



Universiteit
Leiden
The Netherlands

The Administrative State en de noodzaak van constitutioneel onderhoud

Passchier, R.; Voermans, W.J.M.; Verboeket, L.W.; Brink, J.E. van den; Drahmann, A.; Jacobs, M.J.; Ortlep, R.

Citation

Passchier, R., & Voermans, W. J. M. (2021). The Administrative State en de noodzaak van constitutioneel onderhoud. In L. W. Verboeket, J. E. van den Brink, A. Drahmann, M. J. Jacobs, & R. Ortlep (Eds.), *Bestuursrecht in het echt: vriendenbundel voor Prof. mr. drs. Willemien den Ouden* (pp. 383-400). Deventer: Wolters Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3278497>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3278497>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

R. Passchier & W.J.M. Voermans¹

23 | The Administrative State en de noodzaak van constitutioneel onderhoud

1. Prelude: het staats- en bestuursrecht

Tom Ginsburg is een van de belangrijkste constitutionalisten ter wereld en ook een markante figuur: hij draagt altijd een Fedora jazz-hoedje, heeft een *goatie*, houdt van jazz en voetbal – bijzonder voor een Amerikaan uit Chicago. Kortom: ‘*a character*’. En hij is ook een beetje een plaaggeest. In een bijdrage aan het vuistdikke *Comparative Administrative Law* kwalificeert hij het bestuursrecht als:

“(...) *the poor relation of public law; the hard-working, unglamorous cousin laboring in the shadow of constitutional law. Constitutional law, it is generally believed, resolves the great issues of state and society, while administrative law, in its best moments, merely refines those principles for dealing with the administrative state.*”²

Kennelijk moeten we Tom eens voor wat langere tijd naar Nederland halen (hij was hier al wel een paar keer kort), want deze uitspraak gaat wellicht op voor de Verenigde Staten, maar niet in Nederland. Hier te lande is het de afgelopen dertig jaar vanwege de Awb juist het bestuursrecht dat voor veel vraagstukken de maat slaat voor het constitutionele recht³ – zoals dat trouwens ook het geval was in het midden van de vorige eeuw in de VS toen ze daar de Administrative Procedure Act (1946) vaststelden. En over de glamorous-kwaliteit van het bestuursrecht... Daar heeft Willemien zowat in haar eentje voor gezorgd.

Toch heeft Tom Ginsburg natuurlijk wel een punt: het constitutionele recht en het bestuursrecht zijn sterk op elkaar betrokken. Beide rechtsgebieden kennen de relatie overheid en burger als centrale as, gaan over waarborgen, nette procedures en rechtsbescherming, bescherming van minderheden, over beginselen, waarden en rechtssysteeminstelling die verband houden met het concept

¹ Reijer Passchier is universitair docent Staatsrecht aan de Open Universiteit en de Universiteit Leiden. Wim Voermans is hoogleraar Staats- en Bestuursrecht aan de Universiteit Leiden.

² T. Ginsburg, ‘Written constitutions and the administrative state: on the constitutional of administrative law’, in: S. Rose-Ackerman, P. L. Lindseth & B. Emerson, *Comparative Administrative Law*, tweede druk, Cheltenham: Edward Elgar 2019, p. 60-70, quote van pagina 60.

³ Zie daarover ook H.R.B.M Kummeling (red.), *Het bestuursrecht als agenda voor het staatsrecht*, Staatsrechtconferentie 25, 1998, Publikaties van de Staatsrechtkring. Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

van de democratische rechtsstaat. Staats- en bestuursrecht zijn een Siamese tweeling, twee zijden van eenzelfde medaille, yin en yang en daarom bestuderen we dat in Leiden al jaren op de enige manier die eigenlijk mogelijk is: samen en in samenhang.

Dat heeft vooral ook zin omdat het staats- en bestuursrecht onderhevig zijn aan een enorme dynamiek in ons soort samenlevingen. De relatie tussen overheid en burger is de afgelopen jaren sterk veranderd. De balans tussen politiek en bestuur is in veel democratieën heel anders komen te liggen: het bestuur, de uitvoerende macht is veel sterker geworden – heeft ook grotendeels de wetgevende macht overgenomen, en allerlei recht dat die verhouding tussen wetgever en bestuur probeerde te bewaren en te garanderen is op terreinen achterhaald. Dat is het gevolg van:

“Een geleidelijk, haast onzichtbaar, maar gestaag proces waarbij het centrum van politieke zwaartekracht in onze democratische samenlevingen haast onwaarneembaar is verschoven:

(...) tot voor kort was dat gelegen in de relatie tussen vertegenwoordigers en vertegenwoordigden; tegenwoordig is het veeleer de relatie tussen bestuurders en bestuurden die ertoe doet.”⁴

Zoals Rosanvallon daarover schrijft in zijn laatste boek *Goed bestuur* (2018). Dat proces leidt tot ‘presidentialisering’ van de democratie,⁵ en een ‘*democracy of authorization*’⁶ of, Nederlandse, gouvernementalisering⁷ of ‘verbestuurlijking’ van de democratie (we hebben er eigenlijk geen mooi woord voor). In ieder geval een situatie waarbij het bestuur – de autoriteiten die geen deel uitmaken van formele volksvertegenwoordigingen en ook geen recht spreken – al maar machtiger wordt en ook aan de greep van volksvertegenwoordigingen begint te ontsnappen. De overgang naar de *administrative state* – een passage met grote gevolgen.

2. *The Administrative State* – en de opzet van deze bijdrage

Inderdaad: gedurende de twintigste eeuw is in westerse democratieën de overheid, of ‘de Staat’, fundamenteel van karakter veranderd, zoals ook de Londense hoogleraren Carol Harlow en Richard Rawlings in hun boek *Law*

⁴ P. Rosanvallon, *The Good Government: Democracy Beyond Elections*, Cambridge Ma./London: Harvard University Press 2018, p. 1-2.

⁵ Rosanvallon 2018, p. 2-5.

⁶ Rosanvallon 2018, p. 9.

