ ROB december 2002, p. 10.

¹¹¹ Raijmakers 2014, p. 62.

¹¹² Ibid.; Raijmakers verwijst hierbij naar W. Verkade, *Overzicht der staatkundige denkbeelden van Johan Rudolph Thorbecke* (diss. Leiden), Arnhem: Van Lochem Slaterus' Uitgeversmaatschappij 1935, p. 324-325.

¹¹³ Raad van State 2006, Eerste Periodieke Beschouwing, p. 10.

¹¹⁴ Raijmakers 2014, p. 278.

¹¹⁵ Ibid., p. 283; De enkele maal was in 1848 omtrent het lager onderwijs en in 1983-heden over de ruimtelijke ordening, zie: Raijmakers, p. 275-276.

¹¹⁶ Ibid., p. 284.

Hoofdstuk 3

Het centraal constitutioneel principe.

Nu de relevante beginselen zijn geïdentificeerd in het vorige hoofdstuk, kan in dit hoofdstuk het constitutioneel organogram van de gedecentraliseerde eenheidsstaat worden opgezet. In de inleiding van deze scriptie is het begrip ‘constitutioneel organogram’ al uiteengezet. Elzinga definieert het constitutioneel organogram als *“de principes van constitutionele aard die richting geven aan [de] ordening en [het] functioneren van een deel van het publiekrechtelijk domein”*.¹¹⁷ Het organogram bestaat uit twee lagen. De eerste laag bestaat uit het centraal constitutioneel principe of basisprincipe dat in de tweede laag aan de hand van andere constitutionele principes wordt uitgewerkt. Deze tweede laag van constitutionele principes geeft verder vorm en inhoud aan de gedecentraliseerde eenheidsstaat.¹¹⁸ Het constitutioneel organogram is een schematisch denkmodel met de relevante beginselen van een gedeelte van het publiekrechtelijk domein. Dat betekent dus dat het organogram historisch niet geheel juist hoeft te zijn of dat het een volledig nauwkeurige beschrijving van de werkelijkheid geeft. Het is een model om verbindingen tussen beginselen te leggen, deze te ordenen en de discussie over de gedecentraliseerde eenheidsstaat te structureren.

Om de eerder gevonden principes of beginselen te ordenen en hieruit het centraal constitutioneel principe van de rest te kunnen onderscheiden, dienen de gevonden beginselen tegen elkaar afgewogen te worden. Daarbij moet onderzocht worden hoe de beginselen zich tot elkaar verhouden. In beginsel kunnen de beginselen worden onderscheiden in twee typen: decentrale en centrale beginselen. Eerst zal onderzocht worden hoe de beginselen zich verhouden tot de andere beginselen binnen hun type. Aan de hand van deze vergelijking kan een hypothese worden geformuleerd die daarna door middel van reductie wordt gefalsificeerd. Via deze methode kan worden onderzocht hoe de beginselen elkaar tegenhangen of in balans brengen en welk beginsel daarbij overblijft als basisprincipe van het constitutioneel organogram van de gedecentraliseerde eenheidsstaat. Door middel van deze methode wordt het centraal constitutioneel principe gevonden en tegelijkertijd invulling gegeven aan de tweede laag van het organogram.

3.1. Afweging van de verhoudingen binnen de decentrale en centrale beginselen.

De duidelijke decentrale beginselen zijn: autonomie, subsidiariteit en democratisch lokaal bestuur.

Hoe verhouden deze beginselen zich tot elkaar? Uit het vorige hoofdstuk blijkt dat het autonomiebeginsel staat voor vrijheid en zelfstandigheid van de decentrale overheden. Dit geeft ze de bevoegdheden om taken aan zich te trekken en beleid te initiëren. Het subsidiariteitsbeginsel zegt

¹¹⁷ Elzinga 2013.

¹¹⁸ Ibid.

dat taken en bevoegdheden bij het bestuur moet worden gelegd dat zo dicht mogelijk bij de burger staat. Slechts als de taak niet op decentraal niveau uitgevoerd kan worden, mag deze door de centrale overheid opgepakt en uitgevoerd worden.

Door de vraag te behandelen waarom deze beginselen gelden, kan terug geredeneerd worden tot het hoofdbeginsel van de decentrale beginselen. Het derde decentrale beginsel geeft het antwoord. Taken en bevoegdheden zouden zo dicht mogelijk bij de burger autonoom uitgevoerd moeten worden door decentrale overheden, omdat dit de dichtstbijzijnde vormen van democratisch bestuur zijn en de burger hier het directst zijn invloed op kan uitoefenen. Dit is het subsidiariteitsbeginsel. Door democratisch lokaal bestuur is er een lokale politieke arena voor de gemeenschap. Zoals in het vorige hoofdstuk al is aangehaald, vereist een politieke arena keuzemogelijkheid.¹¹⁹ Om die reden is er ook de autonomie van de decentrale overheden. Dit beginsel waarborgt keuzevrijheid en zelfstandigheid van handelen. Democratisch lokaal bestuur verplicht ertoe om de lokale gemeenschap zelf zoveel mogelijk beslissingen te laten nemen en taken moeten daarom op zo'n laag mogelijk niveau worden uitgevoerd. Vanwege het beginsel van democratisch lokaal bestuur zijn het autonomie- en het subsidiariteitsbeginsel dus van toepassing in de gedecentraliseerde eenheidsstaat. De vraag die dan rest is waarom decentraal bestuur democratisch dient te zijn en het beginsel van democratisch lokaal bestuur daarmee een beginsel van de gedecentraliseerde eenheidsstaat is. Het antwoord hierop kan gevonden worden in een van de andere zeven beginselen. Een van de motieven voor decentralisatie is het beginsel van machtsverspreiding.¹²⁰ Om de macht van de centrale overheid te beperken, zijn er decentrale overheden met elk hun eigen bestuur. Ter legitimatie van dit lokale bestuur tegenover de democratisch gelegitimeerde macht van de centrale wetgever is vereist dat dit lokale bestuur ook op democratische leest geschoeid is. Onderliggende reden voor democratisch lokaal bestuur is dus het beginsel van machtsverspreiding dat legitimatie behoeft. Daarnaast is het natuurlijk ook een vast uitgangspunt in de democratische rechtsstaat dat de uitoefening van overheidsmacht democratisch gelegitimeerd dient te zijn.

De verbanden binnen de centrale beginselen liggen op het eerste gezicht minder helder. Toezicht en regelhiërarchie zien duidelijk op behoud van (rechts)eenheid binnen de Staat. Het beginsel van rechtsgelijkheid ziet op gelijke rechten voor iedereen en gelijke toepassing van het recht in gelijke gevallen. Is het mogelijk om net als bij de decentrale beginselen een gemeenschappelijk basis te vinden? Duidelijk is dat geen van de in het vorige hoofdstuk gevonden centrale beginselen als hoofdprincipe van de centrale beginselen kan gelden, zoals het beginsel van democratisch lokaal

¹¹⁹ Elzinga 2011, p. 48.

