

Symposium 'De waarde van de wet' bij de Raad van State ter gelegenheid van het verschijnen van zijn jaarverslag op 11 april 2019

Inleiding door prof. mr. F.J. (Frank) van Ommeren, Vrije Universiteit

Dank u wel voorzitter,

Allereerst, heel veel *dank* voor de eervolle uitnodiging om hier te mogen komen spreken over het kersverse jaarverslag. Ik doe dat graag. Ik moest wel even nadenken over de *invalshoek* van deze presentatie. Het verzoek luidde om de *wetenschappelijke* invalshoek te kiezen. Nu laat ook een wetenschappelijke benadering natuurlijk nogal wat mogelijkheden open. Wetenschappers zijn in ieder geval niet van de waan van de dag, maar meer van *de lange lijnen en van de context*. En dat is dan ook wat ik hier zou willen doen: het mooie inleidende hoofdstuk van het jaarverslag in context plaatsen en wat tijdslijnen laten zien.

Verbinding

Het inleidende hoofdstuk van jaarverslag opent met de constatering dat het steeds moeilijker wordt "om wetten te maken die niet alleen sturen en verplichten, maar ook verbinden". Bovendien wordt – terecht – opgemerkt dat *vertrouwen* van burgers in hun overheid "*onontbeerlijk*" is. Ik ben het er graag mee eens: het lijkt mij, dat het jaarverslag juist in dit tijdsgewricht, daarmee een gevoelige snaar raakt.

'*Verbinden*' is een belangrijke notie die tegenwoordig veel in de mond genomen wordt. Daar is ook alles voor te zeggen, in een tijd waarin de politiek zo *versplinterd* is en de samenleving zulke sterke trekken van *pluralisme* laat zien. Sterker nog, er is tegenwoordig niet alleen sprake van versplintering en pluralisme, maar, zoals de Amerikaans-Poolse historica *Anne Appelbaum* laat zien, van *polarisatie*. Een polarisatie waarin de gevestigde instituties – die op zichzelf altijd als *neutraal* werden beschouwd – ineens *niet* meer worden *vertrouwd*. Dat geldt in het bijzonder ook voor de democratische instituties en de instellingen die traditioneel bij de overheid horen, zoals de wetgever, de rechterlijke macht en de traditionele adviesorganen, waaronder zeer zeker ook de Raad van State.

Appelbaum leidt een onderzoeksprogramma over *desinformatie en propaganda* in de 21^e eeuw. Hét grote probleem is dat informatie uit de traditionele hoek niet meer wordt vertrouwd. Ook in Nederland. Instituties die al lang bestaan, die het functioneren van de maatschappij mogelijk maken, worden

verdacht gemaakt. In Nederland gaat het gelukkig wellicht nog wat minder ver – de recente publicaties van het Sociaal Cultureel Planbureau laten een wat wisselend beeld zien – maar in de Verenigde Staten of in Polen zien we dat uitvergroot: er is *geen* echt maatschappelijk *debat* meer. De conversatie tussen verschillende bevolkingsgroepen is verdwenen, welhaast onmogelijk gemaakt. Eenieder zit in zijn *eigen 'bubbel'*. Uit allerlei onderzoek blijkt dat alléén informatie en uitingen uit de *eigen* kring nog worden vertrouwd. In zo'n wereld is het woord 'verbinding' gemakkelijk uitgesproken, maar is verbindende wetgeving een *enorme ambitie*. Het is een ambitie die niettemin buitengewoon belangrijk is. Ik zal daarom op die notie van verbinding aan het *eind van deze inleiding* nog terugkomen, maar ga nu eerst in op een andere notie van dit jaarverslag.

Wegwerprecht

Een andere notie van waaruit de algemene beschouwingen van dit jaarverslag vertrekken, is dat er *te veel* wetgeving is, althans dat er te gemakkelijk en te snel tot wetgeving wordt besloten. Overregulering en wetgeving als "wegwerprecht" liggen dan op de loer. Het is niet voor het eerst dat de Raad van State de zware kwalificatie "wegwerprecht" in de mond neemt. Er wordt uitdrukkelijk verwezen naar het eerdere jaarverslag over 2014.

