

Verzet van ambtenaren en de rechtspolitieke gevolgen van de Wnra

Maurice Adams¹

Ambtenaren zweren trouw aan de Grondwet. Beginselen van de democratische rechtsstaat, waaronder fundamentele rechten, worden prominent door die Grondwet vormgegeven. Schending van die beginselen door de overheid zelf, is, zo wordt hier betoogd, een stevig argument om verzet van ambtenaren robuuster dan nu rechtspositioneel te verankeren. De invoering van de Wnra kan het momentum creëren om werk te maken van de ontwikkeling van een bruikbare doctrine over deze aangelegenheid.

Wie herinnert zich Sally Yates nog? Na de inauguratie van Donald Trump als President van de VS fungeerde ze kort als *US Attorney General*.² Dat wil zeggen: ze moest even 'op de winkel passen', zolang de inmiddels weer opgestapte Jeff Sessions nog niet was ingezworen. Yates, een juriste die onder President Obama *US Deputy Attorney General* was, trad op 20 januari 2017 in dienst. Op 27 januari kwam President Trump met zijn Presidentiële Decreet (*Executive Order 13769*) dat een volledig inreisverbod behelsde voor reizigers uit zeven Islamitische landen.³

Yates gaf door middel van een korte brief de opdracht aan haar staf om dit Decreet niet namens de overheid te verdedigen in de Amerikaanse rechtbanken, een taak die normaal gezien wel degelijk door het *Department of Justice*, waar ze leiding aan gaf, wordt uitgeoefend.

'As the acting Attorney General, it is (...) my responsibility (...) to ensure that the position of the Department of Justice is not only legally defensible, but is informed by our best view of what the law is after consideration of all the facts. In addition, I am responsible for ensuring that the positions we take in court remain consistent with this institution's solemn obligation to always seek justice and stand for what is right. At present, I am not convinced that the Executive Order is consistent with these responsibilities nor am I convinced that the Executive Order is lawful.'⁴

Op 30 januari, de dag dat ze haar brief bekend maakte, werd ze door Donald Trump ontslagen.

1. Inleiding

Over burgerlijke ongehoorzaamheid is al aardig wat nagedacht. Maar hoe zit het met Sally Yates-achtige situaties, dat wil zeggen overheidsfunctionarissen die worden geconfronteerd met opdrachten of taakstelling die zij als fundamenteel problematisch ervaren?⁵ In Nederland is er wat dit aangaat de recente decennia aandacht geweest voor ambtenaren die misstanden als corruptie, fraude, nalatigheid en machtsmisbruik aan de orde willen stellen, en voor ambtenaren die weigeren een gelijkgeslachtelijk huwelijk te voltrekken. In beide gevallen is er een regeling gekomen.⁶

Op dit soort situaties heeft dit artikel echter geen betrekking. Hier gaat het om ambtenaren die worden geconfronteerd met (voorgenomen) *beleid* dat in strijd (b)lijkt met erkende uitgangspunten van de democratische rechtsstaat,⁷ in de vorm van een schending van fundamentele rechten *van anderen*. Situaties ook waarin het bezwaar op meer steunt dan een eerder persoonlijke visie op hoe de wereld eruit zou moeten zien, zoals bij weigerambtenaren het geval is. Welke mogelijkheden heb je als ambtenaar om onder dergelijke omstandigheden bezwaren te uiten? Onder welke omstandigheden kun je weigeren de opgelegde taak uit te voeren of kun je weigeren om aan de vorming van beleid mee te werken?

Dus wat wanneer er een voornemen is om uitgeprocedeerde asielzoekers onder te brengen op een daartoe aan te leggen eiland in het IJsselmeer, alvorens hen naar het land van herkomst te transporteren?⁸ Wat indien de overheid het plan opvat om ouders en kinderen bij uitzettingsbeleid te scheiden?⁹ Wat wanneer je als ambtenaar moet meewerken aan uitzetting en daar ook fysiek

harde middelen voor worden ingezet, zoals kneveling? Of wat als een minister met het voorstel komt criminelen uit probleemwijken – gedefinieerd als wijken waarin meer dan 50% van de inwoners van niet-westerse afkomst is, de werkloosheid en criminaliteit hoog liggen en het opleidingsniveau laag is – dubbel zo hard wil straffen in vergelijking met criminelen uit ‘normale’ wijken?

Om het onderscheid met weigerambtenaren te markeren, zet ik het thema van dit artikel niet in als een gewetenskwestie, maar als een zaak van verzet.¹⁰ Met dit alles heeft dit artikel ook een andere focus dan wat er bij ons al via de klokkenluidersregeling mogelijk is.¹¹ Het gaat mij immers niet alleen om advies in het geval van een (vermeende) misstand, maar vooral ook om wat er nu eigenlijk *rechtspositioneel* aan de hand is *nadat* een (vermeende) schending daadwerkelijk aan de orde is gesteld.¹² Het gaat me bovendien tevens om *voorgenomen* beleid, terwijl de klokkenluidersregeling

Auteur

1. Prof. mr. Maurice Adams is hoogleraar Encyclopedie van het Recht en hoogleraar Democratie en Rechtsstaat (leerstool vfonds), beide aan Tilburg Law School. Hij heeft van Hans Lindahl, Andre van Rijs (beiden Tilburg Law School) en Ronald Janse (Open Universiteit) waardevolle input gekregen, en van de deelnemers aan een seminar van Maastricht University, georganiseerd door Jaap Hage en Antonia Waltermann. Bijzondere dank aan Ernee Krijnen, student aan Tilburg Law School, voor zijn ondersteuning bij het onderzoeken van de behoefte van dit artikel.

Noten

2. Dat is in de VS het equivalent van onze Minister van Justitie.
3. Voluit: Executive Order 13769 of January 27, 2017, Protecting the Nation from Foreign Terrorist Entry into the United States; www.whitehouse.gov/the-press-office/2017/01/27/executive-order-protecting-nation-foreign-terrorist-entry-united-states. Over de lotgevallen van het Decreet in de Amerikaanse rechtbanken, zie K. Manusama, ‘De luide ondergang en stille herrijzenis van Trumps inreisverbod’, *Ars Aequi* 2019, p. 128-134.
4. www.nytimes.com/interactive/2017/01/30/us/document-Letter-From-Sally-Yates.html?_r=0. Overigens was het *Department of Justice* ook niet over het ontwerp van Decreet geconsulteerd, zoals te doen gebruikelijk.
5. Sally Yates was natuurlijk geen ambtenaar in de strikte betekenis van het woord. Maar voor mijn doelstellingen maakt dat niet uit. Het gaat me namelijk om personen met overheidsstaken belast, die dwingende

opdrachten van iemand in hogere lijn kunnen krijgen. Of die personen nu rijks-, provincie- of gemeenteambtenaar zijn, dan wel in een ZBO of anderszins geprivatiseerde overheidsinstelling werken, is dan niet relevant. Ook Sally Yates kan hier als voorbeeld dienen: zij stond immers onder direct toezicht van de Amerikaanse President. Dat volgt uit de directe verkiezing van die President, die daardoor een eigen legitimiteit heeft met een ‘eigen’ regering (ontslag is dan ook een wat minder drastische maatregel dan die in Nederland zou zijn).

6. De Wet Huis voor klokkenluiders is sinds 1 juli 2016 van kracht, en hanteert overigens een ruim werknemersbegrip (niet alleen traditionele werknemers, maar bijvoorbeeld tevens zzp’ers, vrijwilligers en de stagiair). De term klokkenluider werd in deze context gemunt door M. Bovens in *Verantwoordelijkheid en organisatie*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1990, p. 261-299. Zie overigens voor de Rijksoverheid, de sinds 1 januari 2017 van toepassing zijnde Interne klokkenluidersregeling Rijk, Politie en Defensie: *Stb.* 2016, 542. Voor wat betreft de EU, zie het *Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake de bescherming van personen die inbreuken op het Unierecht melden*. COM/2018/218 final - 2018/0106 (COD). De zogenoemde weigerambtenaar is overigens als gevolg van een initiatiefwet van D66 een uitdovende categorie. Zie daarvoor de Wet van 4 juli 2014 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en de Algemene wet gelijke behandeling met betrekking tot ambtenaren van de burgerlijke stand die onderscheid maken als bedoeld in de Algemene wet gelijke behandeling, *Stb.* 2014, 260.