⁷ R. Koole, ‘Gouvernementalisering: De veranderende verhouding tussen regering en parlement in Nederland’, *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht*, 2018, p. 317-341.

and Administration laten zien.⁸ Waar je – kortweg – zou kunnen zeggen dat het doel van de Staat in de loop van negentiende eeuw daarin bestond de vrijheid van burgers te waarborgen door de overheid te binden aan het recht en zó ook overheidsinterventie te beperken en te begrenzen, krijgen we in de loop van de twintigste eeuw te maken met een Staat die zich meer en meer toelegt op marktcorrecties en welvaartsbevordering en -spreiding. Een Staat die op allerlei manieren intervenueert in het belang van het collectief van de samenleving – de welvaartstaat of ‘*the Administrative State*’ waarin de overheid een sociale opdracht en rol heeft.⁹

Dat heeft grote betekenis voor de manier waarop de overheid te werk gaat, bestuurt, maar ook voor de inrichting en hantering van het bestuursrecht. Zo’n *Administrative State* – zeg maar bestuursstaat – staat heel anders in de samenleving, waardoor vraagstukken van rechtsbinding, rechtsvorming en rechtsbescherming in een ander daglicht komen te staan. Het bestuur in zo’n bestuursstaat is veel machtiger, grijpt veel dieper in in de levens van mensen, bedrijven en organisaties. Dat heeft drieërlei gevolgen. Ten eerste gebruikt het bestuur het recht steeds meer als instrument om mee te sturen, in plaats van toch vooral door dat recht beperkt te worden. Het bestuur eigent zich als het ware het recht steeds meer toe en neemt een groot aandeel bij de rechtsvorming. Ten tweede overvleugelt het bestuur de andere staatsmachten wetgever en rechter, de controles en evenwichten van de trias politica uit balans raken. En, ten derde, door een geheel andere wijze van werken en organisatie (verzelfstandigd bestuur, op afstand gezet bestuur, automatisering van beslissingen) ontvlucht het bestuur meer en meer de democratische rechtsstatelijke basisregels bedoeld om het bestuur verantwoordelijk te kunnen houden en rechtsbescherming tegen zijn handelen mogelijk te maken. Daardoor ontstaat op termijn een legitimatietekort.

In deze bijdrage bekijken wij welke gevolgen de ontwikkeling van de bestuursstaat heeft voor het Nederlandse staats- en bestuursrecht. Allereerst proberen wij te laten zien wat voor dynamiek de ontwikkeling van de bestuursstaat met zich meebrengt, hoe wij die dynamiek onder controle zouden kunnen krijgen en hoe wij haar (weer of beter) in lijn met de uitgangspunten van de democratische rechtsstaat zouden kunnen brengen. Daarbij kijken we vooral naar Rosanvallon’s recente voorstellen op dat terrein. De vraag die Rosanvallon ons

⁸ Dit gedeelte van onze bijdrage is grotendeels geïnspireerd op (en gedeeltelijk overgenomen uit): W. Voermans, ‘Besturen met regels, volgens de regels’, in: Voermans W.J.M., Schutgens R.J.B., Meuwese A.C.M. (red.) *Algemene regels in het bestuursrecht* [preadviezen VAR 2017]. VAR-reeks/Vereniging voor Administratief Recht nr. 158. Den Haag: Boom Juridisch, p. 7-94.

⁹ C. Harlow & R. Rawlings, *Law and Administration*, 3de druk, Cambridge University Press 2009, p. 33-34.

uitdaagt te stellen is: hoe zouden correcties ten aanzien van het oppermachtige, ontketende bestuur, er in de Nederlandse context uit kunnen zien? Die vraag is echter te breed voor deze bijdrage. Wij focussen hier daarom met name op de wetgevingsfunctie van het bestuur. Het is in een democratische rechtsstaat cruciaal dat wetgeving en daarop gebaseerde regelgeving uiteindelijk berusten op de instemming van voldoende burgers, al dan niet verkregen via hun volksvertegenwoordiging.¹⁰ Maar hoe kun je dat in een bestuursstaat garanderen? Hoe kan je er in een situatie waarin het bestuur hoofdzakelijk zelf de regels maakt waaraan het wordt gebonden en waar volksvertegenwoordiging en rechter nauwelijks bij machte zijn tegenwicht te bieden, er toch voor blijven zorgen dat de kern van de democratische rechtsstaat (collectieve autonomie) blijft beschermd?

In deze bijdrage zullen wij laten zien dat, ondanks het pessimisme dat in veel literatuur over *the Administrative State* (of bestuursstaat) doorklinkt (althans daar waar het gaat over het lot van de democratische rechtsstaat), het wellicht toch goed mogelijk is om binnen het huidige systeem het bestuursrecht bestuurswetgeving van voldoende democratische legitimiteit te voorzien. Zo zou de wetgever in de moderne bestuursstaat aan relevantie kunnen winnen als hij beter, vaker en doorlopend zou *samenwerken* met het bestuur. Concreet denken wij aan de invoering van ‘wendbaar wetgeven’¹¹ (een model dat oorspronkelijk ontwikkeld werd om de vertaling van wetgeving naar ICT te ondersteunen, maar dat volgens ons een veel bredere relevantie heeft dan zijn bedenker Mariëtte Lokin heeft voorzien). In dit model moet de wetgever bij het ontwikkelen van het bestuursrecht af van de ambtelijke ‘lijn’ en het denken in fases en toe naar een *agile* manier van werken, waarin multidisciplinaire en iteratieve werkwijzen centraal staan.

3. Betekenis van verbestuurlijking voor het bestuursrecht

Harlow & Rawlings laten zien hoe in moderne staten het bestuur zich steeds meer meester maakt van de rechtsregels en welke betekenis dat heeft voor de bestuursfunctie en het bestuursrecht. Waar volgens de klassieke ‘*red light theory*’ het Engelse bestuursrecht anderhalve eeuw geleden nog primair werd beschouwd als een instrument om machtsuitoefening door de overheid te beperken en zodoende individuele vrijheid te beschermen (met een centrale rol voor de rechter) heeft die benadering tussen de twee wereldoorlogen stilaan plaats gemaakt voor een ‘*green light theory*’; daarin is het bestuursrecht veeleer een in-

¹⁰ M.C. Burkens e.a. *Beginselen van de democratische rechtsstaat: Inleiding in de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2017, p. 17.

¹¹ M.H.A.F. Lokin, *Wendbaar Wetgeven: De wetgever als systeembeheerder*, Den Haag: Boom Juridisch 2018.

strument geworden voor marktcorrectie en welvaartspreiding.¹² Die nieuwe benadering was lastig om te vangen onder de oude schema's van rechtsvorming en rechtsbescherming – zoals het voor juristen lastig was zich er toe te verhouden:

“Because they look in at administration from the outside, lawyers traditionally emphasise external control through adjudication. To the lawyer the law is the policeman; it operates as an external control, often retrospectively. But a main concern of many greenlight writers was (...) to minimise the influence of the courts: courts with their legalistic values, were seen as obstacles to progress, and the control that they exercise as unrepresentative and undemocratic.”¹³

