

Mr. L. E. M. Klinkers te Utrecht

Openbaarheid van bestuur

unt van besturen kan men heiden tussen het bestuur van culiere zaak (privaat bestuur) an de openbare, publieke zaak (openbaar bestuur). Openbaar bestuur is niet tevens openbaarheid van . In Nederland voltrekt het van de openbare zaak zich eels in beslotenheid. De de wetenschapsman en vaak volksvertegenwoordiger kan kennismaken van het dukt van het bestuurlijke vormingsproces: het besluit. uleren van uitgangspunten, mstellingen, doelstellingen en eve beslissingsmogelijkheden e regel besloten. elfsprekenheid waarmee ons ar bestuur sinds jaar en dag onder een stelsel van ouding wordt echter meer en wjfel getrokken, ook door ar bestuur zelf. De e belangstelling hiervoor zal itmonden in een stuk rheidswetgeving. Over de wijze at zal worden geregeld is et laatste woord nog niet Dit artikel beoogt daartoe een e leveren.

1. Definitie

Alvorens principiële argumenten aan te voeren ten gunste van het scheppen van een openbaarheidsstelsel volgt eerst een definitie van openbaarheid van bestuur. Daaronder wordt in dit artikel verstaan: de, op regels van positief recht gebaseerde, feitelijke toestand waarin een ieder kennis kan nemen van besluitvormingsprocessen in het openbaar bestuur.

Openbaarheid van bestuur in deze zin geformuleerd slaat op de openbaarheid van overheidsdocumenten. Het gaat er derhalve om dat een ieder het recht heeft inzage te hebben in die documenten die een rol spelen in een besluitvormingsproces waarbij een overheidsinstantie optreedt. De problematiek van de uitzonderingen op deze regel komt hieronder aan de orde.

Die „regels van positief recht” zijn er nog niet, behalve voor de vergaderingen van het parlement, provinciale staten en gemeenteraden. Dat ze zullen worden vastgesteld is nog maar een kwestie van enige maanden. Het is echter belangrijk om te weten waar die regels terecht zullen komen. Het hierna volgende pleidooi voor openbaarheid van bestuur is daarom tevens een pleidooi voor de plaats waar die regels hun beslag dienen te vinden.

2. Openbaarheid: een grondrecht

De staatscommissie Cals/Donner die de regering heeft geadviseerd inzake herziening van de grondwet en de kieswet, stelt voor in de grondwet de bepaling op te nemen dat de overheid bij de uitvoering van haar taak openbaarheid betracht volgens regels bij de wet te stellen (Eindrapport, bl. 177). In haar „Nota inzake het grondwetsherzieningsbeleid” (1974) neemt de regering deze gedachte over, behoudens één afwijking die bij punt 5 ter sprake komt. Essentieel in deze is het voornemen de openbaarheid te regelen bij gewoon grondwetsartikel en dus niet in de vorm van een grondrecht. Dat is op zichzelf reeds opmerkelijk omdat meerdere auteurs over dit onderwerp het openbarheidsbeginsel terugvoeren op een grondrecht. Daarbij wordt met name gewezen op het grondrecht van de vrijheid van drukpers (artikel 7) en dat van petitie (artikel 8). Er zijn dan ook verschillende argumenten aan te voeren om het openbarheidsbeginsel een plaats te geven bij de vrijheid van drukpers. Het verband met het petitierecht komt later aan de orde.

3. Openbaarheid onderdeel van vrijheid van drukpers

Het grondrecht inzake de vrijheid van drukpers heeft aanleiding gegeven tot uitgebreide en diepgaande rechtspraak van de Hoge Raad. Essentieel hierin is dat de Hoge Raad van mening is dat dit grondrecht niet alleen bestaat uit het recht om gedachten of gevoelens te openbaren, maar tevens uit het recht deze te kunnen verspreiden: het verspreidingsrecht is verkleed tot een onmisbaar bestanddeel van het openbaringsrecht. Een voorschrift van materieel-rechtelijke aard (men denke aan een verordening krachtens artikel 168 gemeentewet) kan dat verspreidingsrecht beperken omdat het geen zelfstandige functie heeft. Eerst wanneer de beperking van het verspreidingsrecht leidt tot een volledige blokkering van het openbaringsrecht wordt er inbreuk gemaakt op het grondrecht.