Onder welke omstandigheden kun je weigeren de opgelegde taak uit te voeren of kun je weigeren om aan de vorming van beleid mee te werken?

exclusief over een (vermeende) *bestaande* misstand gaat. Tenslotte heeft de klokkenluidersregeling weliswaar betrekking op misstanden met een maatschappelijk belang,¹³ maar lijkt die toch eerder geschreven voor concrete praktijken: zoals gezegd corruptie en machtsmisbruik, of pesterijen. Het lijkt me althans dat men bij het Huis voor de klokkenluiders toch een zekere

7. Dat de publieke erkenning daarvan geen fictie is, krijgt door het voorstel om een ‘Algemene bepaling’ daarover aan de Grondwet toe te voegen alleen maar bevestiging: ‘De Grondwet waarborgt de grondrechten en de democratische rechtsstaat.’ De eerste lezing van een voorstel hierover voor grondwetswijziging is inmiddels afgerond. Zie M. Adams & G.J. Leenknecht, ‘Artikel nul. Een algemene bepaling over rechtsstaat, democratie en mensenrechten in de Grondwet?’, *Ars Aequi* 2015, p. 207-214.
8. Iets gelijkaardigs werd op een gegeven moment in Denemarken overwogen: www.volkskrant.nl/nieuws-achtergrond/verzet-groeit-tegen-deens-plan-om-criminele-asielzoekers-naar-afgelegen-eilandte-verbannen--bdc6fde3/. Zie verder de recente berichtgeving over Australië: <http://nos.nl/artikel/2271744-australie-heropent-detentiecentrum-christmas-island-voor-migranten.html>. Behalve dat de menselijke waardigheid hier in het geding is, betreft het een vorm van huisarrest/vrijheidsontneming die kan worden begrepen als gevangenisstraf.
9. Vgl. de volgende Kamervraag, waarbij onder meer art. 9 Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK) werd ingeroepen (daarin staat te lezen dat kinderen slechts van hun ouders gescheiden mogen worden in het geval dit in het belang van het kind is): *Aanhangsel van de Handelingen* 2016/17, 2644.
10. Ik besef overigens dat het onderscheid dat ik hier aanbreng tussen geweten en verzet, in de praktijk niet steeds scherp te maken zal zijn. In de eerste plaats omdat wat eerst als een puur intern gerichte gewetenskwestie wordt gezien, later ook brede

- publieke – externe – erkenning kan krijgen (en vice versa). In de tweede plaats zal bovendien de gewetensbezwaarde zelf de principes waarvoor hij/zij aandacht vraagt, ook meer algemeen in de publieke ruimte herkend willen zien, waarmee dit voor hem of haar dus niet alleen een interne kwestie is. Vgl. Bovens, p. 238-239 en p. 249-251. Zie verder over de vrijheid van geweten: K. Schuyt, ‘Wetten veranderen, het geweten blijft’, in: K. Schuyt, *Over het recht om ‘wij’ te zeggen*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2009, p. 153-170 en B.P. Vermeulen, *De vrijheid van geweten, een fundamenteel rechtsprobleem*, Arnhem: Gouda Quint 1989.
11. De term ‘klokkenluider’ (‘whistleblower’) kan in het dagelijks taalgebruik ook ruimer verwijzen naar enige wijze van meningsuiting in deze context.
12. Het Huis voor klokkenluiders heeft tevens de bevoegdheid om onderzoek te doen naar de bejegening van de melder door de werkgever, en om vast te stellen of er sprake is van benadeling. Dat gaat dan vaak over de vraag of bepaalde rechtspositionele maatregelen genomen zijn vanwege de melding (wat dan een benadeling is) of om andere redenen.
13. In het bijzonder wanneer in het geding is de schending van een wettelijk voorschrift, een gevaar voor de volksgezondheid, een gevaar voor de veiligheid van personen, een gevaar voor de aantasting van het milieu, een gevaar voor het goed functioneren van de openbare dienst of een onderneming als gevolg van een onbehoorlijke wijze van handelen of nalaten. Zie art. 1 onder d, art. 2 Wet Huis voor klokkenluiders.



terughoudendheid zal betrachten wanneer het over beleid(svoornemens) gaat, en dat men een oordeel over de wenselijkheid daarvan eerder als iets voor het politieke domein zal beschouwen.¹⁴

Ten behoeve van dit alles zal ik eerst onderdelen van het gedachtegoed van Hannah Arendt exploreren (par. 2). Van haar neem alvast ik mee dat verwording van de rechtsstaat vaak sluipend gebeurt, dat ambtelijke loyaliteit ook thans geen ongekwalificeerde categorie kan zijn, en ook dat het onderscheid tussen meningsuiting en werkweigeren hier maar van beperkt belang is. Die inzichten zijn voor de verdere ontwikkeling van dit artikel van belang, in het bijzonder wat betreft de beoordeling van de rechtspositionele situatie van ambtenaren (par. 3 en 4). Daarbij zal blijken dat de komende invoering van de 'Wet normalisering rechtspositie ambtenaren' (Wnra) een heel concrete aanleiding is om opnieuw over dit vraagstuk na te denken. Tenslotte kom ik tot een catalogus van gezichtspunten die bij de rechtspositionele beoordeling van verzet in de hier bedoelde zin zou kunnen worden gehanteerd (par. 5).

2. Hannah Arendt over de keuze voor het geringste kwaad

Het zal wel opgevallend zijn dat ik de mogelijkheid tot verzet als uitgangspunt van dit artikel hanteer. En hoewel er redenen zijn om met de erkenning van dergelijk verzet niet al te scheutig te zijn,¹⁵ zeker als men niet in een dictatuur leeft, wil ik eerst mijn uitgangspunt nader onderbouwen. Hannah Arendts essay 'Persoonlijke verantwoordelijkheid onder een dictatuur',¹⁶ vormt daarvoor de belangrijkste bron van inspiratie.

Arendts werk situeert zich uiteraard in de context van de opleving van het antisemitisme vanaf de jaren dertig van de vorige eeuw, en de verschrikking van de Holocaust. Vanuit dat perspectief stelt ze de vraag wat je moet doen als je met twee kwaden wordt geconfronteerd. Het argument dat dan wel eens wordt verdedigd, is dat het dan je plicht is het geringste kwaad te kiezen.¹⁷ Iets dergelijks lijkt sterk op de situatie van de zogenoemde oorlogsburgemeesters,¹⁸ die er tijdens de bezetting voor kozen op post te blijven omdat ze meenden dat alleen zij degenen

waren die de ontstane situatie het beste konden overzien: bestuurlijke continuïteit was van belang, en opstappen zou slechts leiden tot maatschappelijke onrust en tot het 'grotere kwaad' van een overname door NSB-burgemeesters. Want die laatsten zouden zeker niet handelen in het belang van de burgers.¹⁹ Arendt refereert heel direct aan dit soort van argumentaties: overheidsdienaren die in het bureaucratische systeem bleven, gaven zagezegd 'de duivel wat hem toekwam' zonder hun ziel te verkopen. En degenen die niets deden zouden verantwoordelijkheid afschrijven.²⁰

Toch effende juist de keuze voor het 'geringere kwaad' al snel het pad voor de vrijwel collectieve acceptatie van de eerste anti-Joodse maatregelen in Nederland, zoals die waarover jurist-hoogleraar Cleveringa in 1940 zijn befaamde rede hield. Historicus Peter Romijn wijst erop dat de mensen die er destijds voor kozen om samen te werken met de bezetter, zich geen concrete voorstelling konden maken van de structurele effecten van hun handelingen.²¹ Iedere schakel in de anti-Joodse maatregelen stond op zichzelf, had een eigen logica en een bijpassende oplossing. De ontslagen Joodse collega's van Cleveringa zouden toch nog altijd individuele opdrachten kunnen krijgen? En voor de van reguliere scholen verwijderde Joodse kinderen konden toch ook aparte scholen worden opgericht? De ontarding van het politiek-maatschappelijk bestel was mede daardoor sluipend en kende een zelfstandige dynamiek.

Juist de keuze voor het 'geringere kwaad' effende al snel het pad voor de vrijwel collectieve acceptatie van de eerste anti-Joodse maatregelen in Nederland

[A]an de uitroeiing van de joden ging een zeer geleidelijk opgebouwde reeks anti-Joodse maatregelen vooraf, die allemaal werden aanvaard met het argument dat weigering om mee te werken het allemaal nog erger zou maken – totdat er een stadium was bereikt waarin niets meer kon gebeuren dat mogelijk nóg erger was.²²

Arendt fileert de positie van het geringste kwaad kort maar krachtig als volgt: 'In politieke zin is de zwakheid van het argument altijd geweest dat degenen die voor het minste kwaad kozen, heel snel vergeten dat ze voor het kwaad kozen.'²³

Het is niet vanzelfsprekend analogieën te trekken met de verschrikkingen die zich vóór en tijdens de Tweede Wereldoorlog afspeelden. De geschiedenis herhaalt zich nooit helemaal, en zeker de Holocaust was uniek. Maar dat neemt niet weg dat er wel degelijk patronen kunnen worden waargenomen. Waar het dan op aankomt, is dat we verbanden proberen te leggen tussen unieke gebeurtenissen en meer actuele ontwikkelingen, waarbij we ook verschillen duidelijk benoemen. Interessant is dan de analyse van David Luban, die zich naar aanleiding van het aantreden van Trump de vraag stelde wat je moet doen als je de vraag krijgt om een significante functie als ambtenaar op te nemen in een van de Amerikaanse ministeries of *government agencies*.²⁴ Luban beschrijft de psychologische dynamiek die dan kan ontstaan, namelijk dat deelname aan het 'kwade' systeem je referentiekader verandert; er vormt zich wat je een zichzelf legitimerende bubbel zou kunnen noemen. Er is immers de opwinding van de uitdaging (los van waar die uitdaging voor staat), waarbij je je taakuitoefening al snel spiegelt aan al die inspirerende en fatsoenlijke collega's waarmee je je wel degelijk omringd weet (zoals die collega's zich met jou zul-

len associëren); er ontstaat groepsgeest, en je wilt ook niet steeds tegen leunen, dus je accepteert een aantal tegenslagen in de strijd. En zo stelt men zichzelf ook gerust: *jij bent het immers die van binnenuit verzet pleegt!* Aldus wordt het ongewone genormaliseerd, en verdwijnt de morele sensitiviteit.