In een bestuursstaat (die vroeger wel welvaarsstaat, of verzorgingsstaat werd genoemd) wordt er van het bestuur steeds meer verwacht, waardoor het bestuur steeds meer optreedt en intervenieert en daardoor steeds machtiger wordt. Een zichzelf versterkend principe. Giandomenico Majone heeft laten zien hoeveel welvaartstaten na de Tweede Wereldoorlog zijn geëvolueerd tot ‘*Regulatory States*’ waarin het bestuur, werkend op basis van een steeds breder wordend mandaat gegeven door de democratisch gelegitimeerde wetgever zelf via eigen rechtsvorming – vaak ook via wettelijk verbindende regels – intervenieert in markten en samenlevingen.¹⁴ Vanuit een oogpunt van efficiency en effectiviteit van de vele nodige interventies is dat een goede zaak. Maar er is ook een andere kant. Door hele ruime delegaties van wetgever naar het bestuur – gegeven om het bestuur in staat te stellen slagvaardig op te treden – ontstaat dan een situatie waarin de democratische legitimatie van de regels waarmee wordt gestuurd laag is – het bestuur is meestal niet rechtstreeks door de burgers gekozen – en ook ontstaat een situatie waarbij het bestuur regels uitvoert die het zelf heeft gemaakt. Het bestuur moet zichzelf bij het maken van die regels controleren, want een volksvertegenwoordiging (de formele controleur) is daartoe in moderne verhoudingen nauwelijks bij machte (waarover later). De principaal-agenttheorie (*agency theory*) geeft daarvoor een verklaring. In relaties tussen principalen (opdrachtgever) en agenten (opdrachtnemer) – te vergelijken met de delegerende wetgever en het regelende bestuur als delegataris – zal het vrijwel steeds gebeuren dat de opdrachtnemer niet alleen de belangen van de opdrachtgever nastreeft bij het uitvoeren van taken voor die opdrachtgever. De opdrachtgever op zijn beurt is niet volledig in staat om dit te controleren, doordat deze de taak niet zelf uitvoert en daarmee bepaalde informatie niet heeft. Er is sprake

¹² Harlow & Rawlings 2009, p. 31 e.v.

¹³ Harlow & Rawlings 2009, p. 37.

¹⁴ Zie G. Majone, ‘The Rise of the Regulatory State’, *Western European Politics*, (17) 1994, p. 77-101 en K. Yueng, ‘The Regulatory State’, chapter 4, in: R. Baldwin, M. Cave & M. Lodge (eds.), *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 64-83.

van *informatieasymmetrie* en die pakt eigenlijk altijd uit in het voordeel van de agent. Door de informatie- en kennisvoorsprong van de agent krijgt deze ruimte om buiten of zelfs tegen het belang van de principaal het eigen belang te dienen. De agent is meestal de specialist en heeft door zijn positie 'dichter bij het vuur' ook een kennisvoorsprong. De agent is weliswaar gehoorzaamheid verschuldigd aan de principaal, maar de principaal kan dit niet afdoende controleren.

In wat we de '*Administrative State*' of de 'bestuursstaat' noemden, wordt het bestuur steeds meer bij de rechtsvorming via regelgeving betrokken: het eigent zich de regelgevende functie alsmaar meer toe. Democratisch gelegitimeerde wetgevers, zoals de regering en Staten-Generaal, provinciale staten of gemeenteraden, om er enkele te noemen, missen het apparaat, de kennis en de tijd om alle regels waarmee onze modificerende wetgever de samenleving en de markt stuurt, zelf vast te stellen. Via hele ruime delegaties worden gedelegeerde regelgevers zoals de regering, ministers, colleges van gedeputeerde staten en burgemeester en wethouders ingeschakeld om de nodige detaillering in de regelingen aan te leggen. Het inschakelen van bestuursorganen bij het maken van wetgeving heeft natuurlijk een paar bezwaren: ten eerste zijn bestuursorganen meestal niet democratisch verkozen waardoor zij een in onze tijd belangrijke bron van legitimatie – democratische legitimatie – niet, of relatief moeilijk, kunnen aanboren. Een tweede bezwaar tegen het inschakelen van bestuursorganen bij het maken van wetgeving is dat, als bestuursorganen wetgeving maken, zij zich bezighouden met regels die zij zelf moet uitvoeren, hetgeen de klassieke trias politica doorkruist. Daar valt dan weer tegen in te brengen dat wat het bestuur in opdracht van de wel democratisch gelegitimeerde wetgever doet eigenlijk niet meer is dan het inkleuren van de vakjes die met de delegatie-opdracht zijn gegeven, en dat, indien en voor zover het bestuur zich niet aan de delegatie-opdracht houdt, de volksvertegenwoordiging daarop kan controleren en – waar nodig de delegatiegrondslag weer in kan trekken. Als het inderdaad zo zou lopen, worden hiermee de bezwaren die met bestuurswetgeving verbonden zijn, ondervangen.

Maar het is maar de vraag of een volksvertegenwoordiging goed zicht heeft en greep kan houden op gedelegeerde wetgeving die door het bestuur wordt vastgesteld. Op het niveau van de centrale overheid werd in 2016 net iets minder dan 30% van de wetgeving met medewerking van het parlement vastgesteld en iets meer dan 70% door bestuursorganen.¹⁵

Op de een of andere manier hebben onze democratische rechtsstatelijke concepten en beginselen geen goed antwoord op de vraag welke eisen moeten worden gesteld aan dat zo alomvattende bestuur in de moderne bestuursstaat – en

¹⁵Voermans 2017.

vooral niet hoe het zich zou dienen te verhouden tot de andere staatsmachten.¹⁶ Misschien is dat, zoals Dworkin zich plagerig afvraagt, omdat “*constitutional law (is) built on a mistake*”.¹⁷ Heeft de rechter wel het vermogen om politieke instituties die de constitutioneel getrokken grenslijn tussen wetgever en bestuur overschrijden terug te fluiten? Moet die rechter wel dat vermogen hebben?

Vermeule gaat nog een stap verder door te stellen:

“In classical constitutional theory, laws fills the centre of the frame. In the Administrative State, however, law becomes a marginal phenomenon. (...) (Rather) the triumph of the Administrative State paradoxically occurred as a voluntary abnegation of authority of law, on terms dictated by the law itself, based on considerations internal to the law.”¹⁸

Een dystopisch perspectief, maar misschien is er toch licht aan het einde van deze tunnel. We moeten misschien onze basisbeginselen en regels opnieuw doordenken, zoals ook Pierre Rosanvallon aanbeveelt. Hij schrijft:

“In het tijdperk waarin de uitvoerende macht dominant is, ligt de sleutel van de democratie in de voorwaarden waaronder de macht door de samenleving wordt gecontroleerd”¹⁹

Het bestuur zal zich rechtstreeks moeten verhouden tot de bestuurden in de nieuwe situatie, want via periodieke verkiezingen en langs lijnen van klassieke