¹²⁰ Raijmakers 2014, p. 61

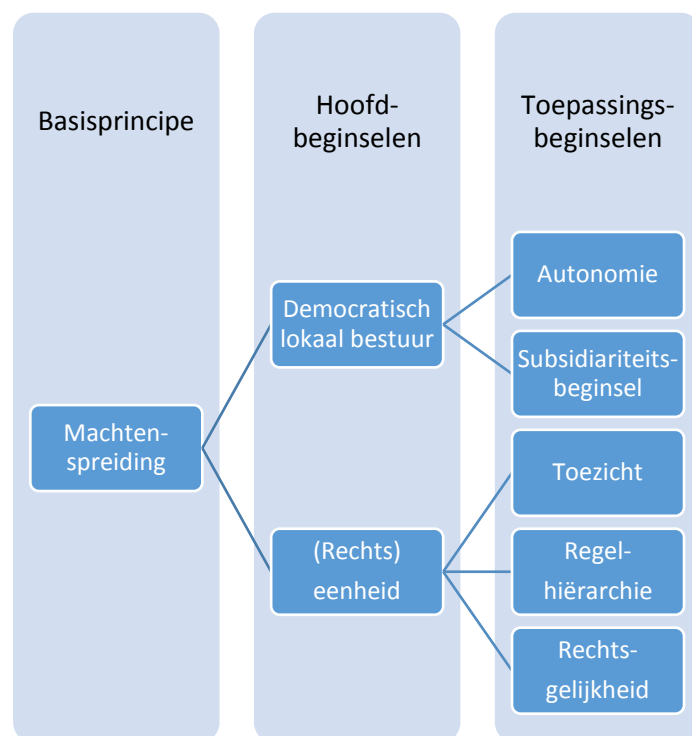
bestuur dat is bij de decentrale beginselen. Toezicht en regelhiërarchie zijn voornamelijk formele beginselen, terwijl rechtsgelijkheid een materiële invulling kent. Vanuit dat oogpunt lijken ze geen overeenkomende eigenschap te bezitten. Anderzijds is er een reden dat de drie beginselen behoren tot de centrale beginselen: ze zorgen voor de (rechts)eenheid binnen de Staat. Dat toezicht en regelhiërarchie hier op zien, is al naar voren gekomen. Het beginsel van rechtsgelijkheid is hier echter ook naar te herleiden. Rechtseenheid kan namelijk worden uitgelegd als de eenduidige toepassing van de wet op zo'n manier dat verwarring wordt uitgesloten. Rechtsgelijkheid kan worden gezien als een *specialis* van dit uitgangspunt, omdat het zorgt voor een eenduidige toepassing van de wet binnen een groep van gelijke gevallen. Op deze manier ontstaat met het beginsel van (rechts)eenheid een gemeenschappelijkheid tussen de centrale beginselen, dit beginsel zou daarom als hoofdbeginsel van de centrale beginselen kunnen gelden.

Zoals bij het beginsel van democratisch lokaal bestuur, kan ook bij (rechts)eenheid de waarom-vraag worden gesteld waar het zijn oorsprong of reden vindt. Waar de decentrale beginselen bedoeld zijn om de macht van de centrale overheid te spreiden en hiermee te beperken, kan dit ook als het doel van de centrale beginselen worden gezien. Ze zorgen ervoor dat de decentrale overheden niet te veel macht krijgen en dienen als garantie dat de Staat geen loshangend verband wordt. Op die manier is er een spreiding van macht en zijn de beginselen gericht op het in stand houden van de balans van de gedecentraliseerde eenheidsstaat. Rechtseenheid en de daaronder hangende centrale beginselen kunnen dus ook onder het beginsel van machtspreiding worden geplaatst. Ze dienen als tegenhangers van de decentrale beginselen, waardoor macht tussen centraal en decentraal gebalanceerd en gespreid wordt.

Dat het beginsel van machtspreiding als achterliggende reden gezien kan worden, hoeft niet te betekenen dat machtspreiding ook de oorsprong van de beginselen is of dat dit beginsel daadwerkelijk nog actief wordt gebruikt. Het constitutioneel organogram is immers bedoeld als schematisch denkmodel en zoals Raijmakers concludeert, wordt machtspreiding als motief om te (de)centraliseren bijna niet meer opgevoerd.¹²¹ Uit het voorgaande lijkt een hiërarchische verdeling te kunnen worden opgemaakt binnen de decentrale en centrale beginselen. Deze verdeling kan worden verbeeld als in figuur 3.1.

¹²¹ Raijmakers 2014, p. 280.

Figuur 3.1.



Uit het feit dat zowel de decentrale als de centrale beginselen het beginsel van machtspreiding als achterliggende reden hebben, kan de hypothese worden geformuleerd dat dit beginsel het basisprincipe is van het constitutioneel organogram van de gedecentraliseerde eenheidsstaat. Deze hypothese zal nader onderbouwd worden door te onderzoeken hoe de individuele beginselen zich tot elkaar verhouden. Indien alle overige beginselen elkaar in balans houden, en er niet nog een beginsel is dat zwaarder weegt dan de anderen, kan gezegd worden dat machtspreiding het basisprincipe is dat ten grondslag ligt aan het constitutioneel organogram.

3.2. Afweging tussen de beginselen.

Uit de drie decentrale beginselen vloeit de norm voort dat decentrale overheden zoveel mogelijk beleidsvrijheid zouden moeten krijgen bij medebewind.¹²² Volgens de drie decentrale beginselen moet de uitvoering in medebewind immers op het voor de burger dichtstbijzijnde niveau liggen en op dat niveau is er het democratisch gelegitimeerde bestuur. Om dit democratische lokale bestuur recht te doen, is er een politieke arena nodig waarin de lokale gemeenschap keuzemogelijkheden heeft. Om die reden is het dus noodzakelijk dat ook in medebewind het lokale bestuur zoveel mogelijk beleidsvrijheid heeft, vooral aangezien de taken in medebewind het aanzienlijkste deel van

¹²² Deze norm is het in het Nederlandse decentralisatierecht opgenomen in de eerder besproken artikelen 116 Gemeentewet en 114 Provinciewet.

de decentrale overheidstaken omvatten. De beperking van de echte autonomie van de decentrale overheden door de figuur van medebewind neemt niet weg dat de norm van beleidsvrijheid zou moeten komen te vervallen. Hoewel autonomie en beleidsvrijheid van een andere orde zijn, kunnen ze wel worden beperkt door dezelfde centrale beginselen van regelhiërarchie en toezicht. Hogere normen bepalen de reikwijdte van de autonomie en beleidsvrijheid en toezichtsinstrumenten kunnen feitelijke beperkingen opleggen in concrete gevallen.

De vraag wanneer sprake zou moeten zijn van beleidsvrijheid of autonomie en wanneer de beginselen van regelhiërarchie en toezicht toegepast zouden moeten worden, kan worden beantwoord aan de hand van het subsidiariteits- en het rechtsgelijkheidsbeginsel. Decentralisatie, met beleidsvrijheid of in autonomie, zorgt voor differentiatie in uitvoering. Bij elk (de)centralisatievraagstuk zal daarom door de centrale wetgever de vraag moeten worden gesteld of mogelijke rechtsongelijkheid gerechtvaardigd kan worden door uitvoering en beleidsbepaling op lokaal niveau. Als bij de beantwoording van deze vraag wordt gedecentraliseerd of bestaande autonome decentralisatie wordt geaccepteerd, wordt het mogelijk ontstaan van ongelijkheid gerechtvaardigd door de voordelen die decentrale uitvoering oplevert.¹²³ Als decentrale overheden dan kiezen om ander beleid te voeren dan omliggende gemeenten, kan het ontstane verschil in beginsel worden gerechtvaardigd doordat de lokale gemeenschap hier via het democratische lokale bestuur voor heeft gekozen.¹²⁴ Het ontstaan van verschillen wordt op deze manier tweemaal aan democratische besluitvorming onderworpen, centraal door de wetgever en decentraal door de lokale volksvertegenwoordiging.

Voor de afweging tussen het subsidiariteitsbeginsel en het rechtsgelijkheidsbeginsel zijn handvatten te geven. Punten hiervoor zijn al gegeven bij de behandeling van het gelijkheidsbeginsel in het voorgaande hoofdstuk. Zo dient gekeken te worden naar de vraag of het democratische lokale bestuur daadwerkelijk grotere democratische legitimatie heeft. Hierbij moet gedacht worden aan de vraag of het lokale bestuur de juiste democratische schaal is om het beleid op te voeren. Daarbij zijn ook de aard, de omvang en het onderwerp van de taak van belang. Verder is van belang of er een oorspronkelijke centrale regeling is die gedecentraliseerd wordt, of dat het gaat om een decentrale regeling die voortkomt uit autonome bevoegdheden. In het laatste geval wordt het onderscheid met andere gemeenten en burgers per definitie gerechtvaardigd door het democratische lokale bestuur en zou er een grotere drempel moeten zijn om dit via centrale regeling te beperken. De decentrale overheid en de lokale gemeenschap hebben hier immers uit eigen beweging in autonomie voor gekozen. In geval van decentralisatie van een centrale regeling is de drempel voor decentralisatie hoger, omdat decentralisatie met beleidsvrijheid rechtsonzekerheid voor burgers kan betekenen. De

¹²³ Munneke 2013, p. 288.