Terug naar Hannah Arendt. In haar werk worden meestal geen antwoorden of concrete handelingscriteria geformuleerd; ze wilde vooral prikkels bieden om zelf te denken.²⁵ Arendt hamert er vooral op dat een op anonimiteit gebaseerde bureaucratie onverantwoordelijkheid faciliteert. En als we dit niet willen inzien, dan is 'bureaucratie helaas het bewind van niemand en juist om die reden wellicht de meest meedogenloze vorm van heerschappij'.²⁶ Zelfs in een strikt bureaucratische organisatie is het daarom 'veel zinvoller om het functioneren van "radertjes en vliegwiel" [i.e., bureaucratie] te beschouwen in termen van algemene steun aan een *gezamenlijke onderneming* dan in onze gebruikelijke termen van gehoorzaamheid aan meerderen. Als ik de wetten van een land gehoorzaam, steun ik in feite *de grondwet* ervan (...).²⁷ Er is anders gezegd geen blinde plicht tot gehoorzaamheid aan meerderen, en ambtenaren kunnen ook 'nee' zeggen en hun bezwaren uiten.

Arendts redenering is breder van toepassing dan op geperverteerde situaties alleen. Die constatering ondergraaft ook de stelling dat, zoals je wel eens hoort, er geen ruimte voor ambtelijk verzet zou moeten zijn in een omgeving die zich in algemene zin als democratische rechtsstaat kenmerkt, en waar wetgeving en beleid volgens de regels van het democratische spel tot stand zijn gekomen.²⁸ Weliswaar is dat een goede reden om gehoorzaamheid van ambtenaren te verwachten, maar daarmee kan van hen nog geen ongeclausuleerde onderworpenheid worden geëist. Want ook incidentele inbreuken op de

14. De Wet Huis voor klokkenluiders is qua tekstuele vormgeving echter niet helemaal duidelijk op dit punt.

15. Sommigen pleiten voor vrijwel absolute ambtelijke gehoorzaamheid, en dit vaak onder verwijzing naar het gedachtegoed van Max Weber (vooral naar zijn 'Politiek als beroep', in: *Wetenschap als beroep/Politiek als beroep*, Nijmegen: Vantilt 2012, p. 43-106). Zie bijv. P. Cliteur, *Tegen de decadentie. De democratische rechtsstaat in verval*, Amsterdam: De Arbeiderspers, 2004, p. 143-160. Weber vind ik ten aanzien van dit punt echter ambivalent, vooral omwille van de wisselende posities die hij over dit onderwerp lijkt in te nemen in verschillende publicaties. Daardoor is het me niet steeds duidelijk of hij over het gedrag van ambtenaren een normatieve wens onder woorden brengt, dan wel slechts een ideaaltype beschrijft. Ik ga er hier niet nader op in, maar richt me zoals gezegd op het denken van Arendt. Zie ook Bovens, p. 194-197.

16. Opgenomen als hoofdstuk in: H. Arendt, *Verantwoordelijkheid en oordeel*,

J. Kohn (red.), Rotterdam: Lemniscaat 2004, p. 51-75. Dit essay begon als een lezing voor BBC Radio, en werd voor het eerst in 1964 gepubliceerd in het inmiddels opgeheven tijdschrift *The Listener*. De thematiek wordt uiteraard uitgediept in Arendts bekende *Eichmann in Jeruzalem*.

17. Arendt, p. 65.

18. Historicus Peter Romijn heeft er indringend over geschreven: *Burgemeesters in oorlogstijd. Besturen onder Duitse bezetting*, Amsterdam: Balans 2006, 520 p. Zie tevens zijn *Dilemma's van gezagsdragers in zware tijden*, uitgegeven door de Provincie Noord-Holland naar aanleiding van de Nationale Viering Bevrijding 2017 (www.noord-holland.nl/Actueel/Archief/2017/Mei_2017/Dilemma_s_van_gezagsdragers_in_zware_tijden).

19. Romijn 2017, p. 8-9.

20. Arendt, p. 64. En verder: de 'mensen die de morele bedrijvigheid van dit argument aan de kaak stellen, worden door-gaans van een steriel, van de politieke omstandigheden vervreemd moralisme

beschuldigd, van een onwil om hun handen vuil te maken'. Arendt, p. 65.

21. Romijn 2017, p. 17-18. Zie tevens C.J.H. Jansen, 'De opstelling van Nederlandse juristen en ambtenaren tijdens en na de bezetting', *RM Themis* 2017, p. 69-80 (naar aanleiding van onder meer het boek van K. Happe over de Jodenvervolging in Nederland: *Veel valse hoop. De Jodenvervolging in Nederland 1940-1945*, Amsterdam: Atlas 2018).

22. Arendt, p. 66.

23. Arendt, p. 66. Arendt legt er overigens de nadruk op dat slechts passief afstand nemen van een onderdrukkend regime, ook een vorm van medewerking is.

24. D. Luban, 'The Case Against Serving in the Trump Administration. Why principled conservatives and career civil servants should stay far, far away.' www.justsecurity.org/34404/case-serving-trump (14 november 2016). Ook Luban weet zich door Arendt geïnspireerd.

25. Vgl. de 'Inleiding' door J. Kohn bij *Verantwoordelijkheid en oordeel*, p. 16.

26. Arendt, p. 62. Arendt schrijft over die onvoorwaardelijk gehoorzame ambtenaar ook: 'Elk radertje, dat wil zeggen elke persoon, moet vervangbaar zijn zonder iets aan het systeem te veranderen: die vooronderstelling ligt ten grondslag aan alle bureaucratieën, aan alle civiele diensten en, strikt genomen, aan alle functies. (...) [H]et vraagstuk van de persoonlijke verantwoordelijkheid van de mensen die het systeem als geheel op gang houden, is [hierin] een marginale kwestie.' Arendt, p. 60 (cursivering toegevoegd).

27. Arendt, p. 74 (cursivering toegevoegd). Arendt gebruikt de term grondwet hier uiteraard in generieke zin, verwijzend naar de grondbeginselen van staat en samenleving.

28. Dit was bijvoorbeeld een stelling die ondersteuning kreeg van enkele bestuurders tijdens een debat in De Balie (Amsterdam) op 2 mei 2017 ('Als burgemeester in Oorlogstijd').

beginselen van de democratische rechtsstaat dragen de kiem in zich systemisch te worden, dus een blijvend effect te hebben: het geheel is dan meer dan de som der delen, en voor je het in de gaten hebt blijkt het nest leeg geroofd! Juist wat dit aangaat kunnen we wel degelijk iets uit de geschiedenis én van Hannah Arendt leren, en mogen we ongehoorzaamheid van de ambtenaar ook in een democratische rechtsstaat niet ondenkbaar achten. Wel vraagt de beoordeling van dergelijk verzet een toetsingskader, op basis waarvan een afweging kan worden gemaakt tussen de vermeende inbreuk en de aard van de ‘gezamenlijke onderneming’. In par. 5 ga ik daar nader op in.

3. Wat leert het huidige en komende recht: spreken en weigeren

Hoewel Sally Yates strikt genomen geen ambtenaar was (ze was ook en vooral politica), was haar taakstelling voor mijn doelstellingen hier toch mee in lijn. Ze had weliswaar de bevoegdheid om te bepalen of een Presidentieel Decreet al dan niet verdedigd zou worden in de Amerikaanse rechtbanken, maar uiteindelijk was ze ook wat dat aangaat ondergeschikt aan de President: die kon haar immers ontslaan, en door een meedenkende opvolger te benoemen kon hij haar beslissing doen terugdraaien.²⁹

Ook incidentele inbreuken op de beginselen van de democratische rechtsstaat dragen de kiem in zich systemisch te worden

Op het Amerikaanse debat over haar brief ga ik hier niet in; onder juridisch geïnformeerde collega's heeft die voor- en tegenstanders. Wel valt me op dat de meesten onder hen Yates' handelen vanuit moreel perspectief wel invoelbaar achten. De discussie ging vooral over hoe we haar brief moeten of kunnen begrijpen, en welke actie dan *juridisch* aanvaardbaar is.³⁰ Voor mij is daarmee de les dat indien we moreel laakbaar overheidshandelen via de weg van de juridische ondubbelzinnigheid aan kunnen pakken, we dat niet moeten nalaten. Dat doet ook voor ons de vraag rijzen wat het Nederlandse recht hier eigenlijk over leert: welke mogelijkheden tot verzet worden er aan de individuele ambtenaar geboden, en wat zijn de mogelijke rechtspositionele gevolgen?

