

Brussel als bestuursstaat in wording: de noodzaak van constitutionele legitimering en limitering

In de perceptie van burgers en journalisten is ‘Brussel’ synoniem aan bureaucratie in de slechtste zin van het woord. Ze menen dat de EU wordt gedomineerd door technocraten, lobbyisten, overregulering, ambtenarij en verkwisting. Of deze opvattingen nu juist zijn of niet, zij maken een belangrijk deel uit van het publieke debat over Europa. De zorg van velen dat de EU sluipenderwijs verwordt tot een bestuursmacht, maakt het nodig serieus aandacht te schenken aan de constitutionele legitimatie van de bestuurlijke macht van de EU.

door *Patrick Overeem*

De auteur is universitair docent aan de Universiteit Leiden op het gebied van filosofie, ethiek en bestuur.

‘MY OPPOSITION TO ADMINISTRATIVE POWER has been interpreted into opposition to all government. This, however, is not true. I oppose only violence and the view that might makes right’, schreef Lev Tolstoj in 1909. De grote Russische schrijver waagde zich in zijn korte en krachtige ‘Een vergelijking van Amerika en Europa’ aan enkele bespiegelingen over de moderne staat.¹ Hij sprak in het bijzonder zijn bezorgdheid uit over de snel toenemende macht van het (ambtelijke) bestuur. In Tolstoj’s ogen was dit bestuur niet slechts de loyale uitvoerder van vastgestelde wetten en voorgegeven beleid, laat staan een vriendelijke, ‘klantgerichte’ leverancier van publieke diensten, maar de drager van immense macht en daarmee een potentiële

pleger van door zichzelf gelegitimeerd geweld. Over de mate waarin Tolstoj's vrees in het licht van de afgelopen eeuw gerechtvaardigd is, valt te twisten. Niet te ontkennen is echter dat het onderwerp van de bestuurlijke macht, zowel in de Verenigde Staten als in Europa (in de natiestaten en in de EU), belangrijke vragen opwerpt.

HET PROBLEEM VAN BESTUURLIJKE MACHT

De legitimatie van macht is al een moeilijke kwestie op zichzelf. De vraag wat een overheid precies het recht geeft om macht uit te oefenen over haar burgers kan niet worden beantwoord zonder grondige doordenking van de *condition humaine*. Ze is daarom ook een van de belangrijkste vragen in de politieke filosofie. De legitimiteit van ambtelijk bestuur in het bijzonder en de macht die daarmee wordt uitgeoefend, krijgt helaas weinig aandacht onder politiek filosofen, maar is een onderwerp van aanhoudende reflectie en discussie onder theoretisch georiënteerde bestuurskundigen.² Waaraan ontlenen ambtenaren en andere niet-gekozen bestuurders eigenlijk hun legitimiteit? Hoe verkrijgen zij het recht om beleid voor te bereiden, beslissingen te nemen, wetten uit te voeren of op welke wijze dan ook macht uit te oefenen? Is dat recht een afgeleide, afkomstig van de politici die formeel boven hen gesteld zijn, of is het een zelfstandig recht dat zij hebben op grond van hun juridische status of hun professionele deskundigheid of uit nog een andere bron? En wat is de legitieme reikwijdte van bestuurlijke macht? Dit zijn vragen waarop geen simpel en eenduidig antwoord mogelijk is, maar waarvoor subtiële argumentatie nodig is, toegesneden op uiteenlopende situaties.

Eén manier om het onderwerp wat te beperken is door te kijken naar *constitutionele* legitimiteit als een speciale vorm van legitimiteit. Deze toespitsing is relevant, omdat juist de constitutionele legitimiteit van bestuurlijke macht, zowel in de vs als in Europa, problematisch blijkt te zijn. De problemen aan beide zijden van de Atlantische Oceaan hebben echter een verschillende, zelfs tegengestelde vorm. De vs aanvaardden immers eerst hun Constitutie en kenden pas daarna een sterke opkomst van het ambtelijk bestuur, terwijl de EU (net als veel Europese natiestaten eeuwen eerder) is ontstaan door de vestiging en uitbreiding van bestuurlijke macht en pas op dit moment daaromheen een constitutionele orde probeert te vestigen. In het eerste geval moest het zich ontwikkelende ambtelijk bestuur dus een plaats toebedeeld krijgen binnen het constitutionele kader, terwijl in het tweede geval het bestel vanaf het begin buitengewoon ambtelijk en bestuurlijk van aard is geweest en nu eindelijk wordt geconstitutionaliseerd (en gepolitiseerd). De vs en

de EU plaatsen ons dus voor uitdagende, maar ook verschillende legitimiteitsvragen.