¹²⁴ Zijlstra 2009, p. 240.

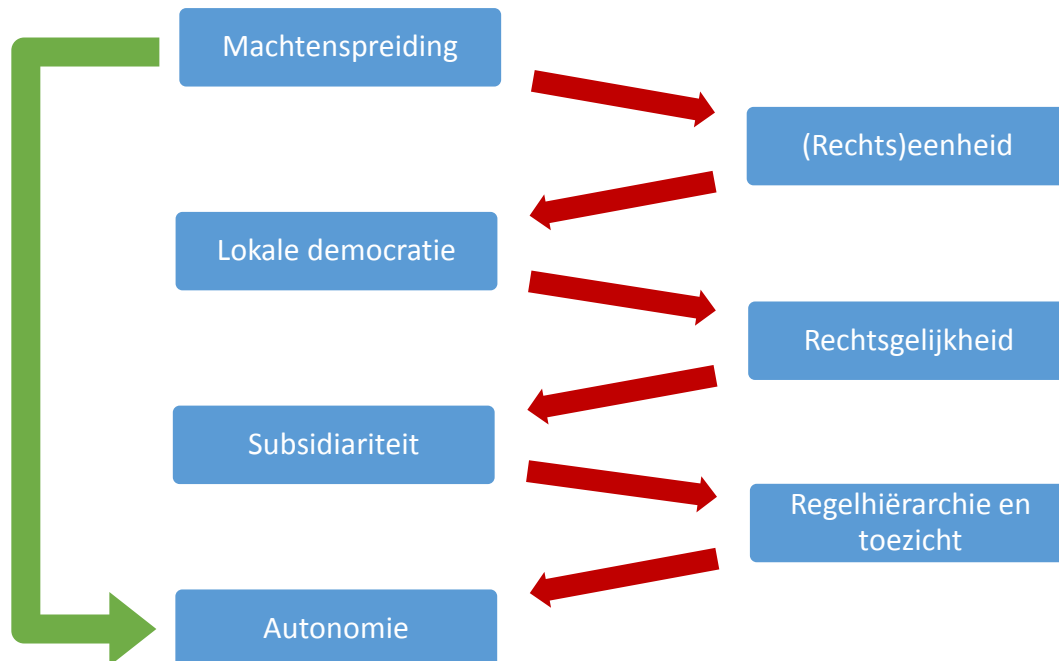
drempel kan daar verlaagd worden door een beperkte reikwijdte van de beleidsvrijheid in de decentraliseringswet op te nemen.

In de vorige paragraaf zijn uit de decentrale en centrale beginselen twee hoofdbeginselen gedestilleerd. Nu de toepassingsbeginselen tegen elkaar zijn afgewogen, moeten dit ook worden gedaan met de twee hoofdbeginselen. Het beginsel van democratisch lokaal bestuur rechtvaardigt in principe verschillen in uitvoering en beleid tussen verschillende decentrale overheden. De gemeenschap moet ook de mogelijkheid hebben om keuzes te maken, omdat er democratisch bestuur is. De mogelijkheid tot keuzes kan leiden tot verschillen in uitvoering tussen de verschillende decentrale overheden. Binnen welke marges deze verschillen mogen plaatsvinden, is een vraag voor de wetgever. Dit vraagstuk kan worden beoordeeld aan de hand van de beginselen van democratisch lokaal bestuur en rechtseenheid. Rechtseenheid probeert de eenheid van de Staat en het recht te waarborgen. Hier is sprake van twee verschillende belangen die diametraal tegenover elkaar staan. De vraag is hier letterlijk of de eenheid of de verscheidenheid van de Staat voorrang verdient. Het antwoord op deze vraag ligt in het idee van Thorbecke over de Staat die bestaat uit drie gelijkwaardige delen. Deze gelijkwaardige delen hebben elk hun vrijheid van handelen, maar moeten echter wel handelen in het algemeen belang.¹²⁵ Vanuit dit perspectief is de (rechts)eenheid dus van groter belang bij (de)centralisatievraagstukken dan het feit dat de decentrale overheden een zelfstandige democratische legitimatie hebben. Voor tot decentralisatie kan worden overgegaan of bestaande autonome decentrale taken geaccepteerd kunnen worden, dient dus te worden gezien of het hier gaat om een algemeen belang of een rechtsbelang, of dat het gaat om lokale belangen.

Zoals (rechts)eenheid als tegenmacht geldt voor het beginsel van democratisch lokaal bestuur, geldt het als laatst overgebleven beginsel van machtspreiding als tegenhanger van de (rechts)eenheid. De macht van de centrale overheid mag niet te groot zijn en dit dient te worden voorkomen door decentralisatie en de autonome bevoegdheden van de decentrale overheden. Op deze manier is de cirkel rond, zonder dat er een cirkelredenering ontstaat. Uit de hieronder ingevoegde figuur kan worden opgemaakt dat, behalve het beginsel van machtspreiding, elk beginsel beperkt wordt door een ander beginsel waarbij telkens wordt gekeken tussen decentrale en centrale beginselen. Machtspreiding is daarbij het laatste beginsel dat tegelijk het autonomiebeginsel rechtvaardigt, waardoor autonomie als het ware het tegenhangend beginsel voor (rechts)eenheid kan zijn. De decentrale overheden hebben met de scheppende autonome macht de mogelijkheid om tegenwicht te bieden tegen de (rechts)eenheid, waarbij de bovenliggende

¹²⁵ Raijmakers 2014, pp. 61-64.

overheden de macht bezitten om zich tegen deze autonome macht teweer te stellen.¹²⁶ Op die manier ontstaat een balans tussen eenheid en decentralisatie, waarbij het beginsel van machtspreiding het middelpunt van die balans is.



Figuur 3.2.

3.3. Conclusie

In dit hoofdstuk zijn de gevonden beginselen met elkaar vergeleken en tegen elkaar afgewogen om het basisprincipe van het constitutioneel organogram voor de gedecentraliseerde eenheidsstaat te vinden. In de eerste paragraaf zijn de verhoudingen tussen de beginselen binnen hun type onderzocht. Hieruit kwam een onderverdeling in drie lagen principes en beginselen naar voren, waarbij het beginsel van democratisch lokaal bestuur het hoofdbeginsel van de decentrale beginselen is. Voor de centrale beginselen was dit het beginsel van (rechts)eenheid dat werd gevonden als gemeenschappelijk verbindend hoofdbeginsel. Beide typen beginselen komen voort uit het beginsel van machtspreiding. Na de vergelijking in de eerste paragraaf en de tussenconclusie is de hypothese opgesteld dat machtspreiding het basisprincipe van het constitutioneel organogram is.

In de tweede paragraaf is deze hypothese nader onderzocht. Door de beginselen naast elkaar te zetten en door reductie is tot het basisprincipe gekomen. Via deze methode is ontdekt dat het

¹²⁶ Toonen 1987, p. 64.

beginsel van machtspreiding als enige beginsel geen tegenhanger heeft die beperkend kan werken. Daarbij komt dat dit beginsel ook dient als onderbouwing voor het autonomiebeginsel, zodat de keten weer opnieuw kan beginnen en het autonomiebeginsel werkt als tegenhanger van het (rechts)eenheidsbeginsel.

Uit dit hoofdstuk kan geconcludeerd worden dat het beginsel van machtspreiding als het basisprincipe van het constitutioneel organogram van de gedecentraliseerde eenheidsstaat kan worden gezien. In het eerste hoofdstuk is gebleken dat de gedecentraliseerde eenheidsstaat zich kenmerkt door de balans tussen eenheidstaat en decentralisatie. Het beginsel van machtspreiding is de haak waar deze balans aan hangt, terwijl de overige beginselen de gewichten zijn waarmee de balans in stand kan worden gehouden.

Hoofdstuk 4

Toepassing van de beginselen op gesignaleerde problematiek

Nu het constitutioneel organogram is uitgekristalliseerd en de beginselen hierin hun plaats hebben gekregen, kan in dit hoofdstuk worden gekeken naar de probleemstellingen in het geldende decentralisatierecht die in deze scriptie zijn gesignaleerd. Het gaat om algemene probleemstellingen die te maken hebben met het stelsel zoals dat op dit moment is gecodificeerd en specifieke problemen die daaruit voortvloeien. Na beschrijving hiervan, zal aan de hand van het constitutioneel organogram wordt nagedacht over oplossingen.