In het onderstaande ga ik nader in op deze vragen. Ik beperk me tot de regelingen met betrekking tot ‘rijksambtenaren’, hoewel de inzichten die daaruit voortvloeien ook breder inzetbaar kunnen zijn. Niet alleen ten aanzien van andere typen van ambtenaren overigens, maar ook als inspiratiebron voor de verdere ontwikkeling van een doctrine over deze aangelegenheid (zie par. 5 van dit artikel). Uitdaging daarbij is dat we momenteel in de overgang zitten naar de ‘Wet normalisering rechtspositie ambtenaren’ (Wnra, beoogde inwerkingtreding 1 januari 2020).³¹

Wat de uitingsvrijheid betreft: vertrekpunt is het standpunt van het EHRM dat die ook ten aanzien van ambtenaren geldt.³² Beperkingen zijn mogelijk, maar moeten vooral dienend zijn voor het goed functioneren van de openbare dienstverlening.³³ De ambtenaar kan wat dit aangaat dus bijzondere verplichtingen en verantwoordelijkheden hebben. Die kunnen afhankelijk zijn van de functie en rang van de ambtenaar, maar ook van de politieke geschiedenis of cultuur van het betrokken land. Aldus mag in het VK, overeenkomstig de politieke traditie, meer politieke loyaliteit van (hogere) ambtenaren worden verwacht dan in vele andere landen.³⁴ En zo bleek het niet onredelijk om in Hongarije, omwille van de overgang naar een meer democratisch bestel na 1989, een grondwetsbepaling te handhaven die het voor politieambtenaren verbod om lid te zijn van een politieke partij of aan politieke bijeenkomsten deel te nemen.³⁵

Bij ons is in de functioneringsnorm van artikel 125a lid 1 Ambtenarenwet (AW) te lezen dat de ambtenaar zich dient te onthouden van het openbaren van gedachten of gevoelens of van de uitoefening van het recht tot vereniging, tot vergadering en tot betoging, indien door de uitoefening van deze rechten de goede vervulling van zijn functie of de goede functionering van de openbare dienst, voor zover deze in verband staat met zijn functievervulling, niet in redelijkheid zou zijn verzekerd. Nadere uitwerking ervan treffen we aan in de Aanwijzingen externe contacten rijksambtenaren.³⁶ Een specifieke beperking van de uitingsvrijheid van ambtenaren is daarnaast te vinden in lid 3 van diezelfde bepaling, waarin staat te lezen dat de ambtenaar verplicht is tot geheimhouding van wat hem in verband met zijn functie ter kennis is gekomen, voor zover die verplichting uit de aard der zaak volgt. De Wnra laat zowel de norm van artikel 125a lid 1 als die van artikel 125a lid 3 Ambtenarenwet (AW) onaangetast.³⁷

Hoewel de Aanwijzing externe contacten formeel gezien enkel van toepassing is op rijksambtenaren, wordt die ook overigens van belang geacht. Het gaat immers om een uitwerking van de meer algemene norm van artikel 125a AW.³⁸ Schending van artikel 125a AW levert nu nog plichtsverzuim op,³⁹ dat is het overtreden van enig voorschrift en het doen of nalaten van iets, hetwelk een goed ambtenaar in gelijke omstandigheden behoort na te laten of te doen. De ambtenaar kan hier momenteel voor worden gestraft, waarbij er een heel scala aan mogelijkheden is, uiteenlopend van een schriftelijke berisping tot ontslag.⁴⁰

Maar dit alles niet dan nadat de ambtenaar zich heeft kunnen verantwoorden (dus is gehoord),⁴¹ en er advies is ingewonnen bij de zogenoemde – en niet zo bekende – ‘Adviescommissie Grondrechten en Functie-uitoefening Ambtenaren’ (AGFA).⁴² Deze bij KB opgerichte commissie heeft twee taken, waarbij hier vooral van belang is het adviseren over voorgenomen disciplinaire straffen in de sectoren Rijk en Politie, vanwege de uitoefening van uitingsvrijheden.⁴³ Deze procedure vormt een extra drempel voor het bestuursorgaan, zodat niet lichtvaardig inbreuk kan worden gemaakt op de uitingsvrijheid van de ambtenaar.⁴⁴ De AGFA steunt voor haar adviezen vooral op het toetsingskader dat in de reeds vermelde Aanwijzingen externe contacten rijksambtenaren staat opgenomen. In het bijzonder aanwijzing 15 is dan lei-

De criteria die in het eerste arrest Guja worden ontwikkeld voor de beoordeling van een inbreuk op de meningsuiting van ambtenaren zijn ook rechtspositioneel relevant

draad. Daarin gaat het over de afstand tussen de functie van de betrokken ambtenaar en het beleidsterrein waarover de uitlatingen zijn gedaan; de politieke gevoeligheid van de materie; het tijdstip waarop de uitspraken worden gedaan; de wijze waarop de uitspraken zijn gedaan; de voorzienbaarheid van de schadelijkheid ten tijde van de uitspraken; de ernst en de duur van de door de uitspraken ontstane problemen voor de dienstvervulling van de betrokken ambtenaar of het functioneren van de openbare dienst, voor zover deze in verband staat met diens dienstvervulling.⁴⁵

De Aanwijzingen zijn streng opgesteld. Maar wie het beperkt aantal adviezen van de AGFA hierover doorneemt, zou kunnen concluderen dat de soep wat minder heet wordt gegeten dan geserveerd. Hetzelfde geldt voor de rechtspraak van de CRvB. De ruimte om meningen te uiten is er dus wel degelijk. Dat is overigens ook in lijn met het standpunt van de regering, die in de aanloop van

de Grondwetsherziening van 1983 verschillende keren heeft aangegeven dat grondrechten integraal en zonder voorbehoud gelden voor ambtenaren.⁴⁶

Tegelijkertijd moet worden geconstateerd dat er geen adviezen van rechtspraak zijn die specifiek ingaan op situaties zoals hier aan de orde. Dat wil zeggen: situaties waarin er sprake is van (voorgenomen) beleid onder schending van fundamentele rechten. Dat geldt in principe tevens voor de rechtspraak van het EHRM. Die heeft immers vooral betrekking op ambtenaren die via meningsuiting misstanden aan de orde stellen: corruptie, machtsmisbruik, intimidatie enz. Desondanks zie ik geen reden waarom de criteria van de vermelde Aanwijzing en het EHRM niet tevens als inspiratiebron kunnen dienen voor de context die in dit artikel centraal staat.

Wat het EHRM betreft vermeld ik dan in het bijzonder het eerste arrest *Guja*.⁴⁷ De criteria die erin worden ontwikkeld voor de beoordeling van een inbreuk op de

29. Zie reeds voetnoot 5. Deze bevoegdheid van de President volgt uit het arrest *Myers/United States* (272 U.S. 52 (1926)), van het *US Supreme Court*.

30. Volgens sommigen introduceerde ze in haar brief een nieuwe standaard, niet gegrond in wetgeving of precedenten. Door zo te varen op haar persoonlijke overtuiging, zou ze dan tevens de grenzen van haar positie hebben overschreden. Overleg met de President over haar visie was daarom de betere keuze geweest. En vervolgens had ze kunnen aftreden voor zover ze dat na dergelijk overleg nodig meende. Zie J. Goldsmith: www.lawfareblog.com/quick-thoughts-sally-yates-unpersuasive-statement. In dezelfde zin B. Wittes: www.lawfareblog.com/what-yates-should-have-done#. Tevens: www.justsecurity.org/37029/sally-yates/. Daar staat tegenover dat, hoewel dat inderdaad niet helemaal ondubbelzinnig uit haar brief blijkt, ze wel degelijk van mening was dat het Decreet een manifest onconstitutioneel karakter had. Juist dat biedt dan weer aanknopingspunten om haar positie te ondersteunen. Zie M. Lederman, www.justsecurity.org/37029/sally-yates/. Zie tevens W. Bradley Wendel, 'Sally Yates, Ronald Dworkin, and the Best View of the Law', 115 *Michigan Law Review Online* 2017, p. 78-90.

31. Een aantal groepen is overigens uitgezonderd van de Wnra, zij behouden hun publiekrechtelijke rechtspositie: politieke ambtsdragers, leden van de Staten-Generaal,

van de Hoge Colleges van Staat en van de rechterlijke macht, en politie- en defensieambtenaren. De aanpassingswetgeving om andere wet- en regelgeving met de Wnra in overeenstemming te brengen ligt inmiddels bij de Tweede Kamer.

32. Voor het eerst onder woorden gebracht in het arrest *Vogt/Duitsland*, EHRM 26 september 1995, *NJ* 1996/545, m.nt. E.J. Dommering. Zie verder ook het overzichtsartikel van L.A. van Noorloos, C.F. Sparrius & A.H.L. de Becker, 'Vrijheid van meningsuiting van ambtenaren in Nederland', *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2015/68, p. 10-15. Zie hieronder tevens de bespreking van het arrest *Guja* (EHRM).

33. En uiteraard voor zover een beperking wordt voorzien bij wet/regelgeving, die noodzakelijk is in een democratische samenleving en die een legitiem doel dient (zoals de riedel gaat). Vgl. CRvB 2 november 1995, *Tijdschrift voor Ambtenarenrecht* 1996/3.