¹⁶ Het Amerikaans Hooggerechtshof worstelde ook met die vraag in de fameuze Chevron-zaak. Het ging er daar om welke waarde de rechter moet toekennen aan regels die federale agentschappen – in wezen onderdelen van het presidentiële ambt – stellen, met name interpretaties die ze geven aan federale wetten en regels (wij zouden kunnen zeggen ‘wetsinterpreterende beleidsregels’ al is het niet helemaal hetzelfde). De zaak wordt beschouwd als een land-mark-case over machtscheiding, omdat het Hooggerechtshof zich in vrij principiële bewoordingen uitlaat over de vraag hoever de uitvoerende macht onder de Amerikaanse grondwet gaat en wat dat heeft te betekenen voor het werken van moderne *federal agencies*. Uitkomst van de zaak was dat het hof vindt dat de rechter dergelijke interpreterende regels van die agentschappen niet volledig, maar alleen maar marginaal kan toetsen (*courts have to ‘defer’*). Slechts als ze kennelijk onredelijk zijn, kan een rechter ze vernietigen. *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984). Al is ons Avanti-arrest (HR 11 oktober 1985, AB 1986, 84 m.nt. Van der Burg) in veel opzichten anders dan dat van Chevron, toch is ze daarmee wel enigszins te vergelijken.

¹⁷ R. Dworkin, *Law’s Empire*, Hart Publishing 1986 (herdruk 2004), p. 355.

¹⁸ A. Vermeule, *Law’s Abnegation; From Law’s Empire to the Administrative State*, Harvard: Harvard University Press 2016, p. 209.

¹⁹ Citaten genomen uit P. Rosanvallon, *De democratie denken: Werk in uitvoering*, Nijmegen: Van Tilt, 2019, p. 132.

politieke verantwoordelijkheid is niet vanzelf meer democratische legitimatie voor bestuursoptreden, vooral in de vorm van bestuurswetgeving te verwachten.²⁰ Het is daarom volgens Rosanvallon noodzakelijk om onze gedeeltelijk disfunctionerende *machtigingsdemocratie* – waarbij kiezers in wezen niet veel meer doen dan periodiek een vergunning afgeven om te besturen – uit te breiden met een zogenaamde *voortdurings- of bestendige democratie* (*permanent democracy*) waarin bestuurders zich niet alleen bij gelegenheid van verkiezingen verstaan met kiezers, maar juist voortdurend en permanent een democratische zinvolle relatie onderhouden met de bestuurden, door hun burgers betekenisvol te betrekken bij het beleid.²¹ Een democratie waarin de burgers weer aan tafel komen bij het overwegen van belangrijke beslissingen en waarbij die zich wederom meester maakt van politieke besluitvorming door zich in die bestuursdemocratie een plek toe te eigenen.²² In die bestendige democratie van Rosanvallon, waarin de burgers zich weer een actieve plaats toe-eigenen bij politieke besluitvorming, gelden nieuwe verwachtingen en regels tussen bestuurders en bestuurden. De drie basiskennmerken van die bestendige democratie zijn *kenbaarheid* (*legibility*), in de vorm van openheid, openbaarheid van bestuur, transparantie, uitleg, inlichtingen aan parlementen, voorlichting voor burgers, etcetera, *verantwoordelijkheid* (*responsibility*), in de vorm van politieke verantwoordelijkheid, toezicht, de ‘wil’ om je te laten controleren verantwoording af te leggen, en dergelijke, en *reactiviteit* (*responsiveness*), dat is kortgezegd de wil en het vermogen om je burgers mee te nemen in besluitvorming, ze op het goede moment te betrekken, naar ze te luisteren, hun geluid mee te nemen.²³ In zo’n democratie, zo voorspelt Rosanvallon, kan een werkzame vertrouwensband worden opgebouwd tussen bestuurders en bestuurden, waardoor een *vertrouwensdemocratie* kan opbloeien.²⁴

Die barsten zijn niet eenvoudig te lijmen met kleinere correcties van andere staatsmachten, zoals de volksvertegenwoordiging (optredend als de belangrijkste vertegenwoordiger van de staatsmacht-wetgever). De manier waarop het bestuur zich met rechtsvorming inlaat en de greep die het heeft op beleidsvorming

²⁰ Waar namelijk: ‘verkiezingen onder bepaalde voorwaarden opgevat kunnen worden als een manier om de relatie tussen vertegenwoordigers en vertegenwoordigden nauwkeurig te kunnen bepalen, geldt dat niet voor de relatie tussen bestuurden en bestuurders.’ Rosanvallon 2019, p. 132.

²¹ Rosanvallon 2019, p. 133.

²² Rosanvallon 2019, p. 133-134.

²³ Rosanvallon 2018, p. 10.

²⁴ Rosanvallon 2018, p. 10-11.

onttrekken zich aan effectieve controle door de volksvertegenwoordiging; die is daar nauwelijks nog toe in staat.²⁵

4. Rosanvallon's remedies losgelaten op bestuurswetgeving

Hoe zoiets er uit zou kunnen zien als we Rosanvallon's ideeën loslaten op bestuurswetgeving, bij uitstek het verschijnsel waarin we de almachtige bestuursstaat gereflecteerd zien. Grotere kenbaarheid, meer verantwoordelijkheid en reactiviteit. Glazen zijn halfvol of halfleeg, maar je kunt goed volhouden dat er in Nederland wordt gewerkt aan het binnenbrengen van de permanente democratie waar het gaat om bestuurswetgeving. Publieksparticipatie bij de voorbereiding van regelgeving is een middel waarmee kenbaarheid en reactiviteit van bestuurshandelen wordt vergroot en de burger weer een plaats aan tafel krijgt bij het overleg over de regels.²⁶ In Nederland zet de regering de laatste jaren sterk in op het vergroten van participatie en consultatie in het voorbereidingsproces van regelgeving.²⁷ Gedeeltelijk is dat oude wijn in nieuwe zakken. In Nederland kenden we tot aan het einde van de twintigste eeuw een grote variëteit van semipublieke overleg- en adviesorganen waarin vertegenwoordigers van allerlei belangen- en maatschappelijke organisaties elkaar en van de overheid troffen om daarin mee te denken over in voorbereiding zijnde wetgeving en beleid. Veel van die adviesorganen en overlegstructuren zijn inmiddels afgeschaft, maar dat heeft de behoefte aan participatie en consultatie niet weggenomen. Integendeel.

Op de vleugels van de mogelijkheden die digitale technieken en het internet bieden en ook vanuit (een wellicht daarmee samenhangende) teleurstelling over de inclusiviteit en prestaties van de vertegenwoordigende democratie is er – net als in veel andere landen – een zoektocht op gang gekomen naar innovatieve methoden en technieken van publieke participatie bij overheidsbesluitvorming zoals regelgeving. Van publieke participatie bij het voorbereiden van regelgeving wordt onder andere verwacht dat het democratische tekorten bij regelgeving ge-

²⁵ Ook al omdat wetgever en bestuur, vanwege hun nauwe samenwerking, in feite zijn samengesmolten tot één overheidsmacht. In veel parlementaire systemen is tegenwoordig sprake van een situatie van *duas politica* in plaats van *trias politica*. Van correcties over en weer (*checks and balances*) tussen wetgever en bestuur moeten we ons daarom niet meer al te veel voorstellen. Zie Koopmans 2003, p. 247.