Nu kennen we de term "wegwerprecht" in de juridische literatuur al wat langer. Als ik me niet vergis was het – de latere Staatsraad – Peter van Buuren, die, in 1987, de eerste was die wettelijke voorschriften in dit verband aanduidde als "wegwerprecht". Hij bezigde die term als hoogleraar bestuursrecht in een preadvies voor de Nederlandse Juristenvereniging dat over onrechtmatige wetgeving ging.

Sommigen in de zaal zullen zich dat misschien herinneren. Van één iemand hier weet ik wel heel zeker dat hij ermee vertrouwd is, en dat is Jaap Polak. Polak was namelijk de mede-preadviseur in 1987 die eveneens over onrechtmatige wetgeving preadviseerde. Die beide preadviseurs zijn, als door een speling van het lot, vele jaren later *hier* terechtgekomen. Ik vind het dus helemaal niet zo vreemd dat de Raad van State de wat beladen term "wegwerprecht" de laatste jaren zo frequent in de mond neemt.

De normatieve wetgever

Tegen deze achtergrond houdt het inleidende hoofdstuk van dit jaarverslag een warm pleidooi voor een *meer normatieve wetgever* en onderstreept het "Het belang van de normatieve kracht van wetgeving".

Mijn *studenten* zouden waarschijnlijk zeggen: wat is dat voor een raar verhaal. Wettelijke voorschriften bevatten toch *altijd* normen? Zijn er dan ook wetten die *niet* normatief zijn? Maar zo is het betoog duidelijk niet bedoeld. De zorg die uit het jaarverslag spreekt, is dat *anderen* dan de wetgever optreden als normsteller: het openbaar bestuur, de toezichthouders, belangenbehartigers, de rechter, en in algemenere zin de samenleving zelf.

Terugtrek van de wetgever

Voor het verschijnen dat de norm nauwelijks meer wordt vastgesteld door de democratisch gelegitimeerde wetgever, hebben wij sinds jaar en dag een klassieke uitdrukking: “de terugtrek van de wetgever”. Het jaarverslag gaat *ver* op dit punt. Het spreekt de zorg uit dat *de* “terugtrek van de wetgever” een “*voorbode*” zou kunnen worden van “*het afscheid* van de wetgever”.

Nu is de constatering dat veel normstelling plaatsvindt op een lager of ander niveau of door andere partijen er een *van alle tijden*:

- De uitdrukking “terugtrek van de wetgever” is gemunt in 1910; door Struycken, in zijn befaamde ‘Administratie of rechter’ (zeg ik er voor de liefhebbers even bij). Ruim honderd jaar geleden dus.
- Eind jaren '50, dus ruim zestig jaar geleden, de verzorgingsstaat was nog maar net in opkomst, werd in het Staats- en bestuursrecht, al indringend de vraag gesteld of de *welvaartsstaat* (zo heette dat toen) wel te verenigen was met de uitgangspunten van de *rechtsstaat*.
- Twee knelpunten vormden toen de boventoon. De eerste was de *overdracht* van wetgevende bevoegdheden aan de lagere regelgevers, met inbegrip van het openbaar bestuur. De tweede was de grote *beleids- en beoordelingsruimte* die steeds meer aan het openbaar bestuur werd gelaten.
- De gevleugelde uitdrukking werd toen “voortgaande terugtrek”. Het was de titel van de oratie die Van Wijk in 1959 aan de VU hield. We kennen zijn naam nog steeds van het bekende bestuursrechtelijke handboek.
- Later is het probleem wéér anders *geframed*. Het was en is een belangwekkend thema. Weggegaan is het dus nooit.