4.1. Gesignaleerde probleemstellingen

Bij de behandeling in het eerste hoofdstuk van de huidige geschreven normen van de gedecentraliseerde eenheidsstaat zijn een viertal algemene problemen gesignaleerd die veelal met elkaar samenhangen. Zo is gebleken dat de Grondwet een zeer gering materieel kader bevat. Door dit gebrek aan materiële handvatten voor (de)centralisatievraagstukken zijn er slechts minimale waarborgen voor de positie van decentrale overheden. Als de taken van de decentrale overheden in de Grondwet zouden zijn vastgelegd, zoals in een federale staat vaak wel het geval is, hoeft een gemis aan materiële kaders niet negatief te zijn. In Nederland zijn deze taken echter niet in de Grondwet vastgelegd en bepaalt de wetgever de omvang van de bevoegdheden van de decentrale overheden. Op zichzelf genomen is dat niet nadelig, want zo kan flexibel worden ingespeeld op bestaande ontwikkelingen in, en ideeën over, het openbaar bestuur. In combinatie met het gebrek aan een materieel grondwettelijk kader waar de wetgever zich aan dient te conformeren, kunnen decentrale overheden echter overgeleverd worden aan de politieke wisselvalligheid van de wetgever. Daarnaast is er geen bescherming voor decentrale overheden via een rechter mogelijk. Dit zorgt er, in combinatie met het gebrek aan een materieel afwegingskader, voor dat er geen inzetbare tegenmacht is tegen de centrale overheid.

Kort samengevat blijkt uit het eerste hoofdstuk dat er voor de decentrale overheden geringe checks en waarborgen beschikbaar zijn ten opzichte van de centrale overheid door het gebrek aan afdwingbare materiële normen. Een gevolg hiervan is dat de decentrale overheden zijn overgeleverd aan de wensen van de centrale wetgever. In het eerste hoofdstuk is er ook een verklaring gegeven voor het uitslaan van de balans richting de centrale overheid. Nederland blijft immers de vorm van een centrale staat behouden en is geen federale staat. Vanwege de theorie van de drie gelijkwaardige bestuurslagen, zoals Thorbecke deze oorspronkelijk heeft verwoord, zal echter toch gekeken moeten worden naar een betere balans.

Bij de behandeling van de individuele beginselen komen meer specifieke problemen naar voren. Zo is gebleken dat door een gebrek aan een materiële, grondwettelijke invulling van de decentrale autonomie, de vraag gesteld kan worden of dit recht van decentrale overheden wel geëffectueerd kan worden. Tevens zorgt de afwezigheid van een materiële invulling van het autonomiebegrip en het subsidiariteitsbeginsel ervoor dat er geen overwegingskader is voor de toepassing van medebewind. Hierdoor kan de wetgever naar eigen goeddunken (de)centraliseren. Dit sluit niet uit dat de wetgever een eigen overwegingskader hanteert, maar dit overwegingskader kan de wetgever zichzelf niet bindend opleggen. Daardoor blijft echte waarborging van terughoudend gebruik van het instrument medebewind achterwege.

In het derde hoofdstuk is nog een laatste specifiek vraagstuk te vinden, namelijk de afweging tussen het subsidiariteitsbeginsel en het rechtsgelijkheidsbeginsel. In het huidige decentralisatierecht lijkt deze vraag namelijk beantwoord te zijn in het voordeel van het subsidiariteitsbeginsel. De Raad van State heeft echter gesignaleerd dat in de praktijk de balans feitelijk eerder richting het rechtsgelijkheidsbeginsel wijst.¹²⁷ Dit komt volgens de Raad van State met name door het feit dat de centrale overheid in de verleiding komt hiërarchische instrumenten in te zetten om eigen politieke of bestuurlijke opvattingen te laten prevaleren.¹²⁸ Dit ingrijpen, vaak na voorspraak van de Tweede Kamer, staat op gespannen voet met de eveneens door de centrale politiek geuite wens van decentralisatie.¹²⁹

Samenvattend zijn er dus vier algemene problemen in het stelsel, te weten: (1) geen of geringe materiële invulling van decentrale beginselen, (2) geen waarborgen voor de positie van de decentrale overheden, (3) geen checks voor decentrale overheden en daarmee geen inzetbare tegenmacht, en (4) geen mogelijkheid tot het inschakelen van een onafhankelijke derde bij een constitutioneel conflict. Concreet vertalen deze punten zich in (i) de vraag of het autonome recht van decentrale overheden wel goed geëffectueerd kan worden, (ii) geen afwegingskader om te bepalen wanneer het leerstuk van medebewind wordt toegepast en (iii) de gespannen verhouding tussen het subsidiariteitsbeginsel en het rechtsgelijkheidsbeginsel.

4.2. Algemene systematische probleemstellingen.

Indien ergens sprake is van een leemte, dient deze opgevuld te worden. Zo ook in het geval van problemen (1) en (2). De gemakkelijkste oplossing voor het opvullen van de constitutionele leemte is het opnemen van bepalingen die materiële invulling geven aan het autonomiebegrip en die het

¹²⁷ Raad van State 2006, Eerste Periodieke Beschouwing, p. 18.

¹²⁸ Ibid., p. 24.

¹²⁹ Ibid., p. 25.

subsidiariteitsbeginsel constitutionaliseren. In Nederland wordt normaliter terughoudend omgegaan met dergelijke invulling of constitutionalisering. Het beperkt de wetgever te veel en zorgt hiermee voor rigiditeit. Maar in dit geval is het te rechtvaardigen, omdat hiermee ook waarborgen voor de decentrale overheden ontstaan. Door normatieve inkadering ontstaat er voor de wetgever een constitutioneel inhoudelijk beoordelingskader voor (de)centralisatievraagstukken. Dit zorgt voor structurering van de debatten, zoals ook voorgestaan door Elzinga.¹³⁰

De ROB heeft in 2002 bij wijze van vingeroefening enkele nieuwe artikelen voor de Grondwet geschreven.¹³¹ Deze bevatten ook voorstellen waarin materiële bepalingen zijn opgenomen. Zo is er een artikel voorgesteld dat het subsidiariteitsbeginsel verwoordt en vereist dat uitvoering zo dicht mogelijk bij de burger komt te liggen:

“Artikel 125

- 1. Overheidstaken en -bevoegdheden worden [overgelaten of bij of krachtens de wet (HJD)] toegekend aan de besturen van gemeenten, tenzij het onderwerp van zorg niet op doelmatige en doeltreffende wijze door de gemeentebesturen kan worden behartigd of de aard van de betrokken taak of bevoegdheid anderszins aan toekenning aan de gemeentebesturen in de weg staat.*
- 2. Onverminderd het eerste lid worden overheidstaken en -bevoegdheden toegekend aan de besturen van provincies, tenzij het onderwerp van zorg niet op doelmatige en doeltreffende wijze door de provinciebesturen kan worden behartigd of de aard van de betrokken taak of bevoegdheid anderszins aan toekenning aan de provinciebesturen in de weg staat.*
- 3. Bij het regelen van de taken en bevoegdheden van de besturen van provincies en gemeenten wordt deze besturen zoveel mogelijk beleidsvrijheid gelaten.”¹³²*

De ROB heeft voor dit artikel geput uit artikelen 3 en 4 van het Handvest en hiermee wordt het subsidiariteitsbeginsel uit de organieke wetgeving gepromoveerd tot constitutionele regel. Voor de materiële invulling van het autonomiebeginsel kan dit ook worden gedaan. Artikelen 2, 3 en 4 van het Handvest bieden hiertoe zeker mogelijkheden. Daarbij kan gedacht worden aan een bepaling aanvullend op het huidige artikel 124 van de Grondwet of aan een geheel nieuw artikel. Gevolgd door het door de ROB voorgestelde artikel 125 kan hiermee een sluitend systeem ontstaan waaruit duidelijk naar voren komt dat decentrale overheden de eerste aangewezen besturen zijn om vraagstukken op te pakken en dat de wetgever pas zelf handelt als de decentrale overheden hier niet toe in staat zijn. Door de gedane toevoeging op het ROB-voorstel en daarnaast het toevoegen van een sterke materiële bepaling over het autonomiebeginsel, wordt door de combinatie van bepalingen tevens expliciet in de Grondwet de norm opgenomen dat van de wetgever terughoudendheid wordt verwacht met het beperken van de decentrale autonomie.