NAAR EEN BESTUURSSTAAT?

De legitimiteit van de bestuurlijke macht van de EU is voor velen allerm minst duidelijk. In de perceptie van burgers en journalisten is ‘Brussel’ synoniem aan bureaucratie in de slechtste zin van het woord. Men meent dat de EU wordt gedomineerd door technocraten, lobbyisten, overregulering,

De legitimiteit van de bestuurlijke macht van de EU is voor velen allerm minst duidelijk

ambtenarij en verkwisting. Of deze opvattingen nu juist zijn of niet, zij maken een belangrijk deel uit van het publieke debat over Europa. De EU wordt meer en meer beschouwd als overgecompliceerd, als moeilijk ter verantwoording te roepen

en, mede daarom, als niet legitiem. Pogingen om de Europese politieke gemeenschap te versterken met staatachtige kenmerken (zoals een grondwet, een vlag en een volkslied) helpen niet om de scepsis en het wantrouwen weg te nemen. Integendeel, zulke pogingen lijken eerder de vrees te vergroten dat de EU op weg is een ‘superstaat’ te worden. Preciezer, er lijkt sprake van een wijdverbreide zorg dat de EU zich in het proces van verdere integratie ontwikkelt tot een ‘bestuursstaat’.

Wat is een bestuursstaat (*administrative state*)? Dit begrip moet worden onderscheiden van het neutralere begrip ‘openbaar bestuur’ (*public administration*). Het openbaar bestuur is een onmisbare instelling van elke moderne staat, net als de rechterlijke macht of het parlement. Een bestuursstaat is iets heel anders: dat is een speciaal type staat, een staatsvorm die sterk wordt beïnvloed en zelfs gedomineerd door ambtelijk bestuur. Dit type wordt vaak in verband gebracht met de beschrijving die Max Weber heeft gegeven van de moderne, bureaucratische staat. Van Riper bijvoorbeeld omschrijft de bestuursstaat met behulp van zes kenmerken die hij aan Weber ontleent (namelijk: klassieke organisatievorm; rekrutering op basis van verdienste; rationele wijze van beslissen; rechtsstaat; geschreven procedures en verslagen; een goed ontwikkelde geldeconomie) en met vier additionele kenmerken (gebaseerd op kwantitatieve technieken; hoogtechnologisch, vooral in zijn communicatie; bezig met het afdwingen van verantwoordelijkheid en ethische normen; en ten slotte met de voorgaande kenmerken georganiseerd in een ontwikkeld, hecht systeem).³ Met een ander weberiaans begrip zou men de bestuursstaat ook kunnen duiden als een staat met *Beamtenherrschaft* (gedomineerd door ambtenaren).⁴

Een dergelijke bestuursstaat kan nauwelijks een constitutionele (in zin van een gelimiteerde) staat zijn. Ten eerste bestaat er praktisch geen grens aan de macht van het bestuur binnen de staat zelf. Er is geen goed functionerend systeem van checks-and-balances, en het rechtmatige politiek leiderschap raakt in de verdrinking. Zelfs de rechtsstaat verwordt tot een (stimulerende) bron van bestuurlijke macht in plaats van een (regulerende) betegeling ervan. Ten tweede wordt in een bestuursstaat – en dat is misschien nog belangrijker – de bestuurlijke macht binnen de samenleving nauwelijks begrensd. De staat wordt zo omvangrijk en neemt zo veel verantwoordelijkheden op zich, dat de politieke rechten en sociale

Bestuurlijke macht kan niet constitutioneel legitiem zijn als hij niet tevens constitutioneel beperkt is

plichten van burgers onvermijdelijk worden aangetast. Zo bezien is een politiestaat slechts een verbijzondering – zij het in een onvriendelijker gestalte – van de bestuursstaat. Kortom, in een bestuursstaat domineert het ambtelijk bestuur de staat zozeer, dat de ruimte voor politiek

leiderschap (Webers zorg) en voor politieke vrijheid (een constitutionele zorg) feitelijk zeer klein wordt. Bestuurlijke macht kan niet constitutioneel legitiem zijn als hij niet tevens constitutioneel beperkt is.