Men kan zich afvragen of het verspreidingsrecht het enige niet-zelfstandige bestanddeel is dat aan het openbaringsrecht inhoud geeft. Had men eertijds voldoende aan het recht om gewoon vrij te zijn in het openbaren van gedachten of gevoelens, de huidige tijd kenmerkt zich door de wens om ook in staat te worden gesteld zich een mening te kunnen vormen voordat de uiting daarvan plaatsvindt.

Een vereiste daarvoor is het kunnen beschikken over informatie. In concreto: het vormen van een mening over een zaak ver-

eist het verlenen van de mogelijkheid inzicht te kunnen krijgen in de daarop betrekking hebbende materie. Inzicht krijgen veronderstelt inzicht geven. Inzicht geven veronderstelt het betrachten van openbaarheid. Dit proces is de basis van het onderwijssysteem. Het geldt a fortiori wanneer de overheid van een burger verlangt dat hij meedoet aan de verkiezingen.

Aan het openbaringsrecht is hedentendage een nieuwe dimensie toegevoegd. Er was reeds het blote recht om zijn gedachten of gevoelens te openbaren, hetgeen gestalte kon krijgen door het daaraan koppelen van het verspreidingsrecht. Zonder nu tevens de mogelijkheid van meningsvorming — en dus openbaarheid vooraf — te verschaffen, bleef men de burger een grondrecht dat in bepaalde aangelegenheden niet meer dan een holle frase is.

Door de openbaarheid van bestuur onder te brengen in artikel 7 van de grondwet kan de Hoge Raad in het voetspoor van de jurisprudentie inzake het verspreidingsrecht analoge jurisprudentie ontwikkelen inzake de openbaarheid.

4. Openbaarheid en petitierecht

Bij invoering van een stelsel van openbaarheid van documenten start de overheid een communicatieproces. Immers, niet alleen door zich rechtstreeks met een boodschap tot de burger te richten, maar ook door dossiers open te stellen gaat er van de overheid een impuls uit in de vorm van informatie-overdracht. Communicatie, althans zinvolle communicatie, bestaat bij de gratie van het feit dat een uitgezonden signaal door middel van informatieoverdracht wordt verwerkt en teruggezonden door de ontvanger van de informatie. Het is derhalve vanzelfsprekend wil openbaarheid van documenten het startpunt zijn van zinvolle communicatie — dat een systeem van openbare documenten (dient om) reacties van de burger oproept (op te roepen).

Bij de erkenning van de grondregels van het communicatieproces zal de overheid tevens erkennen dat haar informatieoverdracht door middel van openbaarheid van documenten bedoeld is om een reactie van de burger uit te lokken; dat het derhalve normaal is wanneer de burger in enigerlei vorm reageert. Echter, niet zelden pleegt de overheid reacties van de burger naar aanleiding van informatie van de kant van de overheid als lastig en misplaatst te beschouwen. Om nu misverstanden omtrent het doel van een communicatieproces op basis van openbare documenten te voorkomen, en om te waarborgen dat de overheid zich aan de regels van het spel houdt, lijkt het gewenst duidelijk te stellen dat men hier zou kunnen spreken van een recht om te reageren.

Een bijzondere vorm van reageren door de burger ligt grondwettelijk verankerd in artikel 8 van de grondwet, het recht om verzoeken, mits schriftelijk, aan de bevoegde macht in te dienen: het petitierecht.

Het petitierecht hangt in wezen samen met de vrijheid van drukpers. Voor een zinvolle uitoefening daarvan is openbaarheid een noodzakelijke voorwaarde. Het verband tussen het petitierecht en de openbaarheid van documenten ligt niet anders. Crinca Le Roy drukt het in zijn „Vierde Macht” (Baarn 1971, bl. 87) als volgt uit: „Nu lijkt het mij weinig consequent, dat de grondwet de burger wel het recht geeft om zich schriftelijk tot de overheid te wenden, maar hem de mogelijkheid onthoudt om zich in voldoende mate te informeren omtrent het overheidsbeleid. Een petitierecht, zonder daaraan gekoppeld een inzage-recht in overheidsdocumenten, is een weinig zinvolle zaak, omdat de gebruiker van dit recht, zoals de zaken er op dit ogenblik voorstaan, niet zelden op onvolledige gegevens moet varen. En zelfs kan men zich afvragen of het gebrek aan openbaarheid het petitierecht niet frustreert: er blijft thans teveel verborgen, waardoor in wezen de mogelijkheden om

van dit recht gebruik te maken worden beperkt. In de huidige verhoudingen zijn het petitierecht en het recht op inzage in overheidsdocumenten niet los van elkaar te denken, en dit is een aanleiding te meer om een lans te breken voor een grondwettelijk gewaarborgd inzage-recht in overheidsbescheiden.”