34. Aldus het EHRM in de zaak *Ahmed/Verenigd Koninkrijk*, 2 september 1998, *NJCM-Bulletin* 1999, p. 946-961, m.nt. C.R. Niessen.

35. Aldus het EHRM in de zaak *Rekvenyi/Hongarije* van EHRM 20 mei 1999, *NJCM-Bulletin* 1999, p. 962-974, m.nt. A.J. Nieuwenhuis.

36. *Stcr.* 1998, 104. Het gaat dan om zowel contacten met leden van de Staten-Generaal, als met derden.

37. Art. 9 en 10 lid 1 Wnra.

38. Zie bijv. het advies van de AGFA 29 juni 2015, *ABB* 2015/11379, p. 4, overweging 5.

39. Zie art. 80 t/m 84 van het Algemeen Rijksambtenarenreglement (ARAR). Zie voor het ambtenarentuchtrecht van gemeenteammbtenaren de Collectieve Arbeidsvoorwaardenregeling en Uitwerkingsovereenkomst (CAR-UWO), voor provincieambtenaren de Collectieve Arbeidsvoorwaardenregeling Provincie (CAP) en voor politieambtenaren het Besluit algemene rechtspositie politie (BARP).

40. Art. 80 lid 1 en 2 ARAR en art. 81 lid 1 ARAR; zie ook CRvB 1 november 2001, *Tijdschrift voor Ambtenarenrecht* 2002, p. 25 (het opleggen van een buitenwettelijke straf in strijd is in strijd met de rechtszekerheid). Voor de ambtenaar staat uiteraard beroep open bij de sector bestuursrecht van de rechtbank, en kan uiteindelijk hoger beroep bij de CRvB volgen.

41. Zie hierover art. 82 ARAR; zie ook art. 4:8 Awb. De ambtenaar kan zich hierbij laten bijstaan door een advocaat op grond van art. 2:1 Awb.

42. Art. 82a ARAR; zie art. 80 BARP voor de sector Politie.

43. Zie www.agfacommissie.nl.

44. Dat werd recentelijk ook nog eens onderstreept door de CRvB, 19 januari 2017, *ECLI:NL:CRVB:2017:299*, *Tijdschrift voor Ambtenarenrecht* 2017, p. 81. Ook

Sparrius en Cohen (respectievelijk secretaris en voorzitter van de AGFA) stellen dat van de AGFA een preventieve werking lijkt uit te gaan. C.F. Sparrius & M.J. Cohen, 'Vrijheid van meningsuiting van ambtenaren: ruime maar niet onbeperkte mogelijkheden', in: J. Blanken e.a. (red.), *Vijf jaar Ambtenaar & Recht in vogelvlucht*, Amersfoort: Celsus 2014, p. 106.

45. Recent kreeg de Aanwijzing nog eens bevestiging in de 'Uitgangspunten online communicatie rijksambtenaren'. Daarin wordt gesteld dat 'hoe dichter het onderwerp waarover de ambtenaar schrijft of spreekt bij zijn eigen beleidsterrein ligt, hoe groter de maatschappelijke impact van zijn uitlatingen kunnen zijn'. www.rijksverhoed.nl/documenten/rapporten/2010/06/30/uitgangspunten-online-communicatie-rijksambtenaren. Zie in deze context K.P.D. Vermeulen, 'Grenzen aan de meningsuiting van ambtenaren op social media', *Tijdschrift voor Ambtenarenrecht* 2018, p. 3-9.

46. Zie bijv. *Kamerstukken II 1975/76*, 13872, 3, p. 11-12. Zo ook C.A.J.M. Kortmann, 'De ambtenaar en de politiek I', *RM Themis* 1999, p. 163.

47. *Guja/Moldavië*, EHRM (Grote kamer) 2 februari 2008, *NJ* 2008/305, m.nt. E.A. Alkema. In *casu* ging het om een voorlichtingsambtenaar van het Openbaar Ministerie in Moldavië, die interne informatie over politieke intimidatie van officieren van justitie aan de pers had gegeven.

meningsuiting van ambtenaren, zijn ook rechtspositioneel relevant. Een arbeidsrechtelijke sanctie kan in ieder geval worden gezien als een inbreuk op artikel 10 EVRM, en een dergelijke inbreuk kan ook leiden tot het terugdraaien van de sanctie. De criteria gaan over de vraag of de melding eerst intern werd gedaan (subsidiariteit), over of een publiek belang aan de orde is, de omvang van de door de uiting aangebrachte schade, of de informatie redelijkerwijs deugdelijk is te onderbouwen, over het motief van de klokkenluider, en over de proportionaliteit van de opgelegde sanctie.⁴⁸ Ik kom er in par. 5 nog op terug.

Over het weigeren een bepaalde taak uit te voeren, weten we eigenlijk niet heel veel. Wel zijn er ten behoeve van gewetensbezwaarde ambtenaren in 1989 beleidsregels opgesteld, gebaseerd op het rapport 'De ambtenaar met gewetensbezwaren' van de Interdepartementale werkgroep gewetensbezwaren van de Interdepartementale werkgroep gewetensbezwaren.⁴⁹ In het centraal georganiseerd overleg hebben de ambtenarencentrales en de Minister van BZK zich destijds op het standpunt gesteld dat dit rapport als uitgangspunt voor het beleid voldoet en dat nadere regelgeving overbodig is.⁵⁰ Het rapport lijkt vooral geschreven voor ambtenaren van wie de persoonlijke integriteit in de knel komt (zie daarover reeds par. 1). Maar dat neemt niet weg dat het breder toepasbaar kan zijn, en ook hanteerbaar voor ambtenaren die inbreuken op fundamentele rechten van anderen waarnemen of daaraan moeten meewerken. Aldus moeten hem vanaf het moment dat hij zijn bezwaren kenbaar maakt zo mogelijk geen werkzaamheden worden opgedragen waartegen zijn bezwaren zich richten. Bovendien is er recht op een tijd van bezinning, op een zorgvuldig onderzoek van de bezwaren en op een gemotiveerd besluit dienaangaande. Er wordt in ieder geval aanbevolen om na onderzoek, indien dat leidt tot erkenning van de gewetensbezwaren, de taken van de ambtenaar aan te passen of hem in een andere passende functie te plaatsen met inachtneming van het belang van de goede functionering van de openbare dienst. Indien dit niet mogelijk is, kan ontslag worden gegeven op grond van ongeschiktheid wegens gewetensbezwaren. Interessant is dat met de volgende beleidsregel wordt afgesloten: 'Werkweigering in verband met gewetensbezwaren blijft in beginsel laakbaar.'

In het voor ambtenaren nieuwe private arbeidsrecht komen de disciplinaire straffen te vervallen. Daar komt een heel scala aan andere mogelijke maatregelen voor in de plaats.⁵¹ Zoals de (al dan niet officiële) waarschuwing, schorsing, stopzetting of inhouding van loon, overplaatsing of wijziging functie, de boete, het ontslag en het ontslag op staande voet. De toekomst van de zojuist vermelde AGFA voor rijksambtenaren is na inwerkingtreding van de Wnra onzeker.⁵² Mogelijk wordt (de regeling van) de AGFA overgenomen in de cao.⁵³ En het Algemeen Rijksambtenarenreglement (ARAR), waarin in artikel 80 t/m 84 de sancties worden uitgewerkt,⁵⁴ zal na inwerkingtreding worden vervangen door een cao.

Maar in ieder geval is na de invoering van de Wnra het bestuursrecht bij ontslag niet meer van toepassing; het gaat dan immers niet meer om een ontslagbesluit, en ingevallen zoals hier aan de orde zal in de toekomst de kantonrechter vooraf zijn akkoord moeten geven. Dan is er dus sprake van een preventieve ontslagtoets aan de hand van het privaatrecht (in plaats van een toetsing ach-

teraf door de bestuursrechter). Dat zou je als een verschil ten faveure van de ambtenaar kunnen begrijpen, en in die zin leidt de Wnra niet noodzakelijk tot een verslechtering van de rechtspositie van de ambtenaar. Verder hoeft de ambtenaar na invoering Wnra niet meer te worden gehoord alvorens een ontslag kan worden gegeven. Wel wordt ook in het private ontslagrecht de eis gesteld dat herplaatsing niet meer mogelijk is.⁵⁵

4. De rechtspolitieke dimensie

Dat de Wnra niet noodzakelijk tot een verslechtering van de rechtspositie van de ambtenaar aanleiding geeft, betekent natuurlijk niet dat wat betreft het onderwerp dat hier aan de orde is de regeling goed is, of er geen beterschap mogelijk is. Ik zie minstens vier redenen om de positie van de ambtenaar in dit verband nog eens goed te doordenken, zowel met betrekking tot ontslag als ook in het licht van mogelijke andere rechtspositionele maatregelen. Ik som die redenen hier puntsgewijs op, en zeg erbij dat die overlappen en cumulatief moeten worden begrepen: in samenhang genomen wordt mijn argumentatie erdoor gestut.

