



DE GRONDWET - ARTIKEL 78a - NATIONALE OMBUDSMAN

1. De Nationale ombudsman verricht op verzoek of uit eigen beweging onderzoek naar gedragingen van bestuursorganen van het Rijk en van andere bij of krachtens de wet aangewezen bestuursorganen.
2. De Nationale ombudsman en een substituut-ombudsman worden voor een bij de wet te bepalen termijn benoemd door de Tweede Kamer der Staten-Generaal. Op eigen verzoek en wegens het bereiken van een bij de wet te bepalen leeftijd worden zij ontslagen. In de gevallen bij de wet aangewezen kunnen zij door de Tweede Kamer der Staten-Generaal worden geschorst of ontslagen. De wet regelt overigens hun rechtspositie.
3. De wet regelt de bevoegdheid en werkwijze van de Nationale ombudsman.
4. Bij of krachtens de wet kunnen aan de Nationale ombudsman ook andere taken worden opgedragen.

WETENSCHAPPELIJK COMMENTAAR ARTIKEL 78a - NATIONALE OMBUDSMAN - A.A.L. BEERS & K.T. MEIJER

Inhoudsopgave

1. Grondwettelijke verankering van het ombudsman-instituut
2. Plaats van de Nationale ombudsman in de democratische rechtsstaat
3. Taak van de Nationale ombudsman
4. Rechtspositie van de Nationale ombudsman
5. Andere taken van de Nationale ombudsman
6. Literatuur
7. Historische versies

Editie 2020^[1]

1. GRONDWETTELIJKE VERANKERING VAN HET OMBUDSMAN-INSTITUUT

Artikel 78a verankert het ambt van Nationale ombudsman in de Grondwet.^[2] De

Nationale ombudsman is een onafhankelijk instituut met als taak onderzoek te doen naar onbehoorlijk gedrag van overheden, naar aanleiding van klachten van burgers en op eigen initiatief. Naar het oordeel van de regering heeft de Nationale ombudsman zich een vaste en eigen plaats verworven die niet meer is weg te denken in ons staatsbestel.^[3] De regering is van opvatting dat de Grondwet de wezenlijke bepalingen dient te bevatten die de hoofdelementen van ons staatkundig bestel vastleggen.^[4] Omdat de Nationale ombudsman daarvan deel uitmaakt, mag volgens de regering een expliciete vermelding in de Grondwet niet meer achterwege blijven.

De vraag welke de juiste plaats is voor de verankering van het ombudsman-instituut in de Grondwet, is door de regering aldus beantwoord dat het het meest geschikt is om de Nationale ombudsman evenals de Raad van State en de Algemene Rekenkamer in hoofdstuk 4 een plaats te geven.^[5] De Nationale ombudsman heeft zich in het Nederlandse maatschappelijk en staatkundig leven een eigen plaats verworven te midden van de andere hoge colleges van Staat zoals de Raad van State en de Algemene Rekenkamer, ook al is strikt genomen sprake van een hoog ambt van Staat.^[6] Hoewel elk hoog college uiteraard een eigen takenpakket heeft, neemt het instituut Nationale ombudsman staatsrechtelijk gezien in veel opzichten een vergelijkbare positie in. De bekostiging van het instituut geschiedt op basis van het begrotingshoofdstuk II voor de hoge colleges van Staat. De drager van het ambt van Nationale ombudsman en diens plaats-vervanger(s) hebben een wettelijk geregelde rechtspositie die grotendeels overeenstemt met die van de Raad van State en de Algemene Rekenkamer. Verder is voor de structuur van artikel 78a is zoveel mogelijk aangesloten bij de grondwetsbepalingen over de Raad van State en de Algemene Rekenkamer.

2. PLAATS VAN DE NATIONALE OMBUDSMAN IN DE DEMOCRATISCHE RECHTSSTAAT

Na de Tweede Wereldoorlog nam in veel westerse landen de bemoeienis van de overheid toe. Allengs groeide daarmee ook de behoefte aan rechtsbescherming tegen -en controle van deze overheid.^[7] Het parlement ontving bijvoorbeeld steeds meer petitie's aangaande individuele klachten naar aanleiding van overheidsgedrag.^[8]

Voor de oplossing van dit probleem keek men in Nederland, en ook daarbuiten, naar het model van het ombudsinstituut, dat van Zweedse oorsprong is. Sinds de jaren zeventig hebben veel Europese landen een nationaal ombudsinstituut in het leven geroepen. In de jaren negentig volgden ook talrijke niet- Europese landen deze trend. Ook veel andere overheden en organisaties, variërend van gemeenten en de Europese Unie tot verschillende media, hebben ombudspersonen geïnstalleerd om klachten van burgers en individuen over wanbestuur en schending van rechten te kunnen onderzoeken.^[9] Daarbij gaat het om klachten van de soort die niet betrekking hebben op een schending van de rechten van de klager, maar op

onbehoorlijk gedrag.