¹³⁰ Elzinga 2013.

¹³¹ ROB december 2002, p. 43.

¹³² Ibid., p. 62.

De hierboven voorgestelde invulling is tevens een oplossingsmogelijkheid voor het probleem van het gebrek aan checks of balances van de decentrale overheden op de centrale overheid – probleem (3). De uitwerking van het subsidiariteitsbeginsel zorgt voor een competentiedelingsafhankelijkheid van de centrale overheid doordat de centrale overheid de uitvoering aan de decentrale overheden dient te laten, hiermee hebben decentrale overheden tegenwicht tegen de centrale overheid.¹³³ Een andere mogelijkheid waarbij de decentrale overheden een check hebben op de centrale overheid zou aanpassing kunnen zijn van de Eerste Kamer, zoals voorgesteld door Nehmelman.¹³⁴ Nehmelman stelt voor om de wijze van samenstelling van de Eerste Kamer te wijzigen door deze te laten bestaan uit vertegenwoordigers van de decentrale overheden. Op die manier hebben decentrale overheden een directe invloed in het wetgevingsproces van de centrale overheid en een check in handen om de macht van de centrale overheid in te perken. Zo'n wijziging heeft federatieve trekken.¹³⁵ Zoals in hoofdstuk 1 is opgemerkt, onderscheidt de gedecentraliseerde eenheidsstaat zich juist van een federale staat en met het voorstel van Nehmelman rijst de vraag of dit geen competentiestrijd en verdere federalisering teweeg zal brengen. Deze vraag kan in het algemeen gesteld worden bij checks voor de decentrale overheden. Een kernpunt van de gedecentraliseerde eenheidsstaat is juist dat centralisering mogelijk is. Checks die kunnen worden ingezet door de decentrale overheden om centralisering tegen te gaan, zouden juist dit kenmerk teveel kunnen beperken.

Waar checks niet passen in de gedecentraliseerde eenheidsstaat, zou er misschien een andere manier kunnen zijn waarop de waarborgen beschermd worden. Hierbij kan gedacht worden aan het invoeren van de verdragsrechtelijke of grondwettelijke waarborgen bij een rechterlijke instantie. Voor de verdragsrechtelijke waarborgen bestaat de mogelijkheid al in het huidige staatsrechtelijke systeem op grond van artikel 94 van de Grondwet. Vereist is dan wel dat de verdragsrechtelijke bepalingen die worden ingeroepen een ieder verbindend zijn. Volgens de eisen van de Hoge Raad dient daarbij onderzocht te worden of de verdragsluitende partijen bedoeld hebben om de bepalingen een ieder verbindend te laten zijn, en zo niet, of de strekking van de bepaling van dien aard is dat de bepaling als objectief recht kan functioneren in de nationale rechtsorde.¹³⁶ In een eerdere zaak heeft het Gerechtshof Amsterdam geoordeeld dat dit voor artikel 9, derde lid, van het Handvest niet het geval is.¹³⁷ De vraag is of de andere bepalingen uit het Handvest meer kans van slagen hebben om de test van de Hoge Raad te doorstaan. In elke bepaling van het Handvest is namelijk een woord opgenomen dat ervoor kan zorgen dat een Nederlandse

¹³³ De Ruiter 1982, p. 89.

¹³⁴ R. Nehmelman 2015, p. 27-29.

¹³⁵ Ibid., p. 29.

¹³⁶ Hoge Raad, 30 mei 1986, NJ 1968, 688.

¹³⁷ Arrest van Gerechtshof 's-Gravenhage, 10-07-2008, ECLI:NL:GHDHA:2008:BX2165.

rechter de bepaling niet concreet genoeg vindt om als objectief recht in onze rechtsorde te kunnen dienen. De andere mogelijkheid die dan bestaat om waarborgen in te roepen, is een constitutionele rechter. Hierbij zijn er twee opties. De eerste optie is opheffing van het constitutionele toetsingsverbod van artikel 120 van de Grondwet voor de nieuw op te nemen materiële bepalingen in hoofdstuk 7 van de Grondwet. Deze optie is in lijn met het initiatiefvoorstel van Halsema.¹³⁸ Op deze manier wordt elke rechter in Nederland bevoegd om wetten te toetsen aan de beginselen van het constitutioneel organogram. De tweede optie is het instellen van een Constitutioneel Hof waar decentrale overheden naartoe kunnen in geval van onoverbrugbare meningsverschillen over de toepassing van de grondwettelijke bepalingen. Hier zouden buiten juridische (de)centralisatievraagstukken ook alle andere institutionele vraagstukken van constitutionele aard aangebracht kunnen worden, bijvoorbeeld interpretatie van het Statuut van het Koninkrijk en geschillen omtrent toezicht op en tussen decentrale overheden. Bij toelating van constitutionele toetsing kan dezelfde vraag worden gesteld als bij de checks voor de decentrale overheden richting de centrale overheid. De kans op verdergaande federalisering door constitutionele toetsing en verzelfstandiging, en jurisdisering van conflicten staan haaks op de gedachte van de eenheidsstaat.

Als de eerste twee probleemstellingen zijn opgelost door toevoeging van materiële bepalingen aan de Grondwet, is het overigens de vraag in hoeverre de laatste twee algemene probleemstellingen nog spelen. Indien de wetgever en alle daaronder functionerende instanties zich binnen deze kaders het debat weten te voeren, lijken verdere checks en balances of een gang naar de rechter immers overbodig.

4.3. Financiële effectuering van de decentrale autonomie.

Met de oplossing uit de vorige paragraaf is het de verwachting dat ook de problemen met de effectuering van de autonomie (i) en het gebrek aan een overwegingskader voor is verwoord, is het niet enkel van belang dat decentrale overheden een recht hebben. Het is van gelijk belang dat ze dit recht kunnen effectueren. Ook hiervoor heeft de ROB in zijn vingerroefening een voorstel gedaan. De tekst daarvan luidt:

“ Artikel 126

1. De wet bepaalt welke belastingen door de besturen van provincies en gemeenten kunnen worden geheven en regelt hun financiële verhouding tot het rijk.

*2. De besturen van provincies en gemeenten worden van voldoende financiële middelen voorzien om hun taken te kunnen behartigen.”*¹³⁹

¹³⁸ Kamerstukken II 2001/02, 28 331, nr. 2.

¹³⁹ ROB december 2002, p. 62.

Voor het eerste lid is uitgegaan van het huidige zesde lid van artikel 132 Grondwet. Het tweede lid van het tekstvoorstel van de ROB is gebaseerd op artikel 9 van het Handvest.¹⁴⁰ Nadeel van deze tekst is echter dat er een grote mate van vaagheid blijft bestaan, waardoor een grote kans aanwezig is dat deze bepaling door centrale en decentrale overheden verschillend gelezen zal worden. Er zal een andere bepaling moeten worden gekozen, waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen financiering van taken in medebewind en financiering van autonome taken. Voor de rijksbijdrage in medebewind kan een concrete bepaling in de Grondwet worden opgenomen, geïnspireerd door het derde lid van artikel 108 Gemeentewet, het derde lid van artikel 105 Provinciewet en het tweede lid van artikel 9 van het Handvest. De bijdrage van het Rijk voor taken in medebewind dient dan een evenredige vergoeding te zijn van de kosten van de medebewindstaken voor zover deze ten laste komen van de decentrale overheden. Daarbij valt niet in te zien waarom een dergelijke concrete bepaling niet kan worden opgenomen in de Grondwet.