²⁶ Zie o.a. het OESO-rapport 2003 en R. Shipley & S. Utz, 'Making it count: A review of the value and techniques for public consultation', *Journal of Planning Literature* 2003, 27(1), p. 22-42, die wel heel positief zijn over de mogelijkheden – bestaande tekortkomingen in 'public participation' wijten zij vooral aan nog gebrekkig gebruik en inzet van technieken.

²⁷ H. Pünder, 'Democratic Legitimation of Delegated Legislation – A Comparative View on The American, British and German Law', *International and Comparative Law Quarterly* 2009 (58), pp. 353-378, waarvan, p. 377-378.

deeltelijk op kan lossen en dat het “*encourage(s) civic voluntarism*”, met andere woorden een groter draagvlak creëert door die betrokkenheid.²⁸

Participatie²⁹ van belanghebbenden bij regelgeving begint bij *meeweten*. In dat licht is er de afgelopen jaren in Nederland veel werk gemaakt van het verbeteren van de transparantie van het wetgevingsproces. Er zijn wetgevingskalenders die het mogelijk maken een wetsvoorstel te volgen, allerlei documenten worden gepubliceerd waaronder wetsvoorstellen. De regels over de actieve openbaarmakingsplicht van de overheid die worden vermeld in de op de rol staande Wet open overheid (nu bij de Eerste Kamer) draagt overheden op informatie uit documenten berustende bij de overheid voor eenieder openbaar te maken. Die informatie betreft in ieder geval informatie over het beleid, de voorbereiding, naleving, handhaving en evaluatie. Dat betekent dat niet alleen wetsvoorstellen zelf, maar ook andere voorstellen en de daarop betrekking hebbende documenten gepubliceerd zullen moeten worden en dat overheidsinstanties daar een elektronisch toegankelijk register van zullen moeten bijhouden.³⁰ Al bestaat de plicht tot het actief openbaar maken van overheidsdocumenten al lang onder de werking van de Wet openbaarheid van bestuur, toch lijkt het in de praktijk nogal te schorten aan de actieve openbaarmaking, mede omdat actieve openbaarmaking een niet bij de rechter afdwingbare verplichting is van overheidsinstanties.³¹ Dat zou onder de nieuwe Wet open overheid mogelijk anders worden, als tenminste de aangescherpte regels die nu bij de Eerste Kamer liggen tot wet worden verheven. En dat valt nog te bezien. Net als bij de mogelijkheid van bestuursrechtelijk beroep tegen regels is er kennelijk overeenstemming over het principe, maar dreigen

²⁸ Harlow & Rawlings 2010, p. 175 – het citaat dat hier wordt weergegeven, komt uit een rapport van de Public Administration Select Committee (PASC) van het Britse Lagerhuis, *Public Participation: Issues and Innovations*, HC 373, 2000/1.

²⁹ Koen van Aeken brengt onderscheid aan tussen *consultatie* in publieke besluitvorming zoals voorbereide regelgeving en *participatie*. Participatie begint daar waar deelnemers min of meer *zelf* actief een rol gaan spelen in de besluitvorming en hun inbreng niet een min of meer afgeleide is van een andere speler (de grens blijft natuurlijk altijd een enigszins grijs gebied). Van Aeken onderscheidt tien methoden van consultatie en vijf van daadwerkelijke participatie. De indeling is min of meer geïnspireerd op de ‘participation ladder’ en de fameuze ‘Eight rungs on the ladder of citizen participation’ van S.R. Arnstein, ‘A Ladder of Citizen Participation’, *Journal of the American Planning Association*, Vol. 35, No. 4, July 1969, p. 216-224. Zie K. van Aeken, ‘Does participatory governance travel well? Local interpretations in countries neighboring the EU’, *Sociology and Anthropology* 2015.

³⁰ Voorstel van de leden Voortman en Van Weyenberg houdende regels over de toegankelijkheid van informatie van publiek belang (Wet open overheid), *Kamerstukken* 33328. (Nu *Kamerstukken I* 2015/16, 33328, A, gewijzigd voorstel van wet.)

³¹ Zie o.a. ABRvS 19 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY6659.

deze nieuwe regels vast te lopen in het ‘kan niet’ van de bestuursorganen die het moeten gaan uitvoeren.³²

Meeweten is voorwaarde voor meedenken en juist dat meedenken is wezenlijk voor het draagvlak van regels.³³ Om burgers en belanghebbende partijen werkelijk te betrekken bij regels is een open, responsieve houding van de overheid nodig.³⁴ Die laatste moet de daadwerkelijke mogelijkheid tot het meedenken van burgers en belanghebbenden scheppen door op tijd, en met voldoende informatie, dezen te benaderen en met de inbreng of zienswijzen van burgers ook werkelijk rekening te houden door erop te reageren of er iets mee te doen. Vooral dat laatste maakt een bestuurlijk kwetsbare opstelling nodig; burgers en belanghebbenden mee laten denken heeft alleen zin als er nog iets aan passen valt. Publieke participatie organiseren bij wijze van uitleg over beleid of een voorstel waartoe in wezen al is besloten, heeft weinig zin; het zal eerder bijdragen aan afname van draagvlak dan aan de toename ervan. Dit klinkt mooi in theorie, maar het ontplooiën van een open en kwetsbare houding op een moment dat nog alles open ligt, is in de (politieke) praktijk, zeker in coalitie- en polderland als Nederland, erg lastig. Dat verklaart wellicht dat Nederland zeker geen koploper is als het gaat om de transparantie van onze processen van voorbereiding van wet- en regelgeving.³⁵ Desalniettemin behoort brede consultatie tot de goede gebruiken van de voorbereiding van wetgeving in Nederland. Als aanvulling op die consultatiepraktijk is tegenwoordig ook de internetconsultatie vast onderdeel van het voorbereidingsproces van wetgeving geworden. Sinds 2011 moeten de meeste wetsontwerpen via internetconsultatie worden voorgelegd aan burgers, bedrijven en instellingen;³⁶ dat besloot het kabinet na een succesvolle proef die vanaf 2009 liep.³⁷ Ook over ontwerpen voor algemene maatregelen van bestuur en ministeriële regelingen kan elektronisch worden geconsulteerd en dat gebeurde ook regelmatig ten tijde van de eerste experimenten tussen 2009 en

³² Zie M. Delaere, ‘Wet open overheid de nek omgedraaid’, *Binnenlands Bestuur*, 7 januari 2017, www.binnenlandsbestuur.nl/digitaal/nieuws/wet-open-overheid-nek-omgedraaid.9555675.lynx (laatst geraadpleegd 1 december 2020).