Het functioneren van ombudsman-instituten is een voorbeeld van wat de filosoof Rosanvallon “tegendemocratie” noemt. Vanwege de hierboven genoemde groei van de overheidsbemoeienis is het onvoldoende wanneer de relatie tussen de burger en overheid slechts gestalte krijgt via de representatieve democratie.^[10] Naar opvatting van Rosanvallon betekent dat niet per se het failliet van dat stelsel. Min of meer gelijktijdig met de komst van de problemen zijn namelijk nieuwe vormen van representatie ontstaan, die de oude aanvullen. Deze nieuwe representatie heeft verschillende vormen: van toezicht, van deliberatieve democratie of van constitutionele toetsing. Zij ontleen hun legitimatie - in tegenstelling tot de oude democratische vormen - niet aan procedures die gerepresenteerde en representant verbinden, maar eerder aan afstand tot kwesties (onpartijdigheid en reflexiviteit) of aan nabijheid tot de gerepresenteerde.^[11]

3. TAAK VAN DE NATIONALE OMBUDSMAN

Het eerste lid van artikel 78a bevat de omschrijving van de grondwettelijke hoofdtak van het ambt Nationale ombudsman. De regering had aanvankelijk voorgesteld daarin uitsluitend te bepalen dat de Nationale ombudsman is belast met het onderzoek van klachten betreffende gedragingen van bestuursorganen van het Rijk.^[12] De grondwettelijke basis voor de bevoegdheid om klachten over andere organen, zoals de bestuursorganen van waterschappen, provincies, gemeenten en van de regionale politiekorpsen te onderzoeken, was volgens de regering te vinden in het vierde lid van artikel 78a.^[13] De Tweede Kamer heeft de aanvankelijke tekst van het voorgestelde artikel 78a, eerste lid, in twee opzichten geamendeerd. Met het amendement -Luchtenveld c.s. is ook het onderzoek dat de Nationale ombudsman uit eigen beweging verricht constitutioneel verankerd.^[14] Daarnaast is door het aannemen van het amendement- Scheltema-de Nie c.s. de zinsnede ‘en van andere bij of krachtens de wet aangewezen bestuursorganen’ in het eerste lid van artikel 78a opgenomen.^[15] Naar het oordeel van de ondertekenaars van het amendement moeten in elk geval de hoofdelementen van de competentie van de Nationale ombudsman in de taakomschrijving van artikel 78a, eerste lid, zijn terug te vinden. De omschrijving ‘bestuursorganen van het Rijk’ is daarvoor te beperkt. In de eerste plaats omdat de toenmalige regionale politiekorpsen, inmiddels het landelijke politiekorps, buiten die omschrijving vallen. In de tweede plaats omdat het ook aanbeveling verdient reeds in het eerste lid de zeker niet onbelangrijke competentie van de Nationale ombudsman ten aanzien van andere bestuursorganen dan die van het Rijk te verankeren.

Artikel 116, vierde lid, van de Grondwet bepaalt dat de wet het toezicht regelt dat door leden van de rechterlijke macht die met rechtspraak zijn belast, op andere rechters wordt uitgeoefend. Deze bepaling beschermt de rechterlijke macht tegen externe bemoeienis met de gang van zaken in de rechtspraak. Als gevolg daarvan kon de Nationale ombudsman niet met de behandeling van klachten over rechters

worden belast. De artikelen 13a tot en met 13g van de Wet op de rechterlijke organisatie regelen nu dit toezicht aldus dat via de procureur-generaal bij de Hoge Raad klachten over gedragingen van rechterlijke ambtenaren aan de Hoge Raad kunnen worden voorgelegd.^[16] Hoewel dit grondwettelijk beletsel niet geldt ten aanzien van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State – de leden daarvan behoren immers niet tot de rechterlijke macht – geldt ook ten aanzien van klachten over hen een bijzondere regeling, die op basis van artikel 45 door de Voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak wordt vastgesteld en in de Staatscourant gepubliceerd.^[17]