Voor de financiering van de autonome taken kan niet een zelfde specifieke bepaling worden gemaakt, omdat de mate van uitvoering van autonome taken aan de decentrale overheden zelf is. Hiervoor moeten middelen dus faciliterend worden verstrekt. Voor criteria kan gekeken worden in artikel 9 van het Handvest, waarbij evenredigheid, het kader van het nationale economische beleid en de mogelijkheid tot groei en ontwikkeling een rol spelen. In de Grondwet zal een wetgevingsopdracht moeten worden opgenomen waarin enkele heldere, niet-uitputtende normen worden genoemd. Samengenomen zou gedacht kunnen worden aan een volgende tekst:

- 1. De wet bepaalt welke belastingen door de besturen van provincies en gemeenten kunnen worden geheven en regelt hun financiële verhouding tot het rijk.*
- 2. Het rijk draagt zorg voor een evenredige vergoeding in de kosten die voor de uitvoering van artikel 124, tweede lid, gevorderde regeling of bestuur ten laste komen van provincies of gemeenten.*
- 3. Voor regeling en bestuur van hun huishouding ontvangen provincies en gemeenten voldoende eigen middelen waarover zij vrijelijk kunnen beschikken. Deze middelen dienen in ieder geval evenredig te zijn aan de bevoegdheden die door provincies en gemeenten worden uitgevoerd, voldoende gevarieerd van aard te zijn en groeicapaciteit te hebben om hen in staat te stellen, zoveel als in de praktijk mogelijk is, gelijke tred te houden met de werkelijke groei van de kosten van het uitvoeren van hun taken.*

Het tekstvoorstel bevat net als het ROB-voorstel een wetgevingsopdracht in de vorm van het huidige artikel 132, lid 6, Grondwet. Het tweede lid geeft daarna concreet weer dat de rijksbijdrage in medebewind evenredig dient te zijn met de kosten die door de decentrale overheden gemaakt worden. In artikel 108, lid 3, Gemeentewet en artikel 105, lid 3, Provinciewet staat dat alle kosten worden vergoed, maar voor een grondwettelijke bepaling is dat mogelijk te scherp gesteld. Als die

¹⁴⁰ Ibid., p. 67.

bewoording in de Grondwet wordt gekozen, is er geen mogelijkheid meer voor de wetgever om te bezuinigen op medebewindstaken. Hoewel dat nu wellicht te veel gebeurt, moet het niet onmogelijk worden gemaakt. Tot slot ziet het derde lid van het tekstvoorstel op de financiële middelen voor de autonome bevoegdheden. Hier is aangesloten bij artikel 9, lid 4, van het Handvest. Daarmee zijn concrete kaders gegeven waarbinnen speelruimte bestaat. Tevens is het een niet-uitputtende lijst, vanwege de bewoording 'in ieder geval'.

4.4. Afwegingskader voor medebewind en het verhouding tussen subsidiariteit en rechtsgelijkheid.

Door de oplossing in paragraaf 4.2 is een aanzet gegeven voor een inhoudelijk afwegingskader voor het al dan niet vorderen van medebewind. Met een sterke materiële bepaling over het autonomiebeginsel en het ROB-voorstel over het subsidiariteitsbeginsel wordt al impliciet de norm gegeven dat decentrale autonome taken gerespecteerd moeten worden. Er zijn natuurlijk verschillende redenen denkbaar dat de wetgever de decentrale autonomie in bepaalde scenario's toch wil beperken.

Hierbij valt ten eerste te denken aan situaties waarbij een decentrale overheid een taak autonoom oppakt en de wetgever van mening is dat alle decentrale overheden deze taak dienen uit te voeren of dat de autonome taakuitvoering juist ongewenst wordt geacht door de wetgever. Daarnaast kan het zijn dat autonoom handelen door verschillende decentrale overheden op een specifiek gebied leidt tot onaanvaardbare verschillen en rechtsongelijkheid. In dat geval zou het voor de wetgever ook wenselijk kunnen zijn om een eenduidiger beleid te laten voeren. Tot slot is er de mogelijkheid dat een probleem wordt gesignaleerd, maar dat dit niet (adequaat) wordt opgepakt door de decentrale overheden.

In al de voorgaande scenario's is het dus denkbaar dat de wetgever door in te grijpen de autonomie beperkt. In dat geval treedt artikel 125 van het ROB-voorstel in werking. In het derde lid van dat tekstvoorstel is opgenomen dat aan de decentrale overheden zoveel mogelijk beleidsvrijheid wordt gegeven. De bewoording 'zoveel mogelijk' duidt op een discretionaire beoordelingsmogelijkheid van de wetgever. Als de wetgever intervenueert, zal dit via een bepaalde volgorde moeten, zodat de positie van decentrale overheden zoveel mogelijk wordt gerespecteerd. De volgorde van vragen die gesteld kunnen worden is volgens Zijlstra¹⁴¹:

- *Kan de taak aan gemeenten worden overgelaten zonder enige bemoeienis van de centrale overheid?*

¹⁴¹ Zijlstra 2009, p. 239-240. Hierbij heb ik een vraag weggelaten. De tweede vraag van Zijlstra is namelijk of de taak anders uitgevoerd kan worden in autonomie binnen randvoorwaarden, door de centrale overheid gesteld. Zoals in hoofdstuk 2 al is opgemerkt, is er in het geval dat de centrale overheid intervenueert echter geen sprake meer van autonoom handelen of autonome taken door de decentrale overheden.

- *Zo nee, kan het dan in medebewind door de gemeente worden uitgevoerd met beleidsruimte?*
- *Zo nee, kan het dan in medebewind door de gemeente worden uitgevoerd met geringe beleidsruimte? Of is deze beleidsruimte zo klein dat dit geen meerwaarde heeft en kan de taak beter worden uitgevoerd door de centrale overheid?*

Bij de beoordeling van deze vragen moet de wetgever een afweging maken tussen beleidsvrijheid en -ruimte voor decentrale overheden of het beperken daarvan. De afweging dient gemaakt te worden op basis van de beginselen van het constitutioneel organogram. De beginselen die hierbij relevant zijn, zijn het beginsel van democratisch lokaal bestuur, het subsidiariteitsbeginsel en het rechtsgelijkheidsbeginsel. Deze eerste twee beginselen vereisen natuurlijk dat aan decentrale overheden zoveel mogelijk beleidsvrijheid wordt gegeven. Het rechtsgelijkheidsbeginsel kan hier worden gezien als het beperkende beginsel. Hoe sterker het rechtsgelijkheidsbeginsel wordt geacht, hoe centraler of strikter de medebewindsregeling. Als het subsidiariteitsbeginsel en het lokale democratische bestuur van groter belang worden geacht, wordt de medebewindsregeling vrijer en meer decentraal gericht. Hiermee blijft de beoordelingsruimte en beslissingsbevoegdheid bij de wetgever, maar wordt deze in een kader geplaatst om de discussie te ordenen.

De derde concrete probleemstelling betrof de gespannen verhouding tussen de keuze voor het subsidiariteitsbeginsel aan de ene kant en het rechtsgelijkheidsbeginsel dat door de centrale overheid en politiek feitelijk vaker wordt nagestreefd aan de andere kant. Beantwoording van het vorige probleempunt lost dit niet op. De vraag lijkt opnieuw beantwoord in het voordeel van het subsidiariteitsbeginsel, door het een prominente rol te geven in het afwegingskader en door het ROB-voorstel om het subsidiariteitsbeginsel op te nemen in de Grondwet. Rechtsgelijkheid blijft tegelijkertijd in deze overweging echter wel relevant. Uit hoofdstuk 3 blijkt dat dit zeker het geval is indien er oorspronkelijk een nationale regeling was, in verband met de rechtszekerheid van belanghebbenden. Toch blijft de overweging vooral een politiek (ideologisch) vraagstuk. Zoals de ROB opmerkt, is het daarbij echter wel zaak dat, als in een concreet geval de keuze voor subsidiariteit of rechtsgelijkheid is gemaakt, de wetgever voor deze keuze blijft staan.¹⁴²

4.5. Conclusie.

In deze scriptie zijn zeven probleemstellingen gesignaleerd. Vier daarvan zijn algemene probleemstellingen die te maken hebben met de balans en spreiding van macht in het systeem van de gedecentraliseerde eenheidsstaat:

¹⁴² ROB april 2010, p. 39.

