

Een queeste naar balans in de trias

Bespreking VAR-preadvies Besturen met regels, volgens de regels

NTB 2017/14

De VAR-preadvies gaan dit jaar over “Algemene regels in het bestuursrecht”. Het preadvies van Wim Voermans – Besturen met regels, volgens de regels – gaat over de vraag of er reden is om de uitsluiting van algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels van het recht van beroep bij de bestuursrechter in artikel 8:3 van de Algemene wet bestuursrecht te schrappen. Hij beantwoordt die vraag enerzijds door de uitgebreide juridische discussie over dit onderwerp samen te vatten en daarin positie te kiezen, anderzijds door na te gaan of de realiteit van het moderne overheidsbestuur (door hem bestuur 2.0 genoemd) argumenten oplevert om de discussie te verrijken.

1. Beroep tegen bestuurswetgeving geen afgesloten dossier

De preadviseur stelt terecht voorop dat de zaak van het beroep tegen bestuurswetgeving en beleidsregels een afgesloten dossier lijkt. Al bijna een eeuw lang steekt de discussie af en toe de kop op om daarna gauw weer in de vergetelheid te raken. Dit neemt echter niet weg dat die zaak nog steeds staat en dringender dan ooit tevoren om een oplossing vraagt. Hij voert daartoe aan dat het bestuur snel verandert, in de samenleving ingrijpt in een omvang als nooit tevoren en dat het daarvoor steeds vaker generieke middelen gebruikt. Daardoor wordt het steeds lastiger om tegen het bestuur te procederen over individuele afwegingen van het bestuur. Besturen is industrieel maakwerk geworden in plaats van individueel maatwerk. Het bestuur heeft de focus van zijn activiteiten verlegd naar generieke afwegingen in rechtstreeks werkende algemeen verbindende voorschriften, beleidsregels, werkinstructies, protocollen, reken- of verdelingsmethodes, algoritmes en wat dies meer zij. Voermans noemt dit “bestuur 2.0”. Deze manier van besturen is efficiënt en effectief, vergt minder aandacht voor het individuele geval en maakt veel beslissingen judge-proof.

Zijn eindconclusie is dat het besturend bestuur zich zodanig heeft ontwikkeld dat de doeleinden van het Awb-procesrecht niet zijn gehaald. Als de kern van het bestuursprocesrecht wordt samengevat als “tegenover een machtiger wordende overheid hoort een hoger niveau van individuele rechtsbescherming te staan”, dan is dat doel in de praktijk niet bewaarheid geworden. Nieuwe doeleinden, zoals het informeler maken van het bestuursprocesrechtelijk geding, effectievere geschilbeslechting, betere coördinatie van uitspraken van rechterlijke instanties en een grotere responsiviteit in termen van procedureel rechtvaardigheid, zijn daarvoor in de plaats gekomen. Allemaal doelen die erop

gericht zijn een rechtzoekende eerder, effectiever, vriendelijker en eerlijker door een proces te helpen, maar het geeft hem volgens de preadviseur geen grotere kansen om zijn recht te halen tegenover een bestuur dat steeds vaker zelf de regels is gaan maken terwijl die regels niet vatbaar zijn voor beroep. Het oorspronkelijke Awb-idee om door middel van het bestuursprocesrecht een stem te geven aan minderheidsbelangen bij de bestuursrechter, lijkt door de ontwikkelingen achter de horizon te verdwijnen. Zou men het oorspronkelijke doel anno 2017 wel willen behalen, dan kan dat niet anders dan door beroep open te stellen tegen bestuurswetgeving. Juist daarin wordt vandaag de dag door het bestuur – meer dan ooit – de kern van de afweging gemaakt en juist daar zou dan ook de rechtsbescherming op gericht moeten zijn. Voor het openstellen van beroep is te meer reden nu andere correctiemechanismen, zoals controle door vertegenwoordigende organen en publieke participatie, niet toereikend zijn om stelselmatig te garanderen dat het bestuur minderheidsbelangen meeweegt. Geholpen door technologische mogelijkheden is een situatie ontstaan waarin het bestuur steeds autonomer kan optreden en zichzelf kan bevrijden van de ketenen van de democratische rechtsstaat.