4. RECHTSPOSITIE VAN DE NATIONALE OMBUDSMAN

Het tweede lid van artikel 78a bevat regels omtrent de rechtspositie van de Nationale ombudsman en een substituut-ombudsman. De ambtsdragers worden voor een bij de wet te bepalen termijn door de Tweede Kamer benoemd. Volgens de Wet Nationale ombudsman geschiedt de benoeming van de ombudsman voor de duur van zes jaren (artikel 2, derde lid). De benoeming van een substituut-ombudsman geschiedt voor de duur van de ambtstermijn van de ombudsman op wiens verzoek hij is benoemd (artikel 9, tweede lid, WNo). De Tweede Kamer kan op voordracht van de nieuwe ombudsman de ambtstermijn van een substituut-ombudsman verlengen voor de duur van ten hoogste zes maanden. De rechtspositie van de ombudsman en de substituut-ombudsman is ook overigens in de Wet Nationale ombudsman geregeld.

5. ANDERE TAKEN VAN DE NATIONALE OMBUDSMAN

Het vierde lid van artikel 78a maakt het mogelijk dat aan de Nationale ombudsman ook andere taken worden opgedragen. Anders dan artikel 75, tweede lid, voor de Raad van State en artikel 78, tweede lid, voor de Algemene Rekenkamer staat het vierde lid van artikel 78a delegatie door de formele wetgever toe. Hoewel bij het toekennen van andere taken de hoofdelementen in de formele wet moeten worden geregeld, kan naar het oordeel van de regering niet geheel worden uitgesloten dat gebruik moet worden gemaakt van lagere regelgeving.^[18]

Indien wordt overwogen om een min of meer algemene klachtvoorziening voor bijvoorbeeld een bepaalde sector in het leven te roepen, geldt volgens de regering als hoofdregel dat deze klachtvoorziening wordt ondergebracht bij de Nationale ombudsman.^[19] Dat kan dan geschieden door – op de voet van artikel 78a, vierde lid, Gw – zijn taak met de desbetreffende klachtbehandeling uit te breiden. Niettemin kunnen er naar het oordeel van de regering dringende redenen zijn om van die hoofdregel af te wijken; dat zal dan wel nadrukkelijk moeten worden verantwoord. Het vierde lid beoogt geen “exclusieve competentietoedeling” voor de Nationale ombudsman voor te schrijven.^[20]

Al sinds het opnemen van het vierde lid in de Grondwet bestaat discussie over de toegevoegde waarde daarvan. In het eerste lid van artikel 78a wordt als gezegd de taak van de Nationale ombudsman geconstitutionaliseerd. In het aanvankelijke voorstel daartoe zag deze taak alleen op bestuursorganen van het Rijk. Met het aannemen van het amendement--Scheltema -de Nie c.s. werd, zoals vermeld, de zinsnede ‘en van andere bij of krachtens de wet aangewezen bestuursorganen’ toegevoegd. Hiermee is in feite al in het eerste lid een uitbreidingsmogelijkheid van het takenpakket van de ombudsman is gecreëerd. Door ook in het vierde lid een mogelijkheid tot uitbreiding te creëren is een verwarrende situatie ontstaan. Elzinga en Kingma noemen dit een doublure omdat ten onrechte de suggestie is gewekt dat het daar gaat om een andere uitbreidingsmogelijkheid.^[21] Indien de Grondwetgever bovenop de uitbreidingsmogelijkheid van het eerste lid een tweede mogelijkheid tot uitbreiding van de bevoegdheden – al dan niet in de private sector – had gewild, dan hadden over de grenzen van deze bevoegdheden van de Nationale ombudsman grondiger moeten worden besproken.^[22]

Mede van belang in verband met de grenzen van de bevoegdheden van de Nationale ombudsman is de nieuwe functie van Kinderombudsman. In april 2010 besloot de Tweede Kamer tot het instellen van dit instituut.^[23] De kinderombudsman onderzoekt de naleving van de kinderrechten.^[24] Hij wordt benoemd als substituut-ombudsman conform artikel 9 van de Wet Nationale ombudsman.^[25] Zijn taken zijn neergelegd in hoofdstuk II van de Wet Nationale ombudsman.^[26]