Door openbaarheid van documenten te zien als een conditio sine qua non voor een zinvolle uitoefening van het petitierecht, worden de toepassingsmogelijkheden van dat recht verruimd. Anderzijds kan men zich voorstellen dat het scheppen van een stelsel van openbaarheid van documenten in voorkomende gevallen onnodig petitioneren kan voorkomen.

5. Geen geheimhoudingswet

Onder punt twee werd opgemerkt dat de regering het advies van de staatscommissie Cals/Donner om de openbaarheid grondwettelijk vast te leggen overneemt behoudens één afwijking van dat advies. De staatscommissie stelt namelijk voor om naast de bepaling in de grondwet bij aparte wet regels te stellen over datgene wat wel en datgene wat niet openbaar zou moeten zijn. De regering twijfelt of zo'n wet gemaakt zou kunnen worden. Die twijfel deel ik volledig. Het is de regering De Jong noch de regering Biesheuvel gelukt op dit punt een sluitend stuk wetgeving te produceren, zonder overigens de oorzaken daarvan ooit medegedeeld te hebben. De regering Den Uyl is nu bereid toe te geven — niet expliciet in deze nota maar wel bij de behandeling van de begroting van Algemene Zaken in het najaar 1973 — dat die oorzaken zijn terug te voeren op het feit dat het niet mogelijk is harde criteria te vinden voor hetgeen wel of niet openbaar zou mogen zijn. Zo'n geheimhoudingswet — zoals bijvoorbeeld is geformuleerd door de commissie Biesheuvel 2) — zou tot betrekkelijk willekeurige uitzonderingen op de openbaarheid leiden.

Een voorbeeld. Allérwege wordt gesteld dat niet openbaar mag zijn datgene wat de veiligheid van de staat in gevaar zou kunnen brengen. In Nederland bestaan vijf veiligheidsdiensten. Drie ressorteren onder Defensie, één onder Binnenlandse Zaken en één onder Algemene Zaken. Hun activiteiten zijn geheim onder het motto dat zij de veiligheid van de staat dienen.

Nu hangt het er maar van af welke middelen iemand doelmatig acht voor de veiligheid van de staat. De één zal zeggen dat het instellen van veiligheidsdiensten daartoe uitermate geschikt is. Een ander kan evenwel opmerken — daarbij bijvoorbeeld wijzend op het Cubaanse Varkensbaaf-avontuur van Kennedy, de Pentagon Papers, de Watergate-affaire, de Canard-affaire, de Brandt-affaire — dat juist die veiligheidsdiensten een zeer grote bedreiging voor de veiligheid van de staat vormen, omdat zij in beslotenheid werkzaam zijn en niet controleerbaar, zeker niet door de volksvertegenwoordiging.

Uitzonderingen op de openbaarheid raken uit hun aard rechtstreeks aan belangrijke waarden voor de samenleving, zoals eenheid, veiligheid, goede betrekkingen met het buitenland, gezonde economische verhoudingen. Voor het veiligstellen van deze waarden kan men de meest uiteenlopende politieke stellingen betrekken. De willekeurigheid van een geheimhoudingswet is dus hierin gelegen dat hij als het ware eenheid van politieke inzichten voorschrijft in een gebied waar de democratie juist verscheidenheid van politiek inzicht wil waarborgen. Of dit ook de reden is waarom de regering een geheimhoudingswet afwijst is vooralsnog duister. Te prijzen valt die afwijzing overigens wel.