³³ Zie daarover E.A. Lind & C. Arndt, *Perceived Fairness and Regulatory Policy; A Behavioral Science Perspective on Government-Citizen Interactions*, OECD Regulatory Policy Working Papers, no. 6, Parijs: OESO 2016.

³⁴ Zie Lind & Arndt 2016.

³⁵ Zie W.J.M. Voermans, H.M.Th.D. ten Napel & R. Passchier, ‘Combining Efficiency and Transparency in Legislative Processes’, *The Theory and Practice of Legislation* 3 (3) 2015, p. 279-294.

³⁶ Zie www.internetconsultatie.nl (laatst geraadpleegd op 1 december 2020).

³⁷ Zie Kabinetsstandpunt internetconsultatie wetgeving van 17 juni 2011, *Kamerstukken II* 2010/11, 29279, nr. 121.

2011. In dat tijdvak werden 105 voorstellen voor consultatie aangeboden,³⁸ die gemiddeld tot zo'n 48 reacties aanleiding gaven. Het instrument voorziet in een behoefte, zo concludeerde het kabinet in 2011.³⁹ Het verhoogt de transparantie van het wetgevingsproces en is vooral ook effectief in gevallen waarin rechten en plichten van burgers, bedrijven en instellingen aan de orde zijn in het voorstel.

In een situatie waarin er breed (elektronisch) wordt geconsulteerd, moet er ook kritisch worden gekeken naar de vraag of iedereen die inbreng wil hebben, wel op gelijke voet toegang heeft tot het wetgevingsproces; ingeval lobbyisten hun invloed hebben proberen aan te wenden, wordt verlangd dat daar op enigerlei manier aantekening van wordt gehouden. Ook daar worden op het ogenblik stappen gezet en zijn nieuwe normen in voorbereiding.⁴⁰

Dit alles overziende zouden we kunnen concluderen dat het met de transparantie en publieke participatie in Nederland goed is gesteld, al moeten er wel enkele kanttekeningen bij de op zich bemoedigende resultaten worden geplaatst. Zo gaat het bij elektronische consultatie om slechts een klein aantal regels (voornamelijk wetsvoorstellen en ontwerpen van algemene maatregelen van bestuur) afkomstig van de rijksoverheid. De praktijk bij decentrale overheden is een andere en lang niet alle regels die een bestuur stelt, komen in aanmerking voor elektronische consultatie (denk aan beleidsregels, instructies, meet- en rekenmethoden, algoritmen, etc.), althans worden daar nu toch geen voorwerp van gemaakt. Wat algemene regels die een bestuur vaststelt betreft, gaat het om een topje van de ijsberg. Ook de bekendheid met en tevredenheid over het instrument elektronische consultatie beperkt zich vooralsnog tot een kleine groep.⁴¹ En ook de wijze waarop wordt omgegaan met de resultaten van de consultatie is een kwetsbaar element.⁴² Op welke wijze zijn publieke participatie en consultatie in te passen in het proces van vaststellen van regels? Wat is de rol van deelnemers en geconsulteerden?

5. Wendbaar wetgeven

In de bestuursstaat zijn betekenisvolle participatie en consultatie dus belangrijk. Maar zelfs als zij goed functioneren zijn zij nog geen surrogaten voor werkelijk meebeslissen. Het blijft in dat licht dus problematisch dat het klassieke model

³⁸ Bijna allemaal wetsvoorstellen en besluiten, waaronder slechts negen ministeriële regelingen.

³⁹ Zie het Kabinetsstandpunt 2011.

⁴⁰ M. Ramlal, *Naar een glazen wetgevingshuis* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

Zie ook *Kamerstukken II* 2016/17, 33009, nr. 39.

⁴¹ S.D. Broek e.a., *Doelrealisatie Internetconsultaties*, Rapport van een onderzoek in opdracht van het WODC van het Ministerie van Veiligheid en Justitie 2015.

⁴² Ibid.

van wetgeven waarbij de wetgever een wet vaststelt en het bestuur die uitvoert grotendeels is achterhaald.⁴³ Het is tegenwoordig, zoals wij hierboven reeds hebben vastgesteld, eerder het bestuur dat die regels zelf vaststelt en ook uitvoert; het parlement controleert op hoofdlijnen achteraf. Hoe kan de wetgever zijn democratische legitimeringsfunctie (weer) beter vervullen?

Eén van de andere oplossingsrichtingen om de burger weer in staat te stellen zich een plaats bij het vaststellen van toe te eigenen zou er in kunnen bestaan om de rol van de wetgever en de manier waarop hij wetten maakt te herzien. Het idee van ‘wendbaar wetgeven’ zou daarvoor, ons inziens, een belangrijke inspiratiebron kunnen zijn. Wij ontleen het idee van wendbaar wetgeven aan het gelijknamige proefschrift van Mariette Lokin.⁴⁴ In dit onderzoek staat de problematische relatie tussen wetgeving en een heel specifiek soort bestuursregelgeving centraal, namelijk de code (algoritmes) in de ICT-systemen die de overheid gebruikt bij de uitvoering van wetgeving. De vertaling van wettelijke regels naar computercode is doorgaans een ingewikkeld en moeizaam proces. Actoren in het wetgevingsproces en systeemontwerpers en –beheerders in de uitvoering verstaan elkaars taal nauwelijks. Bovendien hebben computers zeer gedetailleerde instructies nodig om te kunnen werken, terwijl wetgeving die vaak niet geeft. Wetten zijn meer dan eens het resultaat van moeilijk bereikte politieke compromis. Daarbij kan de wetgever onmogelijk in de toekomst kijken en alle consequenties van zijn voorschriften voorzien. Het resultaat is, zoals elke jurist wel weet, dat wetten bol staan van de beginselen, open normen, ambiguïteiten en zelfs tegenstrijdigheden.⁴⁵ De keuzes die daaruit bij de automatisering van de uitvoering voortvloeien moeten systeemontwerpers en –beheerders vaak op eigen houtje maken, mede omdat bewindspersonen, kamerleden of wetgevingsjuristen vrijwel nooit direct betrokken zijn bij het omzetten van wetgeving naar ICT-toepassingen of er bij het maken van wetgeving zelfs maar rekening mee houden dat zo’n omzetting moet plaatsvinden om uitvoering redelijkerwijs mogelijk te maken. Ook wanneer systeembeheerders hun moeilijke taken op integere wijze vervullen, kun je je afvragen in hoeverre nog geborgd is dat de code

⁴³ Deze paragraaf is deels overgenomen uit en geïnspireerd op R. Passchier, *Artificiële intelligentie, macht en de rechtsstaat: waarom de opkomst van geavanceerde algoritmes om constitutioneel onderhoud vraagt*, Den Haag: Boom Juridisch, 2021, te verschijnen.