Mijns inziens kan de EU op dit moment (nog) niet worden gekwalificeerd als een bestuursstaat. De zorg van velen dat de EU zich wel sluipenderwijs in deze richting begeeft, maakt het echter nodig serieus aandacht te schenken aan de constitutionele legitimatie van de bestuurlijke macht van de EU. De dystopie van een bestuursstaat kan daarbij dienen als referentiepunt. Maar ook degenen die positiever staan tegenover de EU en die de bestuursstaat niet zien als een erg realistisch of onaantrekkelijk scenario, moeten kunnen aangeven hoe Brussels bestuurlijke macht constitutioneel kan worden gelegitimeerd.

CONSTITUTIONELE LEGITIMITEIT

Het begrip ‘constitutionele legitimiteit’ vereist toelichting. Legitimiteit moet niet eenvoudigweg worden begrepen als wettigheid oftewel legaliteit. Een organisatie of praktijk kan volkomen wettig zijn, maar toch niet legitiem. Daarom is een vermelding in (grond)wetten en verdragen niet voldoende voor constitutionele legitimiteit. Aan de andere kant is constitutionele legitimiteit ook niet hetzelfde als het genieten van de steun van het volk (populariteit) of politieke steun. Goedkeuring van burgers of de regerende elite is weliswaar een belangrijke machtsbasis en zorgt zelfs voor een

zekere politieke legitimiteit, maar dit is niet hetzelfde als constitutionele legitimiteit. Maar wat is constitutionele legitimiteit dan wel, als het noch zuiver juridisch, noch puur politiek van aard is? Het is een moreel begrip: de *rechtvaardigheid* van het bestuur moet kunnen worden begrepen en omschreven in constitutionele termen. Het begrip wordt in de literatuur op twee niveaus toegepast, namelijk op het niveau van individuele gezagsdragers en op het niveau van het (staats)bestel als geheel (de constitutionele orde).

Op het eerste niveau gaat het om de verbinding van individueel gedrag met *constitutionele waarden*: de handelingen van gezagsdragers zijn constitutioneel legitiem als (en in de mate waarin) zij bijdragen aan het onderhouden van de kernwaarden van het betreffende (staats)bestel en deze bevorderen. Het is belangrijk dat de verantwoordelijkheid om deze kernwaarden te bevorderen uiteindelijk berust bij individuele gezagsdragers. Zij hebben in hun ambtseed trouw gezworen aan de grondwet en behoren daarom te beseffen wat het betekent om die eed te houden. Dat geldt te meer naarmate zij discretionaire ruimte hebben om hun eigen beslissingen te nemen. Het is daarom belangrijk om publieke gezagsdragers (inclusief ambtenaren) te doordringen van hun constitutionele context en positie, en hen te stimuleren tot 'bestuurlijk staatsmanschap'.⁵

Op het tweede niveau zijn de dragers van constitutionele legitimiteit meer institutioneel van aard. Een institutie, zoals de ambtelijke dienst, is constitutioneel legitiem wanneer zij een erkende plaats heeft binnen de constitutionele orde. De institutie kan ineffectief functioneren, te veel macht hebben en zelfs vergeven zijn van corruptie, maar haar recht om deel uit te maken van het politieke stelsel wordt tenminste niet betwist.

TWEE KANTTEKENINGEN

Alvorens te onderzoeken hoe de zojuist beschreven ideeën kunnen worden toegepast op de EU, wil ik twee kanttekeningen maken.