1. De regelgeving en jurisprudentie hebben, in de eerste plaats, weinig te melden over de uitingsvrijheid, althans wat de thematiek van dit artikel betreft: welke uiting is legitiem wanneer er sprake is van bestaande of voorgenomen schendingen van fundamentele rechten? En dit geldt

Gaat worden verdisconteerd dat loyaliteit in overheidsdienst iets anders zou kunnen betekenen dan in een meer bedrijfsmatige context?

temeer voorde vraag wanneer als ambtenaar in een dergelijke situatie werk geweigerd kan worden. Een principiële onderscheid tussen spreken en weigeren bestaat er daarbij voor mij overigens niet, zo leerde ik van Hannah Arendt: beide kunnen dienstbaar zijn bij het aan de orde stellen van een schending van fundamentele rechten. Ook qua intensiteit is er geen verschil, want voor de overheid kan zowel de meningsuiting als werk weigeren even ingrijpend of confronterend zijn. Hoe dan ook, in een democratische rechtsstaat zou duidelijkheid over beide typen van verzet niet misstaan. Daarbij mag niet uit het oog worden verloren dat ambtenaren een centrale rol vervullen in het bewaken van het algemeen belang, dat door beginselen van de democratische rechtsstaat wordt vormgegeven.⁵⁶ Dat is niet zomaar een abstracte constatering. Ambtenaren zijn immers ook bevoorrechte waarnemers wat dit aangaat; ze zitten bovenop voorbereiding of uitvoering van wetgeving en beleid; kennen de details, motieven en uitdagingen.

2. Op dit moment is nog niet duidelijk hoe de civiele rechter zal oordelen in geschillen betreffende verzet of werkweigering van ambtenaren. Zal die zich richten op het reeds ontwikkelde private ontslagrecht? Gaat worden verdisconteerd dat loyaliteit in overheidsdienst iets anders zou kunnen betekenen dan in een meer bedrijfsmatige context? Bij het eerste staat het dienen van het algemeen belang voorop (en is men loyaal aan de democratische rechtsstaat!),⁵⁷ bij het tweede de goede trouw in een arbeidsrelatie (en is men loyaal aan de werkgever!). De dynamiek die een wisseling van publiek naar privaat stelsel teweeg brengt is in ieder geval nog onbekend. In de Memorie van Toelichting bij de initiatiefwet Wnra, stond te lezen dat:

‘Het toepassen van het private arbeidsrecht op de rechtsverhouding tussen ambtenaar en overheids-werkgever neemt niet weg, dat de positie van de overheids-werkgever in meerdere opzichten een andere is dan die van een werkgever in de particuliere sector. Ook als werkgever dient de overheid het algemeen belang. Dat brengt met zich mee, dat bijzondere eisen worden gesteld aan het overheidspersoneel. Zo zal het de overheids-werkgever na het gelijkschakelen van de ambtelijke en de burgerlijke rechtspositie niet zijn toegestaan om zich als een willekeurige marktpartij te gedragen. Op de overheid blijft de plicht rusten om het algemeen belang te dienen, burgers gelijk te behandelen en partijen ten opzichte van elkaar niet te bevoordelen of achter te stellen. Dat is een wezenlijk verschil met een private onderneming, die haar eigen belang kan laten prevaleren.’⁵⁸

De bijzondere positie van de ambtenaar moest dus blijvend worden verdisconteerd. Maar dat was 2010 (zie verder ook punt 3 hieronder!). In dezelfde memorie van toelichting lezen we een paar alinea’s verder ook:

‘Tot de kerncompetenties van de ambtenaar behoort een sterk ontwikkeld democratisch en rechtsstatelijk bewustzijn, dat de grondslag vormt van de ambtelij-

ke integriteit. Democratisch besef houdt in, dat de ambtenaar doordrongen is van het feit dat hij functioneert onder bestuurders die worden gecontroleerd door democratische gelegitimeerde organen. Het rechtsstatelijk besef van ambtenaren brengt met zich mee, dat zij tegenover de burger altijd de eisen van de rechtsstaat in acht behoren te nemen.’

Wat hadden de initiatiefnemers in gedachten toen zij dit alles schreven? Duidelijk ligt de nadruk in beide geciteerde passages op vereisten van onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de overheid, en legaliteit. In het licht daarvan moet tevens de voorlaatste zin uit het laatste citaat worden begrepen, die op het volgende neerkomt: de overheid zet de lijn uit, en de ambtenaar heeft zich daar in principe aan te houden! Loyaliteit naar de overheids-werkgever⁵⁹ en dienstverlening ten aanzien van de burger, zo blijkt, staan in de memorie van toelichting centraal. Niet zozeer de rechten van de ambtenaar. Aan situaties van verzet zoals in dit artikel aan de orde, is misschien niet eens gedacht.⁶⁰

Wat het ook zij, steunen op toegespitste regelgeving of jurisprudentie ter zake van verzet kan de rechter niet vanzelfsprekend. Ook is niet duidelijk of de eerder vermelde AGFA in de een of andere vorm zal blijven bestaan. Dat zou dan besloten moeten worden via toch al spannende onderhandelingen over een cao. Hetzelfde voor wat betreft het verplichte horen van een ambtenaar die verzet pleegt: ook daarover nog onduidelijkheid troef.

3. Het voorgaande wordt, in de derde plaats, versterkt door het feit dat het ontslagrecht de laatste jaren wel heel sterk afhankelijk blijkt van het politieke, en in dit geval nogal volatiele krachtenveld. De Wnra is op de politieke agenda gekomen naar aanleiding van een initiatiefwet van D66 en CDA:⁶¹ ‘normalisering’ – waren ambtenaren de afwijking? – van de rechtspositionele regels met betrekking tot ambtenaren was het officiële doel, en het private arbeidsrecht vormde daarvoor dus het lichtende voorbeeld. Daarmee zou ook een ander, voor de overheids-werkgever gemakkelijker ontslagrecht in beeld komen. Na de passage

48. Zie in het bijzonder § 69-78 van het arrest (toepassing op de casus in § 80 t/m 97).

49. Opgenomen in E.A. Alkema [et al.] *Juridische ruimte voor gewetensbezwaren?* Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 2008. Zie ook: https://puc.overheid.nl/mp-bundels/doc/PUC_332100920104_10/1/.

50. Zie de brief van 3 april van toenmalig minister van Binnenlandse Zaken P. van Dijk: *Kamerstukken II 1988/89*, 20 800 hfdst. VII, 31. Dit beleid wordt inmiddels ook in de rechtspraak toegepast. Zie bijv. Rb. Den Haag 23 oktober 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:14133, *Tijdschrift voor Ambtenarenrecht* 2014, p. 18.

51. Indien tenminste in cao, arbeidsreglement of arbeidsovereenkomst geregeld. Voor wat betreft de boete, zie art. 7:650 BW. Voor wat betreft ontslag of ontslag op

staande voet, zie art. 7:669 BW en art. 7:677-678 BW.

52. Hoewel die voor de sector Politie blijft bestaan; zie art. 3 onder f Wnra.

53. Zolang er geen cao is, blijven de verplichtingen om advies in te winnen bij de AGFA en de ambtenaar bestaan. Die zijn immers niet in strijd zijn met dwingendrechtelijke bepalingen van burgerlijk recht, wat een voorwaarde is van art. 17 lid 3 Wnra.

54. Zie voor het tuchtrecht van gemeenteambtenaren de Collectieve Arbeidsvoorwaardenregeling en Uitwerkingsovereenkomst (CAR-UWO), voor provincieambtenaren de Collectieve Arbeidsvoorwaardenregeling Provincie (CAP) en voor politieambtenaren het Besluit algemene rechtspositie politie (BARP).

55. Art. 7:669 lid 1 BW.

56. Aldus ook de regering zelf bij de grondwetsherziening 1983. Zie hierover tevens S. Jellinghaus & E. Huisman, ‘Commentaar op artikel 109 van de Grondwet’, in: E. Janse de Jonge, E.M.H. Hirsch Ballin, G. Leenknecht (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet*, webeditie 2019 (www.nederlandrechtsstaat.nl). Zie ook *Kamerstukken I 1980/81*, 15048, 17, p. 1-2.

57. Bovens (p. 213) heeft het dan over de ambtenaar als burger (institutioneel burgerschap).

58. *Kamerstukken II 2010/11*, 32550, 3. De Raad van State, Afdeling advisering, was erg kritisch over de initiatiefwet, omdat daarin niet afdoende werd gemotiveerd hoe een verandering van rechtspositie de bijzondere positie van ambtenaren kan garanderen. *Kamerstukken II 2010/11*, 32550, 4.

59. In de woorden van het EHRM in de zaak *Guja*: ‘The Court further reiterates that Article 10 applies also to the workplace, and that civil servants, such as the applicant, enjoy the right to freedom of expression (see paragraph 52 above). At the same time, the Court is mindful that employees have a duty of loyalty, reserve and discretion to their employer. This is particularly so in the case of civil servants’ (par. 70).