6. Wel richtlijnen?

In plaats van een geheimhoudingswet stelt de regering zich voor een aantal richtlijnen uit te vaardigen over het verstrekken van informatie en het overleggen van overheidsvervolg op pagina 7.

volg van pagina 5

Openbaarheid van bestuur

documenten in verschillende fasen van beleidsvoorbereiding. Met dat systeem van richtlijnen wil zij experimenteren, mede onder toezicht van een in te stellen Raad voor de openbaarheid.

Tegen zo'n systeem van richtlijnen kan men in beginsel dezelfde bezwaren inbrengen die gelden tegen een geheimhoudingswet. Ik zal daar verder niet op ingaan.

7. Een Raad voor de openbaarheid nodig?

Ofschoon het instellen van bijzondere colleges — al dan niet bekleed met beschikkingsbevoegdheid — niet ongebruikelijk is, dient men daarin in het algemeen in toenemende mate enige terughoudendheid te betrachten. Een samenleving heeft een zekere infrastructuur nodig. Het infrastructurele netwerk mag ook en zekere graad van verfijning ondergaan, maar op een bepaald moment zal men daarin een nuttigheidsgrens bereiken. Dat slaat op het moment waarop iedere toevoeging aan de infrastructuur — kwantitatief en/of kwalitatief — niet meer ten dienste staat aan de samenleving maar omgekeerd die samenleving overlevert aan de infrastructuur.

Bij iedere voorgenomen verfijning zal het bevoegd gezag zich moeten afvragen of zich in de bestaande infrastructuur niet reeds mechanismen bevinden die de behartiging van een bepaald belang kunnen begeleiden. Tegen de achtergrond van deze opvatting zou men het instellen van een Raad voor de openbaarheid moeten afwijzen. Zo'n raad is volstrekt overbodig. De juridische merites van regels (van lagere orde), richtlijnen, circulaire en dergelijke ter uitvoering van het grondwetsartikel dat openbaarheid voorschrijft, kunnen zeer wel door de burgerlijke rechter worden beoordeeld. Het bestaan van die mogelijkheid pleit er tevens voor de openbaarheid onder te brengen bij de vrijheid van drukpers. Zodoende kan rechtspraak ontstaan binnen een bekend en reeds van vele nuances voorzien leerstuk.

Op dit terrein is overigens niet alleen een taak weggelegd voor de burgerlijke rechter. Ook de weldra in te stellen Afdeling Rechtspraak van de Raad van State ter beslechting van geschillen op basis van de wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen zal ongetwijfeld met dat bijtje gaan hakken.

De beoordeling van de politieke merites van de uitvoering van het grondwetsartikel hoort uit haar aard thuis bij de volksvertegenwoordiging. Deze taak, weliswaar niet formeel maar wel materieel, toedelen aan een Raad voor de openbaarheid zou ons stelsel van de politieke verantwoordelijkheid van de uitvoerende macht nog verder dan nu reeds geschiedt, ondermijnen en bovendien weer een essentiële bevoegdheid als het ware wegzuigen uit de toch al zo bevoegdheidsarme vertegenwoordigende lichamen. Voor die organen biedt een grondwettelijk vastgelegd openbaarheidsbeginsel nieuwe perspectieven voor het geven van meer inhoud aan artikel 104 van de grondwet — de bevoegdheid van het parlement om een bewindsman ter verantwoording te roepen — en aan de overeenkomstige bepalingen uit de provinciale- en gemeentewet.

8. Openbaarheid: een doelmatige zaak

Naast de kritiek op de inhoudelijke aspecten van het regeringsvoornemen te openbaarheidsbeginsel grondwettelijk te verankeren heb ik ook overwegende bezwaren tegen de denktrant waarvan dit voorstel de vrucht is. De regering denkt aan een redactie in de grondwet die tot uitdrukking brengt dat openbaarheid zal worden betracht voorzover deze verenigbaar is met de overige eisen die gelden voor goed bestuur.

Dit is een opmerking die geheel ligt binnen het traditionele denken over de functie en waarde van openbaarheid van bestuur. Een denken dat zich kenmerkt door een negatieve benadering van die openbaarheid. Negatief in de zin van: men kan er vandaag de dag niet meer onderuit maar het blijft vervelend. Deze wijze van denken is geheel en al verstoken van inzicht in de werkelijke functie en waarde van openbaarheid in een democratische samenleving: openbaarheid kan uit haar aard nimmer onverenigbaar zijn met overige eisen die gelden voor goed bestuur. Zij staat daar boven als een der fundamenteën van de democratische orde.