Ten eerste wordt in een klimaat waarin bezuinigingen en *bureaucrat bashing* aan de orde van de dag zijn het onderscheid tussen een bestuursstaat en 'gewoon' openbaar bestuur al te gemakkelijk vergeten. Het is soms ook lastig te begrijpen hoe het verheven idee van veel constitutionalisten over het staatsmanschap van bestuurders en ambtenaren te rijmen valt met hun tocquevilliaanse afkeer van een grote staat.⁶ Constitutionalisten in de bestuurskunde zien ambtelijk bestuur vaak als een balancerende kracht binnen de traditionele trias politica. Het is als het ware de kiel van het schip van de staat, dat voortdurend het evenwicht tussen de regerende machten in de gaten houdt en bevordert.⁷ Deze hoogstaande opvatting van

ambtelijk bestuur sluit echter de wens om de staat klein en de ambtenarij ondergeschikt te houden niet uit.

Ten tweede kan en mag de Europese benadering geen kopie zijn van het Amerikaanse voorbeeld. Omdat constitutioneel denken een zaak is van praktisch redeneren en verstandigheid (*prudentia*) zullen verschillende oplossingen voor uiteenlopende omstandigheden moeten worden gevonden. Het is dus heel wel denkbaar dat de machtsbalans tussen de EU en de lidstaten en die tussen de constitutionele machten binnen de EU anders moeten worden vastgelegd dan in de vs.

TOEPASSING OP DE EUROPESE UNIE

De Europese Unie is meer dan een vereniging van staten en tegelijkertijd zelf (nog) geen staat. Ze heeft iets van beide: het geheel is meer dan de som der delen, maar paradoxaal genoeg zijn de delen nog altijd ‘completer’ dan het geheel. De vraag naar wat de EU wezenlijk is, heeft geleid tot langlopende debatten tussen intergouvernementalisten en supranationalisten. Uit verlegenheid is de EU vaak getypeerd als een verschijnsel sui generis, als een niet te identificeren politiek object, maar die notie is theoretisch onvruchtbaar en praktisch onwerkbaar. Beter kunnen we de toepassingsmogelijkheden van onze gangbare begrippen en inzichten verkennen, inclusief die van het constitutionalisme. Tot op heden is de constitutionele benadering van het openbaar bestuur vooral een Amerikaanse aangelegenheid geweest, maar er is geen enkele reden waarom ze niet ook op andere regimes, waaronder de EU, zou kunnen worden toegepast. Weliswaar is de toepassing van dit denken op andere landen en politieke systemen nog pril, maar er zijn redenen voor optimisme over de mate waarin deze benadering voor Europa relevant kan zijn.

Eén belangrijke reden is dat de EU zich momenteel in een proces van constitutionalisering bevindt. Ook nu het Verdrag van Lissabon is geratificeerd, kan dit proces niet als afgerond worden beschouwd. Europa heeft daarom belang bij het constitutionele denken en de constitutionele praktijk uit andere delen van de wereld en andere perioden in de geschiedenis, niet in het minst de Amerikaanse.

Bovendien worden de precieze concepten van openbaar bestuur en uitvoerende macht nu eindelijk en in toenemende mate ook op de EU toegepast. Tot voor kort werd de legitimiteit van de ambtelijke macht in de EU nauwelijks bediscussieerd, althans niet expliciet, maar dat is aan het veranderen.⁸ Zo zien we nu vele pogingen om de leer van de trias politica ook toe te passen op de EU.⁹ Speciale aandacht daarbij krijgt de uitvoerende macht van de EU. Weliswaar is de Raad van Ministers (inclusief de Europese

Raad en het Secretariaat-Generaal) een belangrijk deel van de zich ontwikkelende Europese uitvoerende macht, maar nog steeds is de Europese Commissie er het brandpunt van. In de afgelopen jaren is binnen de Commissie echter een sterkere scheiding aan het ontstaan tussen de ‘politieke’ Commissieleden en het ondersteunende ambtelijk apparaat. Er groeit een tweedeling tussen de politiek en het bestuur binnen de EU – niet alleen binnen de Commissie, maar ook tussen de Raad en het Parlement aan de ene kant en de Commissie aan de andere kant. Misschien wijst dit erop dat de EU een meer ‘normale’ constitutionele regering krijgt.¹⁰ Tegelijkertijd kan dit ook een bedreiging vormen voor de eenheid van de Europese uitvoerende macht. Hoe dat ook zij, de EU is steeds geschikter om in gebruikelijke constitutionele termen te worden begrepen. Natuurlijk heeft de EU ook veel unieke kenmerken (vooral met betrekking tot de democratische controle van de uitvoerende macht op politiek niveau, die in de EU veel indirecter is dan in de VS) en zijn constitutionele, politieke en bestuurlijke instituties nog volop in ontwikkeling, maar dit maakt een nauwkeuriger blik door de lens van de constitutionele benadering alleen maar interessanter.