De rode draad zal duidelijk zijn: van “terugtrek” in 1910, naar “voortgaande terugtrek” in 1959, naar – en dan ben ik weer bij het *jaarverslag* – een *waarschuwing* voor een terugtrek die naar “afscheid van de wetgever” tendeert. Nu zou ik dus, een beetje *gemakkelijk*, kunnen zeggen dat het jaarverslag in dit

opzicht *niets nieuws* biedt. Maar daarmee zou ik het zeer tekort doen. Belangrijk is dat het de vinger op de zere plek legt: wij hebben een normerende wetgever nodig, omdat zo alleen een *volledige* belangenafweging kan worden gemaakt die gericht is op het *totale* algemene belang, op het totale publieke belang. Laten we die belangenafweging over aan anderen, dan is het gevaar levensgroot dat het *totaalbeeld* uit het oog wordt verloren.

Consequenties

Wat zijn de consequenties van deze positie? Wetten zijn *niet* louter een instrument voor de realisatie van *deel*belangen, maar dienen afgewogen te zijn in een breder kader en daarom in hoofdzaak inhoudelijk vastgesteld te zijn door regering en parlement tezamen. Een normatieve wetgever is dus zo gezien een wetgever die *niet* al te veel aan *andere partijen* overlaat.

Ik neem U in sneltreinvaart mee langs wat bevindingen van dit jaarverslag. Want wie die positie kiest – en dat doet dit jaarverslag –:

- staat, welhaast als vanzelf, gereserveerd tegenover *kaderwetgeving* (want die is inhoudsloos),
- heeft moeite met *delegatie* van wetgeving (want dan geef je veel te veel weg),
- heeft grote aarzelingen bij het gebruik van *open normen* in wetgeving (want die zijn te onbepaald en laten te veel aan andere partijen),
- staat uiterst kritisch tegenover wetgeving die de weerslag vormt van maatschappelijke *akkoorden* (want *anderen* dan partijen waren *niet* betrokken en de belangenafweging is te smal),
- wenst een ander toetsingskader voor het gebruik van *experimenteerwetgeving* (want het huidige heeft te weinig oog voor duurzaamheid en rechtszekerheid),
- heeft grote moeite met *wetgeving op verzoek* waarin de verzoeker de regels voorstelt (want de wetgever moet zelf de voornaamste keuzes maken),
- wil een *inhoudsvolle memorie van toelichting* (want alleen zo geeft de wet voldoende houvast),
- wenst een herwaardering van het *wetgevingsproces* (want het parlement is bij uitstek de plaats waar rekenschap wordt afgelegd),
- verlangt terughoudendheid van de *rechter* in zijn rol als wetgever-plaatsvervanger (want de rechter is beperkt tot het concrete geval).

Enz. Zo kunnen we nog wel even doorgaan! Voor dit jaarverslag geldt: *je ziet het als je het door hebt*.

Handreikingen

Het inleidende hoofdstuk van dit jaarverslag blijft niet steken in algemene beschouwingen, maar biedt ook een aantal *handreikingen* en kondigt aan dat met name de *beleidsanalytische toets* op dit punt zal worden verdiept.

De eerste handreiking gaat uit van het vertrekpunt dat het essentieel is dat de wetgever inziet dat zijn afweging *breder* moet zijn dan de *optelsom van deelbelangen* en zich echt moet richten op het *volledige algemene belang*. In het klassieke staatsrecht is dat een beetje een *open deur*. Maar in het huidige tijdsgewricht is het een *belangrijke waarschuwing*. Want dat is inderdaad het probleem van het wetgeven op basis van maatschappelijke *akkoorden*. Daaraan kleeft het risico dat slechts een bepaald *deelbelang* in ogenschouw is genomen – het deelbelang van het klimaat, de energie, het wonen of wat dan ook – en het totaalplaatje uit het oog is verloren. Het valt goed te begrijpen dat de tweede handreiking dan ook zegt dat “wetgeving nooit zomaar een volautomatisch sluitstuk kan vormen van maatschappelijke akkoorden”. Zeker, “de wetgever is geen stempelmachine”, zo luidt een veel gehoorde uitdrukking in wetgevingsland.

De normatieve benadering heeft ook andere consequenties. Het pleidooi om de *regie* terug te brengen in het *wetgevingsproces* spreekt mij zeer aan. Zonder regie krijgen we wettelijke bepalingen die niet op duur en samenhang zijn gericht. Het jaarverslag geeft zelfs *vijf ijkpunten* – in de vorm van vijf vragen – die op het hernemen van die regie en het voorkomen van eenzijdigheid zijn gericht.