Wel kan het voorkomen dat bepaalde bestuurlijke activiteiten moeilijk zijn te verenigen met een openbaarheidsbeginsel. Niet omgekeerd. De daaruit voortvloeiende problemen vinden evenwel niet hun oorzaak in het bestaan van openbaarheid. Openbaarheid kan namelijk oorzaak zijn van moeilijkheden, tegenstellingen, vertraging in de besluitvorming en dergelijke. Openbaarheid kan daartoe slechts fungeren als een aanleiding en heeft daarmee de functie (en tevens de waarde) zichtbaar te maken waar

de werkelijke oorzaken liggen, namelijk in het bestuurlijk systeem zelf. Invoering van openbaarheid betekent dan ook, anders dan over het algemeen wordt gesteld, een efficiëntie-maatregel bij uitstek. Ter vergelijking: het openen van een beerput geeft aanleiding tot stank; de oorzaak van die stank ligt niet bij het openen maar bij het beerputsysteem.

9. Enkele populaire misvattingen over geheimhouding

Bestuurlijke geheimhouding wordt algemeen ervaren, althans in bestuurlijke kringen, als een vanzelfsprekendheid. Het schijnt er nu eenmaal bij te moeten horen. Verschil van mening bestaat slechts over de mate waarin daarop inbreuk mag worden gemaakt door openbaarheid. De denkstroom beweegt zich overwegend op het vlak van geheimhouding als principe en openbaarheid als uitzondering, ook al wordt het op papier anders verkocht. Wanneer men zich evenwel de moeite getroost zich af te vragen wat die geheimhouding eigenlijk oplevert, dan rijzen vraagtekens omtrent de praktische waarde van een geheimhoudingsstelsel.

Om die vraag te kunnen beantwoorden dient men door te dringen tot datgene wat geheimen gemeenschappelijk hebben. Onder een geheim wordt hier verstaan de situatie waarin twee of meer personen afspreken dat bepaalde informatie slechts tot die personen beperkt dient te blijven. Dat kan variëren van vertrouwelijk tot top-secret.

Geheimen hebben tenminste drie aspecten gemeenschappelijk. In de eerste plaats pleegt de informatie een grotere kring te bereiken dan bedoeld was. Het hangt af van het belang van dengene die ten onrechte die informatie ontvangt of er met die kennis 'iets' wordt gedaan. Relevant voor dit eerste aspect is dat overigens niet. Dat uitlekken kent vele varianten: meestal geschiedt het doordat iemand (bewust of onbewust) zijn mond voorbijpraat; geheimen worden ook gestolen, verkocht, uit prullenbakken gelicht, per ongeluk door een minister of ambtenaar in een trein achtergelaten, anoniem doorgespeeld naar belangengroeperingen enzovoort. Om een idee te krijgen van de schaal waarop geheimen plegen uit te lekken hoeft de geachte lezer slechts bij zichzelf na te gaan hoeveel informatie hem bereikt via de pers, kennissen, collega's, vrienden en verwanten, die eigenlijk niet voor zijn oren of ogen bestemd was.

Een tweede gemeenschappelijk kenmerk van geheimhouding is dat zij uit haar aard een stelsel van partijen oproept. In zo'n stelsel ontstaat de situatie dat de ene partij vermoedt dat de andere partij een geheim heeft en daarom probeert er achter te komen welk geheim dat is. Geheimhouding leidt daarom als vanzelfsprekend tot het ontwikkelen van interceptiesystemen. Zo'n interceptiesysteem kan amateuristisch/ad hoc, maar ook professioneel/full time werkzaam zijn.