BELOFTEN EN BEPERKINGEN VAN BESTUURLIJK CONSTITUTIONALISME IN DE EU

Wat is de waarde van het denken over de constitutionele legitimiteit van de bestuurlijke macht van de EU? Zolang de EU geen staat is, kan ze nog niet echt een bestuursstaat worden genoemd. Tegelijkertijd voert de EU nu al een zo verbazingwekkend groot scala van functies uit, dat het wel voor de hand ligt haar met een bestuursstaat te associëren. De EU maakt wetten, reguleert, biedt diensten aan, subsidieert – en dat alles op grote schaal. De enige reden waarom zij nog geen (bestuurs)staat wordt genoemd, is vooral gelegen in wat de EU *niet* doet, namelijk belastingen heffen, de openbare orde bewaren, oorlogen voeren, criminelen vastzetten enzovoort. Met andere woorden, de EU heeft veel ‘zachte macht’ en weinig ‘harde macht’. Dit betekent niet dat twijfels en zorgen over de constitutionele legitimiteit van de bestuurlijke macht

Meer en meer benadert de EU het type regime dat Tocqueville ‘milde despotie’ noemde

(en meer in het algemeen van de uitvoerende macht) in EU-verband minder gerechtvaardigd zouden zijn. Zoals Tocqueville al scherp inzag, kan zachte macht even doordringend en zelfs dwingender zijn dan harde macht. Meer en meer benadert de EU

het type regime dat hij ‘milde despotie’ noemde. Dat bestel is volgens hem technocratisch en democratisch tegelijkertijd: het is een ‘soort compromis tussen bestuurlijk despotisme en de soevereiniteit van het volk’.¹¹

In Tocquevilles optiek was vooral de centralisering van het ambtelijk bestuur bedreigend voor de vrijheid, en niet zozeer de centralisering van de regering (dat is nu eenmaal noodzakelijk om een complexe, moderne samenleving te leiden).¹² Zolang ambtelijk bestuur gedecentraliseerd is, zoals aanvankelijk in de vs of tijdens het ancien régime in Europa, kan nog een zekere vrijheid worden gevonden in de ‘lakse uitvoering’ van wetten op lokaal niveau.¹³ Maar wanneer het wordt gecentraliseerd en geharmoniseerd, komt de politieke vrijheid in gevaar. Is dat niet precies waarvoor Tolstoj ook al waarschuwde en wat wij momenteel in de EU zien gebeuren? Terwijl de regering vrijwel geheel gedecentraliseerd blijft in de nationale hoofdsteden, waardoor de EU zwak blijft als het gaat om ‘harde macht’, wordt het bestuur in toenemende mate gecentraliseerd in Brussel, waardoor de EU sterk wordt als het gaat om ‘zachte macht’. Vanuit een tocquevilliaans perspectief is bestuurlijk constitutionalisme daarom een buitengewoon urgente zaak.

De verwording tot een bestuursstaat is zeker niet het enige gevaar dat de EU dient te vermijden. Redford heeft gewaarschuwd dat een ontsnapping aan de bestuursstaat ‘geen ontsnapping betekent aan de bestuurde samenleving’.¹⁴ Het andere uiterste is het gevaar van overpolitisering. Voor de instandhouding en bescherming van belangrijke constitutionele waarden, zoals vrijheid, zijn politiek leiderschap en professioneel bestuur niet genoeg. Constitutionele beperking van zowel de politiek als het bestuur is minstens zo belangrijk. Dit betekent niet simpelweg het aannemen van een geschreven grondwet. Om de bestuurlijke macht te begrenzen en een bestuursstaat te voorkomen is een geschreven grondwet noch strikt noodzakelijk (zie Groot-Brittannië), noch voldoende (zie Singapore). Evenmin is de constitutionele trias politica een panacee. In een goede constitutionele benadering hangt behalve van institutionele oplossingen (zoals de machtscheiding) ook veel af van het constitutionele bewustzijn en het morele besef van hen die de bestuurlijke macht uitoefenen.