⁴⁴ M.H.A.F. Lokin, *Wendbaar wetgeven: De wetgever als systeembeheerder*, Den Haag: Boom Juridisch, 2018.

⁴⁵ Soms is wetgeving zelfs ronduit onduidelijk. Zo kostte het hoogleraar economie en openbare financiën Bas Jacobs met de wet in de hand ‘een halve dag tijd om uit te vogelen hoe de „kwadratische” formule voor de huurtoeslag in elkaar zit.’ Laat staan dat de programmeurs van de Belastingdienst die het systeem bouwen waarmee de Wet op de huurtoeslag moet worden uitgevoerd de regels in de wet een op een kunnen overnemen. Zie voor de quote van Jacobs: <https://www.nrc.nl/nieuws/2019/11/15/hoe-uit-het-doolhof-van-de-toeslagen-te-komen-a3980522> (geraadpleegd op 1 december 2020).

in ICT-systemen van de overheid de juiste vertaling van de wet belichaamt en dus van democratische legitimatie is voorzien.

In haar boek wijdt Lokin de gebrekkige interactie tussen de wetgever en de systeemontwerpers die bestuursregels (de computercode) opstellen voor de digitale uitvoering, aan de manier waarop wetgeving wordt gemaakt en geïmplementeerd. Noem de bestaande werkwijze het ‘watervalmodel’. In dit – voor juristen zeer vertrouwde – model denken leden van de wetgevende macht of de ambtenaren die voor haar werken eerst lang en diep na over wat een bepaalde wet zou moeten doen. Vervolgens werken wetgevingsjuristen de wensen van de wetgever uit, liefst op zo’n manier dat één en ander past binnen de bestaande rechtsorde en op de zegen van de regeringscoalitie kan rekenen. Het uiteindelijke doel is de publicatie van de wet in het staatsblad. Dan geldt de wet, is de wetgever ‘klaar’ en zijn de instanties die haar moeten uitvoeren aan zet. Het watervalmodel is ‘top-down’: de wetgever stort het resultaat van een min of meer autonoom denk- en werkproces pas na voltooiing uit over de uitvoeringspraktijk die het daarmee vervolgens min of meer moet doen. Het voordeel van het watervalmodel: de wetgever blijft, althans in theorie, soeverein. Sommigen zullen daar aan toevoegen dat de functionele ‘scheiding der machten’ gehandhaafd blijft (al hebben de grondleggers van de triasgedachte en de Nederlandse constitutie nooit een ‘scheiding’ van de staatsfuncties beoogd, maar veeleer een verdeling van overheidsfuncties over verschillende ambten dat in evenwicht wordt gehouden middels systeem van *checks & balances*,⁴⁶ maar daarover later meer). Het nadeel van het watervalmodel: eventuele gebreken in de wet (zoals technisch onuitvoerbare onderdelen of te veel discretionaire ruimte) blijven lange tijd bestaan.

Een alternatief voor het klassieke watervalmodel is een werkwijze die meer ‘agile’, ofwel ‘wendbaar’, is.⁴⁷ Wendbare wetgeving heeft, zoals Lokin betoogt, twee dimensies: (1) zij is helder wat betreft structuur en betekenis, “zodat de kennis die nodig is voor digitale uitvoering zich daaruit beter laat destilleren”. En (2) zij komt tot stand in een proces waar “het ontwerp van de digitale uitvoering integraal onderdeel van uitmaakt”.⁴⁸ Lokin pleit er, in andere woorden, voor om de werelden van wetgevingsjuristen en systeembeheerders dichter bij elkaar te brengen door structureel en doorlopend contact tussen hen te organiseren. De kloof tussen taal en techniek vraagt volgens Lokin om een andere werkwijze: meer iteratief (“in kleine deelprojecten met een korte looptijd”) en in multidisciplinaire teams (waarin zowel actoren uit het klassieke wetgevingsproces als

⁴⁶ Zie daarover C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel Recht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 49-50.

⁴⁷ Interessant genoeg is dat de werkwijze waar systeembeheerders over het algemeen aan gewend zijn. Zie bv C. Thompson, *Coders: Who they are, what they think and how they are changing our world*, Londen: Picador, 2019, p. 46 en 76.

⁴⁸ Lokin 2018, p. 294.

ICT-ontwikkelaars en –beheerders uit de uitvoering bij elkaar zitten). Elementen uit deze werkmethode brengt Lokin samen in wat zij noemt ‘LegOps’: een samenstelling tussen ‘legislation’ en ‘operation’, ofwel een aanpak die wetgeving en uitvoering met elkaar verbindt. “Deze aanpak beoogt wendbare wetgeving te realiseren door het wetgevingsproces te benaderen als een onderdeel van de keten van beleid, wetgeving en uitvoering”, aldus Lokin.⁴⁹ Aldus zou een meer dynamische relatie tussen wetgeving en bestuursregels tot stand kunnen worden gebracht. Lokin benadrukt interessant genoeg dat de *LegOps*-aanpak vooral ook moet worden doorgetrokken naar het parlement.⁵⁰ Dát moet de algoritmische bestuursregels in de computers van uitvoeringsorganisaties immers van democratische legitimatie voorzien.

Het werk van Lokin is geheel toegespitst op de relatie tussen de wetgever en de digitale uitvoeringspraktijk. De interactie tussen wetten en code. ‘De wetgever als systeembeheerder’, zoals Lokin het zelf verwoordt in de titel van haar boek. ‘Wendbaar wetgeven’ heeft ons inziens echter een veel bredere relevantie: deze set van ideeën en wetgevingstechnieken zou eraan kunnen bijdragen om de betekenis van de interactie tussen het maken van wetten in formele zin en *alle* soorten bestuursregels te vergroten. Denk aan de mogelijkheid van (meer) samenwerking tussen wetgevingsjuristen en beleidsambtenaren. Structureel contact tussen kamerleden en ambtenaren in departementen en uitvoeringsorganisaties. Wordt het wetgevingsproces daardoor niet veel langzamer, terwijl snelheid in het snel veranderende informatietijdperk geboden is? Een vergelijkende studie die wij met een aantal collega’s in 2012 uitvoerden laat zien dat sneller wetgeven niet ten koste hoeft te gaan van waarden als transparantie en deliberatie als de wetgever de mogelijkheden van moderne informatietechnologie effectief gebruikt in het wetgevingsproces.⁵¹ Ook om wendbaar wetgeven te faciliteren zou de wetgever moderne ICT kunnen inzetten.⁵²

Een ander bezwaar tegen wendbaar wetgeven zou kunnen zijn dat deze aanpak de soevereiniteit van de wetgever ondermijnt. Met wendbaar wetgeven zit het bestuur immers opeens bij de wetgever aan tafel. Bovendien is de wet in dit model nooit een definitief ‘commando’, maar een norm die constant ter discussie staat. Daar staat echter in de eerste plaats tegenover dat het huidige model waarmee de wetgever werkt – het watervalmodel – zijn soevereiniteit vaak al-

⁴⁹ Lokin 2018, p. 296.