Zij bevorderen de broodnodige *brede blik*, die in de praktijk zo gemakkelijk uit het oog wordt verloren. Een brede blik ver over de grenzen van het beleidsterrein van het wetsvoorstel zelf. Ik zal ze hier niet herhalen. Op het eerste gezicht liggen ze zelfs ietwat *voor de hand*. Maar, het feit dat ze zijn opgenomen, illustreert de noodzaak om wetgeving juist daarop te toetsen. Het in acht nemen van deze ijkpunten is – letterlijk – gemakkelijker gezegd dan gedaan.

Als ik weer college geef bij de *Academie voor Wetgeving*, en dat zal dit voorjaar zeker het geval zijn, zal ik ze dan ook uitdrukkelijk met de cursisten bespreken. En, terwijl ik dit zeg, besef ik dat ik me dan op *weerstand* moet voorbereiden. Weerstand, omdat de cursisten, de wetgevingsambtenaren, er nu juist bij uitstek in zijn getraind op te komen voor *bepaalde* belangen, kort gezegd, het belang waar hun bewindspersoon voor staat, of, smaller nog, het belang waar hun directie voor staat.

Ik hoor ze al roepen, “Het staat in het regeerakkoord!” Of: “Het staat in het ... akkoord!” En als ik daar dan tegenoverstel dat ze verder moeten kijken, dan kan ik me beroepen op dit jaarverslag. (U begrijpt wie er in zo'n discussie wint. Wat weegt zwaarder: het akkoord of het jaarverslag?)

Tegenwicht

Wat nu van dit alles te vinden? Eigenlijk is dit best wel een *gedurfd* jaarverslag. Het gaat in zekere zin *tegen de tijdsgeest* in. Want in een tijd waarin iedereen er de mond vol van heeft:

- dat we in een *netwerksamenleving* leven,
- dat kennis *versplinterd* is,
- dat *centrale* aansturing ondenkbaar is,
- dat de overheid de *wijsheid niet* in pacht heeft,
- dat geen enkele partij het in z'n *eentje* kan,
- dat er behoefte is aan *maatwerk* en *flexibiliteit*,
- dat de overheid een *responsieve* overheid moet zijn (die goed moet luisteren naar haar burgers)
- dat we het vooral moeten hebben van *alternatieven* voor wetgeving,

laat, goed beschouwd, dit jaarverslag een krachtig *teggengeluid* horen.

Ik vind dat verfrissend. Het is, zo heb ik proberen te laten zien, eigenlijk een heel *klassiek* geluid. Maar het biedt in deze tijden een *tegenwicht*. Ik zou menen een waardevol tegenwicht. De *hamvraag* is natuurlijk: hoe krijgen we die twee in *balans*? Want dat er een balans moet komen staat voor mij als een paal boven water. Het is hier geen kwestie van *of óf*, maar van *en én*.

Rechtsstaat

Het fascinerende is dat juist het heel *klassiek rechtsstatelijke denken* daar aanknopingspunten voor biedt. De idee van de rechtsstaat is in de 19^e eeuw ontwikkeld als een uiterst *formeel concept*. Juist in de traditionele staatsrechtelijke handboeken – ik noem de namen van Van der Pot & Donner – wordt benadrukt dat de idee van de rechtsstaat ook een ietwat *leeg* concept is dat met *andere ideeën* moet worden *verbonden*, om werkelijk een bindende en legitimerende betekenis te kunnen krijgen. In de 19^e eeuw was dat natuurlijk de idee van de *democratie*: het is niet voor niets dat wij nu over de “*democratische rechtsstaat*” spreken. Dat idee van de democratie moest toen nog echt worden *bevochten*.

In het huidige tijdsgewricht zal de idee van de rechtsstaat een *nieuwe invulling* moeten krijgen. Een nieuwe invulling, *zonder* de traditionele rechtsstatelijke waarden weg te gooien. Die verbinding is nu nog niet vanzelfsprekend. Wij zouden die wellicht nu de “*responsieve rechtsstaat*” kunnen noemen. Maar welk etiket we ook kiezen, ook zijn invulling zal verder ontwikkeld – om niet te zeggen “bevochten” – moeten worden.