Gelukkig behoeven we voor deze inzichten niet alleen naar de vs te kijken. Het Europese denken heeft niet minder dan het Amerikaanse de intellectuele bronnen om in zulke inzichten te voorzien. Het heeft de Duitse rechtsstaattraditie, de lange traditie van het Britse constitutionalisme en het republicanisme als ‘een gedeelde Europese erfenis’.¹⁵ Uit deze en andere bronnen kan bij de bestudering en hervorming van het EU-bestuur worden geput om de zorgen van Tocqueville en Tolstoj weg te nemen of in ieder geval te temperen.

Noten

1 Lev Tolstoj, *A Comparison of America*

and Europe. http://en.wikisource.org/wiki/A_Comparison_of_America_and_Europe (geraadpleegd in juni 2013).

- 2 O.C. McSwite, *Legitimacy in public administration. A discourse analysis*. Thousand Oaks, CA: Sage, 1997.
- 3 Paul P. Van Riper, 'The administrative state', in: *The International Encyclopedia of Public Policy and Administration*, bewerkt door Jay M. Shafritz. Boulder, CO: Westview Press, 1998, pp. 71-77.
- 4 Het concept van bestuursstaat vertoont ook overeenkomsten met de meest oorspronkelijke betekenis van het concept bureaucratie. Tegenwoordig begrijpen wij bureaucratie als een bijzonder organisatietype, maar in een van de eerste betekenissen duidde het woord bureaucratie op een staatsvorm: geen regering door een enkeling (monarchie), noch een regering door de besten (aristocratie), maar een regering door bureaus ('bureau-kratos'). Zie ook Martin Albrow, *Bureaucracy*. Londen: MacMillan, 1970.
- 5 John A. Rohr, *Ethics for bureaucrats. An essay on law and values* (tweede druk). New York: Marcel Dekker, 1989.
- 6 Herbert J. Storing, 'The problem of big government', in: Joseph M. Besette (red.), *Toward a more perfect union. Writings of Herbert J. Storing*. Washington, D.C.: The AEI Press, pp. 287-306. Zie ook Peter A. Lawler, 'Tocqueville on administration and for Administrators', in: Peter A. Lawler, Robert M. Schaefer en David L. Schaefer (red.), *Active duty. Public administration as democratic statesmanship*. Lanham, MD: Rowman & Littlefield, 1998.
- 7 Deze opvatting is uitgewerkt in John A. Rohr, *To run a constitution. The legitimacy of the administrative state*. Lawrence, KS: University of Kansas Press, 1986.
- 8 Peter Nedergaard, *European Union administration. Legitimacy and efficiency*. Leiden: Brill, 2006.
- 9 Sophie van Bijsterveld, 'Governance in the EU. Democratic equality and the Separations of Powers', in: Andreas A.M. Kinneging (red.), *Rethinking Europe's constitution*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2007, pp. 95-113.
- 10 Anchrit Wille, *The normalization of the European Commission. Politics and bureaucracy in the EU executive*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- 11 Alexis de Tocqueville, *Democracy in America*. Vertaald door H.C. Mansfield en D. Winthrop. Chicago: The University of Chicago Press, 2000, p. 664.
- 12 Tocqueville 2000, p. 82 e.v.
- 13 Alexis de Tocqueville, *The old regime and the revolution*. Vertaald door A.S. Kahan en bewerkt door F. Furet en F. Mélonio. Chicago: The University of Chicago Press, 2000, p. 142.
- 14 Aangehaald in Van Riper 1998, p. 73.
- 15 Martin van Gelderen en Quentin Skinner (red.), *Republicanism. A shared European heritage* (twee delen). Cambridge: Cambridge University Press, 2002. Zie ook Philip Petit, *Republicanism. A theory of freedom and government*. Oxford: Oxford University Press, 1997.