60. En wat de uitingsvrijheid betreft was er ook toen al de vermelde regeling Externe contacten.

61. *Kamerstukken II 2010/11*, 32550, 1. Uiteindelijk aangenomen door de Eerste Kamer op 8 november 2016 (*Handelingen I 2016/17*, 6), en met de bedoeling om op 1 januari 2020 in werking te treden.

van minister Asscher op het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de invoering van de Wet Werk en Zekerheid (WWZ), is de ruimte voor ontslag er echter niet eenvoudiger op geworden.⁶² Zo moet de werkgever voor de (kanton)rechter momenteel aannemelijk maken dat er voldaan wordt aan de ontslaggrond die in de wet staat,⁶³ en ontslag blijkt veel moeilijker te zijn geworden dan voorheen.⁶⁴ Dat hadden de eerste initiatiefnemers van de Wnra niet gedacht en misschien zelfs niet gewild. In ieder geval staat in het meest recente regeerakkoord inmiddels opgenomen dat het ontslag weer gemakkelijker moet worden,⁶⁵ wat via het wetsvoorstel 'Wet Arbeid in Balans' (WAB) moet gebeuren. Daarin is bijvoorbeeld ook een nieuwe ontslaggrond voorzien, die het mogelijk maakt ontslag te vorderen wanneer meerdere gronden niet ieder voor zich 'voldragen' zijn (zoals tot op heden noodzakelijk), maar wanneer van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Dat is een opening naar ontslagvereenvoudiging.⁶⁶ Of die WAB er gaat komen is maar de vraag: de komende samenstelling van de Eerste Kamer zou hier zomaar aan in de weg kunnen staan. Maar zeker is dat de politieke dynamiek wat het ontslagrecht betreft bijzonder beweeglijk is; het ene voorstel volgt het andere op, en bestaande wetgeving lijkt van beperkte houdbaarheid. Het ontslagrecht is daarmee een onzekere factor, en ook dat kan een impact hebben op de toekomstige bereidheid van ambtenaren om verzet te plegen. Om misverstanden te vermijden: in algemene zin laat ik me over het ontslagrecht niet uit, het gaat me om de specifieke context die hier aan de orde is.

4. Ten slotte en meer algemeen: het Weberiaanse idee van vrijwel absolute ambtelijke gehoorzaamheid is zelfs als ideaaltype achterhaald.⁶⁷ Het komt ook niet meer terug. Er is geen scherpe demarcatie tussen beleid en uitvoering, een onderscheid dat samenhangt met een hiërarchisch gedachte relatie tussen politiek verantwoordelijke beleidsmaker enerzijds en niet-politiek uitvoerder anderzijds. Ook ambtenaren maken het beleid, binnen de (soms vage) krijtlijnen die daar dan (soms) door de politiek voor worden uitgetekend. Bovendien is veel van wat vroeger door de overheid in eigen huis werd gedaan, nu bijvoorbeeld bij ZBO's, gepri-vatiseerde overheidsbedrijven of 'Europa' ondergebracht. Het resultaat is een kluwen van beleids- en bestuursniveaus, en complexiteit is het trefwoord. Nieuw is dergelijk inzicht natuurlijk niet, en wat mij betreft doet het ook niet af aan de nuttige fictie van de ministeriële verantwoordelijkheid (misschien wordt het belang ervan door die complexiteit zelfs onderstreept). Maar hoe dan ook, omdat bureaucratie door de vermelde complexiteit als verdwijnpunt voor de democratische rechtsstaat kan fungeren, kan er van alles mee gebeuren dat zichtbaar noch wenselijk is. Het voorkomen daarvan is met het creëren van meer helderheid over de rechtspositie van de ambtenaar in dezen gediend.

5. Gezichtspunten en kwalificaties

De vraag die met dit alles in het vizier komt, is onder welke *meer concrete voorwaarden* (initiële) weerstand de vorm van daadwerkelijk verzet kan krijgen.⁶⁸ Uitgangspunt bij de vormgeving daarvan zou het inzicht van de Amerikaanse historicus Timothy Snyder moeten zijn dat '[b]ureaucracy has a very bad name. We have our own

self interested reasons for not liking bureaucracy. Who likes bureaucracy?' Om dan te vervolgen met: 'The thing that is worse than bureaucracy is having no bureaucracy.'⁶⁹

Juist omwille van die laatste observatie kan het antwoord op de zojuist gestelde vraag dan ook niet zijn: 'Als ik, individuele ambtenaar, van mening ben dat zeker overheidshandelen niet conform rechtsstatelijke vereisten is!' Een dergelijk standpunt zou een miskenning zijn van het systemische belang dat een bureaucratie ook zou moeten hebben, dat is het mogelijk maken van geordende vrijheid. Stabiliteit vereist hier een zekere ambtelijke loyaliteit, en bij het ongeclausuleerd mogelijk maken van verzet, zou het middel erger kunnen zijn dan de kwaal. Maar dat gezegd zijnde: het antwoord kan ook niet zijn: 'Nooit!' Dat zou immers een ontkenning van de individuele verantwoordelijkheid zijn, met alle mogelijke gevolgen van dien. Daarmee ligt ook het dilemma op tafel: erkennen van de individuele verantwoordelijkheid van ambtenaren in het geval van schendingen van fundamentele rechten is nodig, maar stabiel overheidsfunctioneren is dat ook. Hoe te balanceren?

Ik doe een aantal suggesties van gezichtspunten of criteria, die regelgever, rechter of cao-onderhandelaar behulpzaam kunnen zijn bij de ontwikkeling van de rechtspositionele beoordeling van verzet. In ieder geval valt uit het belangrijke werk van Bovens nog inspiratie te putten,⁷⁰ en ook uit de besproken regelingen en rechtspraak. Daar bouw ik op voort. Verder zijn de gezichtspunten niet cumulatief, in de zin dat aan alle of zelfs maar een veelheid ervan voldaan moet worden om verzet ook via rechtspositionele route te erkennen. In iedere casus kan elk van de criteria meer of minder doorwegen. Aldus kom ik tot de volgende criteria, die ik hier staccato opsom, en waarbij ik veronderstel dat de democratische rechtsstaat in algemene zin nog functioneert:

- 1) Valt het verzet te verdedigen met beroep op een komende of bestaande inbreuk op belangrijke beginselen van de democratische rechtsstaat, in het bijzonder schending van fundamentele rechten?
- 2) Steunt het verzet op redelijke gronden (dus niet zomaar wat roepen of van horen zeggen)?⁷¹ Het EHRM heeft het in het vermelde arrest *Guja* dan over 'the authenticity of the information disclosed' (§ 75).
- 3) Is de bescherming van de belangen door het verzet reëel?
- 4) Voorziet de werkgever in een – al dan niet intern verankerde – procedure om de bezwaren aan te kaarten, en is die procedure gevolgd? Het EHRM zegt dat '[i]n the light of the duty of discretion (...), disclosure should be made in the first place to the person's superior or other competent authority or body. It is only where this is clearly impracticable that the information could, as a last resort, be disclosed to the public. (...)' (§ 73).
- 5) Hoe groot zijn de gevolgen (structureel/incidenteel)? In dit artikel ging het vooral over beleid- of beleidsvoornemens, met structurele gevolgen.⁷²
- 6) Zijn er alternatieven voor het verzet, en zijn die overwogen (middel-doel relatie)? Zowel het vorige als dit criterium hangen samen met wat het EHRM als volgt omschrijft: '[T]he Court must weigh the damage, if any,

suffered by the public authority as a result of the disclosure in question and assess whether such damage outweighed the interest of the public in having the information revealed' (§ 75).

- 7) Hoe groot is de schade voor anderen (privacy bijvoorbeeld), en heeft de ambtenaar die proberen te beperken?
- 8) Worden er andere publieke belangen door het verzet geschonden, en zijn die in de afweging om tot verzet te komen verdisconteerd?⁷³ Overigens lijkt het EHRM de bewijslast om die andere belangen te bepleiten toch vooral bij de overheid zelf te leggen. 'The Court reiterates that there is little scope under Article 10 § 2 of the Convention for restrictions on debate on questions of public interest. (...) In a democratic system, the acts or omissions of government must be subject to the close scrutiny not only of the legislative and judicial authorities but also of the media and public opinion' (§ 74).
- 9) Zijn er redelijke arbeidsalternatieven ten behoeve van de verzetpleger geëxploreerd?
- 10) Is de door de overheid getroffen maatregel of sanctie proportioneel? Het EHRM heeft het in het arrest *Guja* dan over het feit dat 'attentive analysis of the penalty imposed on the applicant and its consequences is required' (§ 78). Hier komen de rechtspositionele consequenties van de artikel 10 EVRM-jurisprudentie ten volle binnen.