Naar aanleiding van het initiatiefwetsvoorstel “Huis voor klokkenluiders” rees de vraag in hoeverre de bevoegdheid van de Nationale ombudsman grondwettelijk beperkt dient te blijven tot het publieke domein. In dat initiatiefvoorstel werd voorgesteld om een klokkenluidershuis op te richten. Dit instituut kan maatschappelijke misstanden in de publieke en de private sector onderzoeken en aanbevelingen doen^[27] Een onderdeel van dit voorstel was dat het huis organisatorisch zou worden ondergebracht bij de Nationale ombudsman. Hierdoor zou het huis in hoge mate onafhankelijk zijn, omdat de ombudsman een Hoog College van Staat is. De beweegredenen om het huis bij de ombudsman onder te brengen waren verder praktisch van aard.^[28]

Een aantal Eerste Kamerfracties was van oordeel dat het onderbrengen van het Huis voor klokkenluiders bij de Nationale ombudsman strijdig was met de Grondwet. Daarom zegden de initiatiefnemers toe een nieuw voorstel aanhangig te maken, waarbij het Huis voor de klokkenluiders niet zou worden ondergebracht bij de ombudsman, maar de vorm krijgt van een zelfstandig bestuursorgaan.^[29] Doorslaggevend bij dit bevoegdheidsvraagstuk is de totstandkoming van artikel 78a. Bij het grondwettelijk verankeren van de taken van de Nationale ombudsman vroeg de CDA Tweede Kamerfractie de regering of het nodig was om in het vierde lid preciezer aan te geven dat het daar gaat om het onderzoeken van andere overheidsorganen dan die van de rijksoverheid. Van regeringszijde werd dit niet

nodig geacht “in het licht van de formulering in het eerste lid”.^[30] De reikwijdte van “andere taken” uit het vierde lid moet kennelijk worden uitgelegd aan de hand van het eerste lid. Daarin worden immers alleen bestuursorganen van het rijk en andere bij wet aangewezen bestuursorganen genoemd.^[31] Met artikel 78a lijkt derhalve niet verenigbaar dat een uitbreiding van de bevoegdheden van de Nationale ombudsman naar de private sector plaatsvindt, zoals het wetsvoorstel beoogde.

De opstellers van het wetsvoorstel “Huis voor klokkenluiders” betoogden aanvankelijk dat artikel 78a zich niet verzet tegen uitbreiding van de onderzoekstaken van de Nationale ombudsman in de private sector. Hierbij werd gewezen op de Kinderombudsman, wiens onderzoeksbevoegdheden in de private sector precedentwerking zouden hebben voor het voorstel. Er bestaan echter belangrijke verschillen tussen het Huis voor klokkenluiders en de Kinderombudsman.^[32] Hoewel de laatste inderdaad onderzoek kan doen buiten de publieke sector, is deze bevoegdheid afgebakend in de wet Nationale ombudsman tot “een orgaan van een rechtspersoon, niet zijnde een bestuursorgaan, voor zover die een bij of krachtens de wet geregelde taak ten aanzien van jeugdigen uitoefent, of anderszins een taak ten aanzien van jeugdigen uitoefent op het terrein van het onderwijs, de jeugdzorg, de kinderopvang of de gezondheidszorg”.^[33] Het gaat daar dus om bevoegdheden op door de overheid gereguleerde en gefinancierde terreinen. Het voorstel om het klokkenluidershuis onder te brengen bij de Nationale ombudsman en zo diens bevoegdheden in de particuliere sector uit te breiden is veel algemener. Mede gelet op het feit dat de verschillende overheden waar de ombudsman onderzoek naar kan doen naar hun aard een veel homogener groep vormen dan de private sector, bestaat de indruk dat de onderzoekbevoegdheden in het initiatiefvoorstel te ruim gedefinieerd zijn.^[34]

6. LITERATUUR

- A.D. Belinfante, *Beginselen van het Nederlandse Staatsrecht*, Deventer 2012
- A.F.M. Brenninkmeijer, *Democratie en de burger*, lezing uitgesproken tijdens de Staatsrechtconferentie 2012
- D.J. Elzinga en P.A. Kingma, *Preadvies BZK – Wet Huis voor de klokkenluiders*, 2013
- D.J. Elzinga en R. de Lange m.m.v. H.G. Hoogers, *Van der Pot Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer 2006
- P. Rosanvallon, *Democratic legitimacy: impartiality, reflexivity, promixity*, Princeton 2011

7. HISTORISCHE VERSIES

Geen eerdere versies.