Bijvoorbeeld. Tijdens de oliecrisis deelde onze regering mee niet bereid te zijn ons volk cijfers te geven over de olie-invoer. Deze weigering werd gemotiveerd met het argument dat een bekendmaking aan het volk ook de Arabische wereld ter orde zou komen en dat was niet de bedoeling. De reactie op die weigering had voorspeld kunnen worden. In zeer korte tijd riep een vakbondsfunctionaris, de heer Schravemade, in de Rotterdamse haven een interceptiesysteem in het leven en werd zodoende nauwkeurig op de hoogte gehouden van de werkelijke hoogte van de olie-invoer. Daarmee is de misvatting over de waarde van geheimhouding op zichzelf reeds gekarakteriseerd. Maar het is — bij doorredeneren — nog veel erger. Het interceptiesysteem van Schravemade was amateuristisch/ad hoc bepaald. De Arabische wereld beschikt zoals elke regering die zich zelf respecteert, over een professioneel/full time interceptiesysteem, al dan niet in combinatie met dat van Rusland. Het is naïef om te veronderstellen dat de Arabieren niet in staat zouden zijn de door hen eventueel gewenste cijfers over de olie-invoer te achterhalen.

Daarvoor hebben ze geen regeringsmededeling nodig. Deze achtergrond tekent de onzinnigheid van geheimhouding ten voeten uit. Want wat gebeurde er eigenlijk wanneer men van dit concrete voorbeeld abstraheert? De regering zegt tegen degenen aan wie ze verantwoording schuldig is; het Nederlandse volk (partij A): het spijt ons maar wij kunnen geen mededelingen doen, anders komt de andere partij (partij B) er ook achter. Partij B echter komt er achter wanneer en zodra zij dat wil. Het einde van het liedje is dat het geen eigenlijk alleen maar geheim moet zijn voor partij B, in feite alleen maar geheim is voor partij A, en dat is juist de partij die de regering nog eventueel wilde, of moest inlichten.

In de derde plaats — een verbijzondering



Mr. L. E. M. Klinkers studeerde Nederlands recht aan de Rijksuniversiteit Utrecht, waar hij in 1968 zijn doctoraal examen aflegde. In september 1970 werd hij wetenschappelijk medewerker bij het Instituut voor Staats- en Administratiefrecht te Utrecht. Hij promoveerde in april 1974 op een proefschrift over Openbaarheid van Bestuur.

van het vorige aspect — roept een stelsel van geheimhouding de situatie op waarin de een beter is geïnformeerd dan de ander. Informatie-ongelijkheid kan worden omgezet in macht en macht kan weer worden omgezet in geld.

Dit is het systeem waarin speculatie — met name in de sfeer van de ruimtelijke ordening — gedijt als een bacterie op een lekke kweek. Hij die van speculatie zijn beroep maakt bouwt een interceptiesysteem op. Hij die professioneel gebruik maakt van het feit van de informatie-ongelijkheid én van het feit dat geheimen nu eenmaal uitlekken, verdient goed geld.

Juist geheimhouding maakt uit haar aard speculatie mogelijk én tevens aantrekkelijk. Informatie-gelijkheid maakt de spoele dun. Niet openbaarheid maar beslotenheid is de voedingsbodem van speculatie. Nu zal het niet zo zijn dat in een openbaarheidsstelsel geen speculatie meer zal voorkomen. Men zal steeds de situatie houden dat de een wat vlugger bij de informatie is dan de ander. Men moet het echter zo verstaan dat geheimhouding per definitie leidt tot de onmogelijkheid van informatie-gelijkheid. Openbaarheid leidt per definitie tot de mogelijkheid van informatie-gelijkheid. Als structuur roept geheimhouding juist speculatie op. Als structuur gaat openbaarheid juist speculatie tegen.

Wanneer men na deze gemeenschappelijke kenmerken van geheimen nogmaals de vraag stelt wat die geheimhouding ons nu praktisch oplevert, dan moet ik concluderen dat geheimhouding dwaas is. Als middel tot het doel: slagvaardig bestuur, vertrouwen wekkend bestuur, eerlijk bestuur, efficiënt bestuur, is geheimhouding niet alleen volstrekt ongeschikt maar bovendien werkzaam in precies de tegengestelde richting. Ik heb het dan nog niet over de democratische en rechtbeschermingsaspecten.

Dwaasheid is een relatief begrip. Men dient mijn conclusie dus zo te verstaan dat geheimhouding — afhankelijk van de omstandigheden — kan variëren van een beetje dwaas tot zeer dwaas.

Noten

1. Nota inzake het grondwetsherzieningsbeleid — Bijl. Hand. II, 1973-1974, 12 944, no. 2, blz. 13, 4 juni 1974.
2. Commissie heroriëntatie overheidsvoorziening, Staatsuitgeverij 1970, blz. 198.