Anno 2017 is een tendens zichtbaar waarin besturen door middel van individuele afwegingen plaatsmaakt voor besturen door middel van generieke afwegingen met steeds minder garanties en steeds minder controles. Dat schuurt niet alleen met rechtsstatelijke beginselen, maar het knaagt ook aan de legitimiteit van de overheid als zodanig. Beroep openstellen tegen bestuurswetgeving en beleidsregels gaat dat natuurlijk niet allemaal in een keer oplossen, maar kan er volgens de preadviseur wel aan bijdragen. En zouden we koudwatervrees hebben, dan stelt hij voor om het eens een tijdje te proberen op een beperkt aantal beleidsterreinen, voorlopig voor de duur van vier of vijf jaar, en dan alleen op een overzienbaar terrein. Als de rechter al op een stoel zou gaan zitten, zou dat die van het bestuur zijn en niet die van de wetgever.

Deze conclusies berusten op vele bladzijden – af en toe essayistische – beschouwingen die niet voor iedere lezer altijd even toegankelijk zullen zijn. Dat komt waarschijnlijk ook door de onorthodoxe, maar ook verfrissende, manier waarop de auteur het onderwerp van zijn preadvies aanvliegt, namelijk door uitstapjes naar de empirie van het besturen en naar bevindingen en opvattingen van schrijvers uit de angelsaksische rechtscultuur. Jammer is echter dat de structuur van het betoog – daardoor? – niet altijd even helder is, dat de definities niet altijd helder zijn en dat af en toe vragen worden opgeworpen waarvan niet meteen duidelijk is wat de preadviseur ermee wil.

¹ Mr. dr. R.M. van Male is senior raadsheer bij de Centrale Raad van Beroep en redacteur van het NTB.

2. Juridische invalshoeken en de gewone mens

Voermans begint zijn betoog met de vaststelling dat juristen het onderwerp van zijn preadvies vanuit hun eigen juridische denkkaders plegen te behandelen. Die kaders zijn gefundeerd in de idee van de trias politica waaraan we in ons land vorm hebben gegeven door geen beroep mogelijk te maken tegen bestuurswetgeving en beleidsregels. Niettemin bestaat er wel rechtsingang bij de burgerlijke rechter, zij het dat deze wetten in formele zin niet mag toetsen aan de Grondwet, algemene rechtsbeginselen en procedurebepalingen. Verder mogen natuurlijk zowel de bestuursrechter, als de burgerlijke rechter en de strafrechter, bestuurswetgeving bij wege van voorvraag toetsen aan het geschreven en ongeschreven recht. Dat is de juridische invalshoek.

Hij vraagt zich af wat een gewoon mens van zo'n systeem zou vinden en maakt ons deelgenoot van een onderzoekje dat hij daarnaar heeft laten verrichten onder 783 willekeurige respondenten. Aan hen is gevraagd of zij een korte tekst waarin dit systeem is beschreven hebben begrepen, of zij de idee hebben dat zij kunnen meepraten over rechtsregels die door het parlement/volksvertegenwoordiging worden vastgesteld, of zij de afgelopen 10 jaar persoonlijk contact hebben gehad met de overheid, of in dat contact een verschil van inzicht over algemene regels een rol heeft gespeeld en of zij het gevoel hebben dat zij die algemene regels in een juridische procedure ter discussie kunnen stellen.

Even los van de gegevens die dit onderzoekje heeft opgeleverd, rijst de vraag waarom dit van belang zou zijn voor de vraag of artikel 8:3 van de Awb moet vervallen. Redengevend kan daarvoor toch niet zijn, zoals de preadviseur aanvoert, dat het in de kern om hele grote maatschappelijke vragen gaat die niet voorbehouden mogen zijn aan juridische specialisten. Bij complexe staats- en bestuursrechtelijke vragen gaat het nu eenmaal om specialistische vragen die in eerste instantie door specialisten beantwoord moeten worden, uiteraard met de nodige transparantie naar de samenleving over de keuzen die volgens de specialisten gemaakt moeten worden, maar dan nog. Verder maakt de preadviseur niet duidelijk waarom het verrichte onderzoek van belang zou kunnen zijn voor de technisch juridisch complexe beoordelingen en afwegingen die nodig zijn voor de vraag of artikel 8:3 van de Awb zou moeten vervallen.