1. Geen of geringe materiële invulling van de decentrale beginselen opgenomen in de Grondwet;
2. Geen waarborgen voor de positie van de decentrale overheden;
3. Geen checks voor decentrale overheden en daarmee geen inzetbare tegenmacht tegen de centrale overheid;
4. Geen mogelijkheid tot inschakeling van een onafhankelijke derde bij een constitutioneel conflict.

Naast deze algemene probleemstellingen zijn ook drie concrete probleemstellingen benoemd, te weten:

- i. De vraag of het autonomiebeginsel goed kan worden geëffectueerd;
- ii. Het gebrek aan een constitutioneel afwegingskader voor de toepassing van het leerstuk van medebewind;
- iii. Gespannen verhouding tussen het subsidiariteitsbeginsel en het rechtsgelijkheidsbeginsel.

Een groot deel van deze probleemstellingen kan worden weggenomen door het toevoegen van materiële bepalingen omtrent de nog in de Grondwet ontbrekende beginselen uit het constitutioneel organogram van de gedecentraliseerde eenheidsstaat. Eventuele aanvulling van checks voor decentrale overheden wordt hierbij niet als passend gezien, omdat de gedecentraliseerde eenheidsstaat hiermee een te federatief karakter krijgt. Het toelaten van rechterlijke constitutionele toetsing zou wel een mogelijkheid kunnen vormen, hoewel dit enkel als laatste middel ter waarborging van de positie van de decentrale autonomie mag dienen.

Ter effectuering van het autonomiebeginsel is het van belang dat aan dit beginsel niet alleen een materiële invulling wordt gegeven, maar ook de financiële positie van decentrale overheden grondwettelijk beter wordt gewaarborgd. De manier waarop dient nog nader te worden onderzocht. Zover strekt het onderzoek in deze scriptie zich niet. Duidelijk is wel dat er in de Grondwet een onderscheid gemaakt moet worden tussen de rijksbijdrage voor taken in medebewind en die voor autonoom uitgevoerde taken. Bij die laatste moet een wetgevingsopdracht worden geformuleerd met heldere, niet-uitputtende normen. Voor de bijdrage in medebewindstaken kan wél een concrete bepaling worden opgenomen. Tot slot is gebleken dat de spanning tussen subsidiariteit en rechtsgelijkheid vooral een politiek vraagstuk is. De wetgever moet hier telkens tussen de twee beginselen kiezen. Als deze keuze gemaakt is, dient de centrale overheid hieraan vast te houden en niet aan een tegenbeweging te beginnen als ontwikkelingen anders gaan dan verwacht.

Hoofdstuk 5

Conclusie

Dit laatste hoofdstuk zal bestaan uit twee delen. In het samenvattende deel zullen de hoofdvraag en deelvragen worden beantwoord aan de hand van het verhandelde in de eerste drie hoofdstukken. Het adviserende gedeelte geeft de conclusie van hoofdstuk 4 weer en doet suggesties voor vervolgonderzoek.

5.1. Samenvatting en beantwoording.

De gedecentraliseerde eenheidsstaat zoals Thorbecke die voor ogen had, ging uit van gelijkheid tussen de overheidslagen met ieder een open huishouding. De centrale overheid kan in het algemeen belang van de gehele Staat door middel van hogere regelgeving hierin interveniëren door taken naar zich toe te trekken en van zich af te schuiven, of door toezicht uit te oefenen.

In de Nederlandse Grondwet is de gedecentraliseerde eenheidsstaat minder evenwichtig genormeerd dan zou moeten. Ook in de organieke wetgeving ligt de balans aan de zijde van de centrale overheid. De materiële invulling aan de decentrale beginselen wordt in het Nederlandse staatsrecht gegeven door het Europees Handvest inzake lokale autonomie waar Nederland partij bij is. Het Handvest is echter niet inroepbaar voor de rechter en de beoordeling blijft dus in de handen van de wetgever. Het overhellen van de balans richting de centrale overheid is te verklaren uit het feit dat het dualisme tussen centrale en decentrale overheden, zoals in een federale staat, niet past in een gedecentraliseerde eenheidsstaat. Om toch de balans te kunnen bewaren tussen centralisatie en decentralisatie, is het van belang om materieel invulling te geven aan de gedecentraliseerde eenheidsstaat. Deze invulling kan worden gevonden in het constitutioneel organogram van de gedecentraliseerde eenheidsstaat. Dit bestaat uit *“de principes van constitutionele aard die richting geven aan [de] ordening en [het] functioneren van een deel van het publiekrechtelijk domein”*,¹⁴³ waarbij er een basisprincipe is dat in een tweede laag beginselen wordt uitgewerkt en verfijnd. Deze tweede laag beginselen geeft daarmee verdere inhoud aan de gedecentraliseerde eenheidsstaat.

De gevonden beginselen zijn het autonomiebeginsel, het staatsrechtelijke subsidiariteitsbeginsel, het beginsel van democratisch lokaal bestuur, het beginsel van regelhiërarchie, het leerstuk van toezicht, het rechtsgelijkheidsbeginsel, het beginsel van (rechts)eenheid en het beginsel van machtsverspreiding. De decentrale beginselen van autonomie en subsidiariteit komen voort uit het beginsel van democratisch lokaal bestuur, dat zelf zijn oorsprong vindt in het idee van

¹⁴³ Elzinga 2013.

machtenspreiding. Bij de centrale beginselen is het overkoepelende en samenbindende begrip de (rechts)eenheid. Ook dit vindt zijn oorsprong in het idee van machtenspreiding als tegenhanger van lokaal democratisch bestuur. Hieruit volgt het vermoeden dat machtenspreiding het basisbeginsel van het constitutioneel organogram is.

Door de methode van reductie toe te passen bij de vergelijking van de beginselen wordt de hypothese, dat machtenspreiding het basisprincipe is, verder onderbouwd. Het autonomiebeginsel wordt beperkt door de beginselen van toezicht en regelhiërarchie, die op hun beurt worden beperkt door het subsidiariteitsbeginsel. Om die reden kunnen autonomie, toezicht en regelhiërarchie geen basisprincipe zijn, omdat er een principe is waardoor ze worden beperkt. Dit geldt ook voor het beginsel van subsidiariteit, omdat bij de beoordeling op welk niveau taken belegd moeten worden het rechtsgelijkheidsbeginsel een belangrijke rol speelt. Het beginsel van democratisch lokaal bestuur kan in veel gevallen echter een rechtvaardiging geven voor verschillende behandeling van verschillende burgers, omdat lokaal in een democratisch proces tot beleidsvorming en regeling wordt gekomen. Dit democratisch lokaal bestuur kan echter niet zo ver gaan dat het de algemene belangen van de Staat schaadt door de eenheid ervan te doorbreken. Om de macht van de centrale overheid te beperken is op de gedecentraliseerde eenheidsstaat het beginsel van machtenspreiding van toepassing. Vanuit de machtenspreiding vloeit het autonomiebeginsel voort, zodat decentrale overheden als initiërende en creatieve macht tegenwicht kunnen bieden aan de centrale overheid. Machtenspreiding staat hiermee zowel aan het eind van de keten als aan het begin, zonder dat het door een ander beginsel wordt beperkt.

De conclusie uit de eerste drie hoofdstukken is hiermee dat de Nederlandse gedecentraliseerde eenheidsstaat een constitutioneel organogram heeft, waarbij machtenspreiding als basisprincipe dient. Elzinga heeft dus ongelijk met zijn stelling dat er geen constitutioneel organogram van de gedecentraliseerde eenheidsstaat is. De principes zijn uit het staatsrechtelijke systeem van de Nederlandse gedecentraliseerde eenheidsstaat te destilleren, maar zijn niet alle (expliciet) in de Grondwet opgenomen. Elzinga heeft wel in zoverre gelijk dat sprake is van een beperkte vertaling van dit constitutionele organogram in de Grondwet en dit vooral de centrale beginselen betreft, waardoor het debat niet gestructureerd en evenwichtig gevoerd kan worden.