Het zal wellicht opvallen dat ik het gezichtspunt van 'afstand' in deze opsomming niet heb meegenomen. In de eerder besproken Aanwijzingen externe contacten rijksambtenaren, en de rechtspraak CRvB en advisering door de AGFA,⁷⁴ lijkt dat criterium nochtans een rol van betekenis te vervullen: hoe nabij het beleidsdomein, hoe minder ruimte voor uitingvrijheid en hoe meer loyaliteit wordt verwacht.⁷⁵ Dat mag in zijn algemeenheid redelijk lijken, maar juist in de context van rechtsstatelijkheid (fundamentele rechten) zou ik een dergelijk criterium niet voetstoots willen aanbevelen. Indien we ambtenaren ook zien als bevoorrechte getuigen van rechtsstatelijk

overheidsbeleid (of het gebrek daaraan), zie althans ik niet in waarom die nabijheid of hiërarchie moet dienen als zelfstandig of zwaarwegend argument contra de mogelijkheid tot verzet. Hetzelfde geldt voor de politieke gevoeligheid van de materie. En zo zou ook de mogelijkheid tot herplaatsing uiteindelijk niet bepalend moeten zijn als ontslaggrond: dat zou de ernst van wat aan de orde is ondergeschikt kunnen maken aan de omvang van de organisatie. Immers: hoe kleiner de organisatie, hoe min-

Stabiliteit vereist een zekere ambtelijke loyaliteit, en bij het ongeclausuleerd mogelijk maken van verzet, zou het middel erger kunnen zijn dan de kwaal

der de kans op een alternatief arbeidstraject. Dat heeft iets willekeurigs. En ten slotte: in het arrest *Guja* weegt het EHRM de persoonlijke motieven van een klokkenluider mee in de beoordeling van een inbreuk op diens meningsuiting.⁷⁶ Laat duidelijk zijn dat oneigenlijke motieven niet fraai zijn, maar als criterium lijkt het me niet adequaat. Wat maakt het uit als de inbreuk op fundamentele rechten reëel is? En hoe is waarachtigheid te controleren?

Als het uiteindelijk toch tot een disciplinaire maatregel of tot ontslag komt, dan verdient het belang van de materie dat er een toets voorafgaandelijk aan enige procedure wordt verricht, dus ook los van de rol van de kantonrechter in het geval van ontslag. Daar kan de huidige AGFA voor worden ingezet. Dit alles moet dan via de cao worden ingepast. Hetzelfde voor het opnemen van een verplichting tot horen. Mijn inschatting is dat door een gespecialiseerd advies beter recht kan worden gedaan aan

62. Sinds 1 juli 2015 van kracht.

63. De bewijslast is daarmee omgekeerd.

Zie hierover HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2998.

64. Dit blijkt ook uit een eerste evaluatie van de WWZ door de Vereniging Arbeidsrecht Advocaten Nederland (VAAN) en de Vereniging voor Arbeidsrecht (VvA). Zie: www.verenigingvoorarbeidsrecht.nl/files/8514/6730/1936/VAAN-VvA_evaluatieronderzoek_WWZ_2016_totaalpdf.pdf.

65. De lange passage daarover begint als volgt: 'De WWZ heeft er toe geleid dat ontslag ook in situaties waar dat redelijkerwijze aan de orde is, onnodig wordt bemoeilijkt.' www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2017/10/10/regeerakkoord-2017-vertrouwen-in-de-toekomst.

66. Hierover R.A.A. Duk, A. Keizer & H.

Staal, 'Cumulatie van ontslaggronden', *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2019/73, p. 21-23.

67. Zie ook M. Bovens, *De vierde macht revisited. Over ambtelijke macht en publieke verantwoording* (oratie Utrecht), 2000, p. 11-14.

68. Voor een discussie over de reikwijdte van de vrije meningsuiting van ambtenaren, meer in het bijzonder in het licht van de ministeriële verantwoordelijkheid, zie C.A.J.M. Kortmann, 'De ambtenaar en de politiek I', *RM Themis* 1999, p. 163-164 en E. van Thijn, 'De ambtenaar en de politiek II', *RM Themis* 1999, p. 165-166.

69. T.D. Snyder, 'Black Earth'. Zie www.auschwitz.nl/media/pdf_bestanden/2017_nma_lezing_timothy_snyder.pdf, p. 21. Zie tevens Romijn, p. 14. Ook Hannah Arendt pleitte overigens niet tegen bureaucratie als

zodanig.

70. Bovens, p. 218.

71. De beoordeling van de feiten zou dan bijvoorbeeld kracht kunnen worden bijgezet door te steunen op objectieve en specifieke informatie: oordelen van gezaghebbende instituties zoals onafhankelijke rechtspraak, adviezen van de afdeling wetgeving RvS, EHRM enz. Dank aan Ronald Janse voor deze observatie.

72. Voor meer incidentele kwesties ligt een melding via het Huis voor de klokkenluiders eerder voor de hand.

73. Uit het tweede *Guja*-arrest zou je zelfs kunnen afleiden dat het EHRM wat dit aangaat stevige inspanningen van die overheid vraagt: indien een onafhankelijke buitenstaander redelijkerwijze kan concluderen dat een ontslag samenhangt met een

meningsuiting, kan dat voldoende zijn om een niet-legitieme inbreuk op art. 10 EVRM aan te nemen. Dat is geen al te hoge horde voor die buitenstaander. Zie *Guja/Moldavië*, EHRM 27 februari 2018, § 57.

74. Zie het reeds in voetnoot 32 vermelde overzicht door L.A. van Noorloos, C.F. Sparrius & A.H.L. de Becker.

75. Uit de rechtspraak van het EHRM blijkt ook dat de hiërarchische positie van de ambtenaar verder beperkend kan werken. Zie voetnoot 34 en daarbij horende tekst.

76. '[A]n act motivated by a personal grievance or a personal antagonism or the expectation of personal advantage, including pecuniary gain, would not justify a particularly strong level of protection' (§ 77).

De mogelijkheid tot verzet zoals hier bepleit staat niet op zichzelf en is ook geen eindpunt. Het is veeleer onderdeel van een ruimer ontwikkeld systeem van *checks and balances*

de specificiteit van de materie. Dit alles zou waarschijnlijk een herstructurering van de AGFA betekenen (onderbrengen in de structuur van het Huis voor klokkenluiders?), en de bevoegdheid daarvan moet dan ook uitdrukkelijk worden uitgebreid naar werkweigering.

Je zou uiteraard kunnen betwijfelen of het steviger juridisch inkaderen van individueel ambtelijk verzet verschil maakt. Natuurlijk, de verzetpleger gebruikt zijn uitingsvrijheid of weigert werk, en wordt wellicht overgeplaatst. Maar voor zover die verzetpleger niet alleen het eigen geweten wilde sussen, maar ook een maatschappelijk probleem aan de orde wilde stellen, komt de samenleving zelf er dan bekaaid vanaf: de (voorgenomen) schending kan immers voortduren. Wat vermag dan het recht? Toch gaat dergelijke redenering eraan voorbij dat daarmee ook in de eigen organisatie ruchtbaar kan worden gemaakt dat er iets aan de hand is, en dat dergelijke ruchtbaarheid tevens een eigen dynamiek kan krijgen. Maar vooral geeft degene die zo'n redenering volgt zich geen rekenschap van het feit dat de mogelijkheid tot verzet zoals hier bepleit, niet op zichzelf staat en ook geen eindpunt is. Het is veeleer onderdeel van een ruimer ont-

wikkeld systeem van *checks and balances*. Zo kan een ambtenaar *als burger* ook het petitierecht uitoefenen, en via die route dus aandacht vragen voor wat hij/zij meent waar te nemen.⁷⁷ Indien er bovendien sprake is van een strafbaar feit, is er voor de ambtenaar de mogelijkheid, en soms zelfs de verplichting (in het geval van misdrijf art. 162 Sv), tot aangifte. En uiteraard hebben ambtenaren *als collectief* het recht om te staken. En laten we ten slotte ook de betekenis van de vrije pers niet vergeten.⁷⁸

6. Slotbeschouwing

Ambtenaren zweren trouw aan de Grondwet.⁷⁹ Beginselen van de democratische rechtsstaat, waaronder fundamentele rechten, worden prominent door die Grondwet vormgegeven. Schending van die beginselen door de overheid zelf, is, zo heb ik hier betoogd, een stevig argument om verzet van ambtenaren robuuster dan nu rechtspositioneel te verankeren. Laten we werk maken van de ontwikkeling van een bruikbare regeling en doctrine over deze aangelegenheid. De invoering van de Wnra kan het momentum daartoe creëren. •

⁷⁷. Zie hierover: E. Verhulp, *Vrijheid van meningsuiting van werknemers en ambtenaren*, Den Haag: Sdu 1996, § 7.7.4; M.A.P. Bovens, p. 287-288 en C.J.G. Olde Kalter, 'De mestproblematiek, Kant en de

Ambtenarenwet', *Tijdschrift voor Ambtenarenrecht* 1990, p. 432-436.

⁷⁸. En uiteraard vermag ook binnen de ambtelijke taakuitoefening juridische creativiteit het een en ander. Zie hierover bijvoor-

beeld Jennifer Nou, 'Bureaucratic Resistance From Below', *Yale Journal of Regulation Notice & Comment*, november 16, 2016. Verder A. Shinar, 'Dissenting from Within: Why and How Public Officials Resist the

Law', 40 *Florida State University Law Review* 2013, p. 601-657.

⁷⁹. www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/kwaliteit-en-integriteit-overheidsinstanties/integriteit-overheid.