3. Empirie

De preadviseur wijst erop dat de empirie kansen biedt om te leren hoe het recht in de werkelijkheid uitpakt, hoe het wordt ervaren en wat we daarvan kunnen leren om het recht te verbeteren; ook op het terrein van het bestuursprocesrecht. Kern van het bestuursprocesrecht is volgens hem om individuen een procedure te geven om, na meerderheidsbesluitvorming (democratie), een minderheidsbelang aan een onafhankelijke rechter voor te leggen. Op die manier komen in het bestuursprocesrecht democratie en rechtsstaat bij elkaar. Hoe kijkt de samenleving aan tegen het samenstromen van democratie en rechtsstaat in de delta van het bestuursprocesrecht, de delta van het bestuursrecht-

telijke geschil? Wat vinden meerderheden en minderheden van besluitvorming door de rechter? Draagt de vormgeving van het huidige bestuursprocesrecht bij aan de legitimiteit van overheidsbesluitvorming? Voermans werpt deze vragen op, maar gaat er vervolgens niet mee aan de slag. In plaats daarvan werpt hij de vraag op of de door de Awb-wetgever in 1992 gemaakte keuzen over de vormgeving van de rechtsbescherming door de samenleving wordt begrepen. Door het vraagstuk te benaderen vanuit theoretische abstracties als "burger", "overheid", en "bestuursorgaan" hebben de beoefenaren van het bestuursrecht zich misschien wel losgezongen van de realiteit. Een realiteit waarin het al lang niet meer zo is dat democratisch gelegitimeerde volksvertegenwoordigers de regels maken, het bestuur die regels onder controle van de volksvertegenwoordiging uitvoert en de rechter controleert of de regels netjes zijn toegepast zonder zich erom te bekommeren of die regels wel deugen. "Het bestuur is het alfa en omega van het overheidsbestuur geworden in moderne verhoudingen". Volksvertegenwoordigingen spelen een marginale rol bij de controle op besluitvorming over bestuurswetgeving, zeker wanneer daarin technische aspecten worden geregeld, waarvoor het hun aan deskundigheid ontbreekt. Daarbij komt dat het wetgevingsbeleid een voorkeur heeft voor algemeen verbindende voorschriften in plaats van beschikkingen. In plaats daarvan bestuurt het bestuur met andere instrumenten. Het regelt zijn eigen beperkingen in plaats van dat de democratie die beperkingen vastlegt. Het recht verliest daarmee zijn greep op een ontketend bestuur.

4. Doel van artikel 8:3 van de Awb

In paragraaf 1.4 van zijn preadvies begeeft Voermans zich in de vraag of het doel van artikel 8:3 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) is behaald. Juist is een tijd waarin de overheid steeds meer bestuurlijk intervenueert en dat bij voorkeur door middel van bestuurswetgeving en beleidsregels, en waarin vertegenwoordigende organen steeds meer moeite hebben om die interventies mee te bepalen en te controleren, doet het volgens de preadviseur vreemd aan dat een in het bestuursoptreden gespecialiseerde rechter niet, naar aanleiding van een rechtstreeks beroep, naar dit soort generieke interventies mag kijken. Artikel 8:3 van de Awb lijkt daarmee tegen de stroom van de ontwikkeling van het moderne bestuur in te roeien. Daarom is het van belang om te beoordelen of de argumenten om algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels uit te zonderen van het beroep op de bestuursrechter nog steeds valide zijn, dan wel achterhaald. Tien jaar na de inwerkingtreding van de Awb noemde het toenmalige kabinet als voornaamste redenen voor het uitzonderen vrees voor:

- een mogelijke doorbreking van het evenwicht tussen bestuur en rechter; de controle van bestuurswetgeving dient bij vertegenwoordigende organen te berusten;
- dat de voortgang van het bestuursaandelen te veel belemmerd wordt door onzekerheid over de daadwerkelijke inwerkingtreding van algemeen verbindende voorschriften;

- toename van het aantal beroepen bij de bestuursrechter, in een tijd waarin deze toch al is overbelast.

Allemaal redenen die zich volgens de preadviseur niet lenen voor rechtstreekse evaluatie, zodat hij voor een beoordeling van de validiteit van de uitzondering moet teruggrijpen op het doel van het bestuursprocesrecht en de bedoeling van de Awb-wetgever. Goed beschouwd betekent dit dat hij teruggrijpt op de vertrouwde klassiek-juridisch analytische methode van onderzoek.