⁵⁰ Zie daarover ook M. Lokin, ‘Een wendbare medewetgever’, 2020. Geraadpleegd via: <https://rechtenoverheid.nl/publication/een-wendbare-medewetgever> (geraadpleegd op 1 december 2020)

⁵¹ W.J.M. Voermans e.a., *Wetgevingsprocessen in transitie. Een vergelijkend onderzoek naar het prestatievermogen van wetgevingsprocessen in Finland, Slovenië en het Verenigd Koninkrijk als mogelijke inspiratie voor de verbetering van de efficiency van het Nederlandse wetgevingsproces*. Den Haag: WODC, Ministerie van Veiligheid en Justitie, 2012.

⁵² Lokin 2018.

leen *in formele zin* borgt. Dat wil zeggen, slechts op papier. Van de *daadwerkelijke* heerschappij van de wetgever komt in de huidige praktijk van de bestuursstaat weinig terecht. Door vast te houden aan een top-down benadering terwijl die eigenlijk niet werkt, dreigt de wetgever zich in toenemende mate irrelevant te maken. Tegelijkertijd worstelt het bestuur – dat de gebrekkige wetgeving toch naar zijn beste kunnen moet en wil uitvoeren – met een gebrek aan sturing en democratische legitimiteit.⁵³ Een wendbare opstelling van de wetgever lijkt dan een beter en vooral effectiever alternatief. Merk daarbij op dat in een wendbaar wetgevingsproces het bestuur niet alleen aan tafel komt bij de wetgever, maar de wetgever ook aan tafel bij bestuur. Daardoor zou de controle van de wetgever op de inhoud van bestuursregels juist kunnen toenemen. Bovendien hoeft wendbare wetgeving niet uit te sluiten dat de wetgever uiteindelijk – in theorie en praktijk – het laatste woord heeft over wat het bestuur mag doen en moet laten. Wendbaar hoeft immers niet te betekenen: ‘met alle winden meewaaien’.

Op de vraag of een wendbaar wetgevingsproces niet in strijd is met de zo vaak aangehaalde ‘scheiding der machten’ hebben wij een kort antwoord: zo’n beginsel kennen wij in Nederland helemaal niet. Hooguit kennen wij het uitgangspunt dat de verschillende functies van de overheid – bestuurlijke, rechtsprekende en wetgevende – moeten worden onderscheiden en zo veel mogelijk door verschillende ambten moeten worden vervuld (*trias politica*). Voorts is het in onze constitutionele orde uitdrukkelijk de bedoeling dat deze ambten elkaar controleren en met elkaar samenwerken, opdat er binnen de overheid een zekere *machtsbalans* ontstaat (*checks & balances*).⁵⁴ Zo bezien past wendbaar wetgeven *beter* in onze constitutionele traditie dan het model dat nu in zwang is en vaak als ‘klassiek’ wordt beschouwd.

6. Conclusie

In deze bijdrage keken wij naar de gevolgen van de ontwikkeling van de bestuursstaat voor het vermogen van het staats- en bestuursrecht om de democratische rechtsstaat te borgen. Wij constateerden dat dat vermogen met de opkomst van de bestuursstaat steeds kleiner is geworden. In de moderne bestuursstaat hebben het staats- en bestuursrecht de grootste moeite om rechtsstatelijke uitgangspunten als de *trias politica* en het legaliteitsbeginsel voldoende te borgen.

Vervolgens onderzochten wij – mede aan de hand van Rosanvallon – hoe wij de borging van de democratische rechtsstaat in de bestuursstaat (weer) op peil zouden kunnen brengen. In weerwil van de vaak pessimistisch gestemde literatuur, suggereerden wij dat de democratische rechtsstaat met de opkomst van de

⁵³ Zie daarover ook: ABDTOPConsult, *Werk aan uitvoering Fase 1: Probleemanalyse*, Den Haag: Algemene Bestuursdienst 2020.

⁵⁴ Burkens 2017, hoofdstuk 5.

bestuursstaat nog niet per se ten dode is opgeschreven. Natuurlijk, onze constitutionele structuren zijn oorspronkelijk niet ontworpen met het oog op het legitimeren en in toom houden van zo'n uit de kluiten gewassen overheidsbestuur, zeker niet als het bestuur zelf grotendeels de rechtsregels maakt, waaraan het is gebonden en ook de andere overheidsmachten volledig overvleugelt. Toch lijkt het ons nog steeds mogelijk om ook in de moderne bestuursstaat met al haar regelzucht op bestuurlijk niveau de democratische en rechtsstatelijke beginselen te borgen, maar dan wel na slimme en realistische staats- en bestuursrechtelijke revisies.

Een mogelijke suggestie voor zo'n revisie – de invoering van een wendbaar wetgevingsproces – vereist niet eens een herziening van de Grondwet of andere zware constitutionele ingrepen. Om wetgeving in de bestuursstaat weer relevant te maken, hoeven de betrokken actoren hun rol slechts wat anders op te vatten en elkaar wat vaker op te zoeken. Ook laat onze suggestie interessant genoeg zien dat we de democratische legitimiteit van de bestuursstaat en zijn bestuursregels al behoorlijk kunnen vergroten zonder allerlei nieuwe vormen van (directe) democratie in te voeren (wat niet wegneemt dat in elk geval Wim daar nog steeds groot voorstander van is). Met een opwaardering van bestaande instituties kunnen we in veel gevallen waarschijnlijk al veel bereiken. Dat past ook mooi in het denken van de door hun veelvuldig aangehaalde Rosanvallon: ook in de bestuursstaat zijn we niet helemaal afhankelijk van de verkiezingsdemocratie om werkelijk democratisch te zijn.

Zoals gezegd is ons voorbeeld van de invoering van een wendbaar wetgevingsproces slechts één manier om het democratische en rechtsstatelijke gehalte van de bestuursstaat op peil te brengen en constitutionele theorieën, normen en praktijken aan te passen aan veranderende omstandigheden.⁵⁵ Langs deze lijn van constitutioneel '*design*' en '*onderhoud*' zijn nog veel meer innovaties denkbaar en nodig. Vragen voor nader onderzoek genoeg.

⁵⁵ Zie voor andere voorbeelden bijvoorbeeld R. Passchier, 'Digitalisering en de (dis)balans binnen de trias politica', *Ars Aequi* 69(10), 2020.



400 |