5.2. Advies en onderzoeksuggesties.

Ter waarborging van de decentrale beginselen en daarmee van de positie van de decentrale overheden is het van belang om een materiële invulling van deze beginselen op te nemen in de Grondwet. Voor een materiële invulling van het autonomiebeginsel kan worden teruggegrepen op artikelen 2, 3 en 4 van het Handvest. Voor invulling van het subsidiariteitsbeginsel heeft de ROB een voorstel gedaan. Naast deze oplossing dienen in de Grondwet ook scherpere bepalingen over de

rijksbijdrage aan de decentrale overheden te worden opgenomen, waarin een onderscheid dient te worden gemaakt tussen de rijksbijdrage voor medebewind en die voor autonome decentrale taken. Een schets voor een tekstvoorstel is in paragraaf 4.3 gegeven. Tot slot moet bij de afweging tussen autonomie of toepassing van het leerstuk van medebewind een strikt afwegingskader worden gebruikt, waarbij het aan te raden is om dit in de Grondwet op te nemen zodat de wetgever eraan wordt gebonden. Hierin zou het debat zich moeten richten op de afweging tussen het subsidiariteitsbeginsel en het beginsel van democratisch lokaal bestuur aan de ene kant en het rechtsgelijkheidsbeginsel aan de andere kant.

Na dit onderzoek blijven nog enkele vragen over. Zo zijn de checks voor decentrale overheden in hoofdstuk 4 slechts kort aan de orde geweest. Hier zou onderzocht kunnen worden of checks van de decentrale overheden op de centrale overheid zich echt niet verdragen met de gedecentraliseerde eenheidsstaat. Tevens is de optie tot rechterlijke toetsing wel genoemd, maar ook hier dient nadere uitwerking plaats te vinden. Hoe ziet een procedure tussen instituties eruit? In welk geval mogen instituties een procedure voeren en welke instituties zouden dit dan mogen doen? Tot slot dient ook verder onderzoek gedaan te worden naar een grondwettelijke bepaling voor de wetgevingsopdracht voor de Rijksbijdrage voor de autonome taakuitoefening van decentrale overheden.

Aangehaalde literatuur en bronnen

Aangehaalde literatuur

Van den Berg, Bosselaar & Van der Veer 2013

J. van den Berg, J.H. Bosselaar & J. van der Veer, *Decentraliseren zonder recentralisatiereflex*, RegelMaat 2013 (28) 5.

Bovend'Eert, Broeksteeg & Warmelink 2011

P.P.T. Bovend'Eert, J.W.L. Broeksteeg & H.G. Warmelink, *Juridisch-systematisch en methodologisch kader*, in: J.W.L. Broeksteeg en H.G. Warmelink (red.), *Constitutionele normen en decentralisatie, Een evaluatie van Hoofdstuk 7 Grondwet*, Deventer: Kluwer 2011.

Broeksteeg 2011

J.W.L. Broeksteeg, *Hoofdpijnen uit de dossiers*, in: J.W.L. Broeksteeg en H.G. Warmelink (red.), *Constitutionele normen en decentralisatie, Een evaluatie van Hoofdstuk 7 Grondwet*, Deventer: Kluwer 2011.

Dölle & Elzinga 2004

A.H.M. Dölle en D.J. Elzinga, *Handboek van het Nederlandse gemeenterecht*, derde druk, Deventer: Kluwer 2004.

Elzinga 2011

D.J. Elzinga, *Hoofdstuk 7 en de aard en mate van decentralisatie*, in: J.W.L. Broeksteeg en H.G. Warmelink (red.), *Constitutionele normen en decentralisatie, Een evaluatie van Hoofdstuk 7 Grondwet*, Deventer: Kluwer 2011.

Elzinga 2013

D.J. Elzinga, *Een constitutioneel organogram voor het openbaar bestuur*, Gst. 2013/39.

Engels & Fraanje 2013

J.W.M. Engels en M.J. Fraanje, *De bestuurlijke organisatie van Nederland, Historie, grondslagen, werking en debat*, Deventer: Kluwer 2013

Groenendijk 2013

N.S. Groenendijk, *Voor- en nadelen van decentralisaties*, RegelMaat 2013 (28) 5.

Munneke 2013

S.A.J. Munneke, *Decentralisatie op grote schaal, Aandachtspunten en uitgangspunten voor de decentralisaties in het sociale domein*, RegelMaat 2013 (28) 5.

Nehmelman 2015

R. Nehmelman, *De Staat achter de dijken* (oratie), Universiteit Utrecht: 2015.

Van der Pot/Elzinga & Lange 2006

D.J. Elzinga en R. de Lange, *Van der Pot. Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2006.

Raijmakers 2014

L.M. Raijmakers, *Leidende motieven bij decentralisatie. Discours, doelstelling en daad in het Huis van Thorbecke* (diss. Leiden), 2014.

Ruiter 1982

D.W.P. Ruiter, *Ontworpen staatkundig machtsevenwicht*, in: D.W.P. Ruiter (red.), *Verticaal machtsevenwicht in het binnenlands bestuur*, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1982.

Toonen 1987

Th.A.J. Toonen, *Denken over Binnenlands Bestuur, theorieën van de gedecentraliseerde eenheidsstaat bestuurskundig beschouwd* (diss. Rotterdam), Rotterdam: 1987.

Verkade 1935

W. Verkade, *Overzicht der staatkundige denkbelden van Johan Rudolph Thorbecke* (diss. Leiden), Arnhem: Van Lochem Slaterus' Uitgeversmaatschappij 1935.

Vonk 2012

G.J. Vonk, *Lokale verzorgingsstaat: nieuwe uitdagingen voor de sociale rechtsstaat*, in: G.J. Vonk & A. Tollenaar (red.), *Lokale verzorgingsstaat: nieuwe uitdagingen voor de rechtsstaat*, Groningen: Rijksuniversiteit Groningen, Vakgroep Bestuursrecht & Bestuurskunde 2012.

Zijlstra 2009

S.E. Zijlstra, *Bestuurlijk organisatierecht*, Deventer: Kluwer 2009.

Raad van State

Raad van State 2006, Eerste Periodieke Beschouwing

Raad van State, *Spelregels voor interbestuurlijke verhoudingen, Eerste Periodieke Beschouwing over interbestuurlijke verhoudingen*, 20 oktober 2006, Kamerstukken II 2006/07, 30 800-VII, nr. 22, bijlage.

Raad van State 2009, Tweede Periodieke Beschouwing

Raad van State, *Twee Periodieke Beschouwing over de interbestuurlijke verhoudingen*, juni 2009, Kamerstukken II 2008/09, 31 700 VII, nr. 99, bijlage.

[Niet te verkrijgen via overheid.nl, wel via de website van de Raad van State via <https://www.raadvanstate.nl/publicaties/publicaties.html>, laatst bezocht op 17-6-2015]

Raad van State 2012, Derde Periodieke Beschouwing

Raad van State, *Derde Periodieke Beschouwing over de interbestuurlijke verhoudingen*, 20 december 2012, Kamerstukken II 2012/13, 33 400-VII, nr. 67, bijlage.

Raad voor het openbaar bestuur

ROB mei 2002

Raad voor het openbaar bestuur, *Het openbaar bestuur in de Grondwet, Advies modernisering hoofdstuk 7 van de Grondwet deel I*, mei 2002,

ROB december 2002

Raad voor het openbaar bestuur, *Provincies en gemeenten in de Grondwet, Advies modernisering hoofdstuk 7 van de Grondwet deel II*, december 2002.

ROB april 2010

Raad voor het openbaar bestuur, *Einde aan het blauwdruk-denken, Naar een nieuwe inrichting van het openbaar bestuur*, april 2010.

Aangehaalde kamerstukken

Kamerstukken II 1980/81, 16 492, nr. 2, *Decentralisatienota*.

Kamerstukken II 2001/02, 28 331, nr. 2.

Kamerstukken II 2008/09, 31 700-VII, nr. 100, *Decentralisatiekader*.

Kamerstukken II 2012/13, 33 047, nr. 8, bijlage, *Nota bestuur in samenhang – De bestuurlijke organisatie in Nederland*.

Kamerstukken II 2014/15, 34 000-VII, nr. 36, bijlage, *Agenda Lokale Democratie*.

Rechtspraak

Hoge Raad, 30 mei 1986, NJ 1968, 688.

Arrest van Gerechtshof 's-Gravenhage, 10-07-2008, ECLI:NL:GHDHA:2008:BX2165.