Dit is natuurlijk nogal abstract, maar daarom geef ik kort één voorbeeld. Zo zou m.i. in een responsieve rechtsstaat *weddekelijk* plaats moeten zijn voor *wetgeving op verzoek*. Voorwaarde is wel, om aan de eisen van de rechtsstaat te voldoen, dat de *uiteindelijke* vaststelling van de gevraagde wettelijke regels plaatsvindt na afweging van het totaalplaatje. Bovendien moet dit *transparant* gebeuren en dienen er voldoende waarborgen te zijn, zodat *belangenverstremgeling* wordt voorkomen. Daarbij past ook dat wordt gecontroleerd in hoeverre de verzoeker *representatief* is. *Binnen zo’n kader* zou wetgeving op verzoek toch echt *niet bezwaarlijk* hoeven te zijn. Sterker nog, het zou juist kunnen bijdragen aan het *vertrouwen* tussen overheid en burger.

Dames en heren, dit brengt mij op de oproep die dit jaarverslag bevat. Het doet “een oproep aan regering en parlement om (opnieuw) te kijken naar de functie van de wet als instrument van behoud en verandering”. Die oproep staat in de bredere sleutel van het functioneren van de *democratische rechtsstaat*.

Het is *niet de eerste keer* dat een jaarverslag van de Raad van State speciaal de aandacht voor de democratische rechtsstaat vraagt. Sterker nog, het is veeleer een *constante factor* in de jaarverslagen. Vorig jaar concludeerde het jaarverslag al – op basis van een brede ronde van gesprekken – dat er volop reden is om veel meer aandacht te vragen voor ontwikkelingen en onderwerpen die het functioneren van de democratische rechtsstaat raken. En het zal ook vast *niet de laatste keer* zijn, want onze rechtsstaat heeft *voortdurend onderhoud* nodig, en het is in ons staatsbestel juist aan de Raad van State om dat steeds weer opnieuw te blijven benadrukken. Onze rechtsstaat heeft dat nodig. Zeker nu.

Verbindende kracht

Ik wil daarom graag afronden met een *citaat*, een citaat dat hierbij aansluit. Ik ontleen dat citaat aan *Tom Bingham* – waarschijnlijk de meest bekende *Lord Chief Justice of Engeland and Wales* en de naamgever van het befaamde Britse

Bingham Centre for the Rule of Law. (Ik heb, nu het nog kan, voor een citaat van een *Brit* gekozen; dit leek mij zo'n beetje de laatste kans: Brexit maakt aan veel mooie dingen een einde!) Wat daarvan ook zij, één van de mooie gezichtspunten van *Bingham* is, dat hij de *Rule of Law* als een *verbindende kracht* beschouwt. Naar zijn opvatting:

behoren in een wereld die *verdeeld* is door verschillen in nationaliteit, ras, kleur, religie en welvaart, de rule of law en de rechtsstaat – en de beginselen aan de hand waarvan deze ideeën zijn uitgewerkt – tot de sterkst *verbindende krachten*, volgens *Bingham* misschien wel dé sterkste, althans “*the nearest we are likely to approach to a universal secular religion*”.

Voor sommigen zijn dit – zeker in deze tijd – wellicht enigszins *verbazingwekkende* woorden; maar ik denk dat we ze juist hier als heel verstandig en *aantrekkelijk* kunnen beschouwen.

Ik heb deze woorden natuurlijk ook gekozen, omdat ze laten zien, dat juist in deze *richting* een *antwoord* kan worden gezocht op de eerder gesignaleerde *polarisatie* in onze samenleving. Ik geef ze dan ook graag aan u mee; in de hoop dat ze *inspirerend* voor u mogen zijn voor het door dit jaarverslag uitgelokte *debat* over de normatieve functie van de wet en het wetgevingsproces én – wat mij betreft – voor het zoeken van de juiste balans daarbij.