NOTEN

1. Het commentaar uit de derde druk van het artikelsgewijs commentaar op de Grondwet is herzien en aangevuld door K.T. Meijer. In onderdelen van paragrafen 1, 3 en 4 van dit commentaar is gebruik gemaakt van delen van het commentaar op artikel 78a in de derde druk van de hand A.A.L. Beers.
2. Kamerstukken II 1996/ 97, 25 313, nr. 3, p. 1.
3. Idem.
4. Kamerstukken II 1996/ 97, 25 313, nr. 5, p. 2.
5. Kamerstukken II 1996/ 97, 25 313, nr. 3, p. 3.
6. Idem, p. 2.
7. Belinfante (2012), Beginselen van het Nederlandse Staatsrecht, p. 92.
8. Elzinga en De lange m.m.v. H.G. Hoogers, Van der Pot Handboek van het Nederlandse staatsrecht, Kluwer 2006, p. 787.
9. <https://www.amnesty.nl/encyclopedie/ombudsman-en-mensenrechten>, laatst geraadpleegd op 4 januari 2021.
10. Brenninkmeijer (2012), Democratie en de burger, lezing uitgesproken tijdens de Staatsrechtconferentie, p. 16.
11. Rosanvallon (2011), Democratic legitimacy, impartiality, reflexivity, promixity, p. 6.
12. Kamerstukken II 1996/ 97, 25 313, nr. 2.
13. Kamerstukken II 1996/ 97, 25 313, nr. 3, p. 3.
14. Kamerstukken II 1997/ 98, 25 313, nr. 7; Hand. II 1997/ 98, p. 2518.
15. Kamerstukken II 1997/ 98, 25 313, nr. 9; Hand. II 1997/ 98, p. 2518.
16. Kamerstukken II 2008/ 09, 32.021, nr. 3, p. 32.
17. <https://www.raadvanstate.nl/publicaties/regelingen/klachtenregeling/>, laatst geraadpleegd op 4 januari 2021.
18. Kamerstukken II 1996/ 97, 25 313, nr. 3, p. 3.
19. Kamerstukken II 1996/ 97, 25 313, nr. 5, p. 8.
20. Idem, p. 8
21. D.J. Elzinga en P.A. Kingma (2013), Preadvies BZK – Wet Huis voor de klokkenluiders, p. 23.
22. Idem.
23. Vergaderjaar 2009–2010, Overzicht van de stemmingen van de Tweede Kamer (23 april 2010), 31 831.
24. <https://www.nationaleombudsman.nl/vraag-en-antwoord/wat-doet-de-kinderombudsman>, laatst geraadpleegd op 4 januari 2021.
25. Belinfante (2012), Beginselen van het Nederlandse Staatsrecht, p. 94.
26. Wet Nationale ombudsman.
27. Kamerstukken II 2011/ 12, 33 258, nr., p. 1. Kamerstukkken II 2013/ 14, 33 258, p. 1.

28. Kamerstukken II 2012/ 13, 33 258, nr. 9, p. 3.
29. Kamerstukken II 2013/ 14, 33 258, nr. T01945.
30. Kamerstukken II 1996/ 97, 25 313, nr 5. Het Kamerlid Scheltema–de Nie sprak bij de grondwettelijke verankering van het instituut over lid vier “dat zijn dan taken aanvullend op de centrale klachtenbehandelende taak ten aanzien van bestuursorganen.” Vergaderjaar 1997/ 98, nr. 31.
31. Ook het Kamerlid Rehwinkel onderstreepte dat de eventuele extra taken zich in de publieke sector zouden moeten bevinden. Vergaderjaar 1996/ 97, Kamerstuk 25 313 nr. 5.
32. Advies Raad van State, p.7, Kamerstukken II 2012/ 2013, 33 258, nr. 5.
33. Artikel 11c, eerste lid, onderdeel b, van de Wet Nationale ombudsman.
34. Tot de private sector behoren immers kerken, politieke partijen en multinationals. Dit zijn naar aard, doelstellingen en werkwijzen zeer verschillende soorten organisaties. D.J. Elzinga en P.A. Kingma (2013), Preadvies BZK – Wet Huis voorde klokkenluiders, p. 25

CITEER SUGGESTIE

A.A.L. Beers & K.T. Meijer, Commentaar op artikel 78a van de Grondwet, in: E.M.H. Hirsch Ballin en G. Leenknecht (red.), Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet, webeditie 2021 (www.Nederlandrechtsstaat.nl).