In de ogen van de wetgever dient het bestuursprocesrecht van hoofdstuk 8 van de Awb volgens de preadviseur twee doelen: enerzijds het mogelijk maken van rechtmatigheidscontrole op het handelen van het bestuur, anderzijds het bieden van individuele rechtsbescherming tegen bestuursinterventies, waarbij individuele rechtsbescherming de primaire doelstelling is. Dat primaire doel is naar zijn mening niet gehaald door het besluitbegrip, dat de rechtsingang tot de bestuursrechter beperkt, en door het verleggen van de focus van het beroep op effectieve en efficiënte rechtsbedeling (finale geschilbeslechting, korte doorlooptijden, efficiënter en kostenbewuster gebruik van het proces). Belangrijke waarden als ongelijkheidscompensatie en rechterlijke waarheidsvinding hebben daardoor aan belang ingeboet. De idee dat de wetgever met het procesrecht van de Awb de onevenwichtig geworden positie van het bestuur binnen de trias heeft willen corrigeren is daarmee volgens de preadviseur op de achtergrond geraakt.

Voermans concludeert dat artikel 8:3 van de Awb vanuit de theorie van het bestuursprocesrecht en de beleidstheorie van de Awb niet goed kan worden begrepen. Enerzijds omdat de burgerlijke rechter van stal is gehaald om een bepaald type van bestuursrechtelijke geschillen te beoordelen, anderzijds omdat deze bepaling ertoe leidt dat bestuurlijke interventies in toenemende mate aan het oordeel van de bestuursrechter worden onttrokken. Hij verwijst daarvoor naar de oratie van Ymre Schuurmans die heeft laten zien dat maatwerk in de vorm van beschikkingen in toenemende mate wordt vervangen door confectie in de vorm van algemene regels, waarbij die regels niet vatbaar zijn voor beroep bij de bestuursrechter. Dat oplossen door hiertegen beroep mogelijk te maken stuit op verzet van het bestuur. Het zou tot onzekerheid leiden over de geldigheid van die regels, de slagkracht van het bestuur beperken en moeizame politieke compromissen blootstellen aan doorkruising door de bestuursrechter.

De preadviseur is daardoor niet overtuigd en meent dat de argumenten om artikel 8:3 van de Awb te schrappen steeds overtuigender zijn geworden. Daarvoor noemt hij dat:

- het een rechtsstatelijk belang is dat het evenwicht binnen de trias hersteld wordt, nu de interventie van het bestuur in de samenleving de laatste decennia naar aard en omvang sterk is toegenomen; in geval van geschillen daarover dient de rechter dit evenwicht te herstellen;
- heel veel bestuurswetgeving door niet democratisch gelegitimeerde bestuursorganen wordt vastgesteld waardoor extra waarborgen nodig zijn om dit democratisch deficit te compenseren;

- onnodige geschillen over de rechtsingang bij de bestuursrechter voorkomen moeten worden; het onderscheid tussen algemeen verbindende voorschriften en andere besluiten (van algemene strekking) conflictopwekkend is; het is bovendien uit een oogpunt van rechtsbescherming niet overtuigend om er de toegang tot de bestuursrechter mee te regelen;
- de rechtsbescherming die de burgerlijke rechter kan verlenen tegen algemeen verbindende voorschriften hoogdrempeliger, complexer en duurder is dan die welke de bestuursrechter kan bieden, waarbij komt dat de bestuursrechter bekend is met interventies op hetzelfde beleidsterrein die niet de vorm hebben van algemeen verbindende voorschrift; dit wordt bevestigd door het geringe aantal zaken hierover bij de burgerlijke rechter;
- de burgerlijke rechter niet bij uitsluiting bevoegd is om te oordelen over de rechtmatigheid van algemeen verbindende voorschriften; bij de bestuursrechter en de strafrechter kan de rechtmatigheid van een van belang zijnd algemeen verbindend voorschrift bij wege van voorvraag ter discussie worden gesteld.

De preadviseur stelt vast dat Nederland samen met Luxemburg in West-Europa een uitzonderingspositie inneemt als het gaat om het beroep tegen bestuurswetgeving. De afgelopen decennia zijn vooral praktische gronden aangevoerd om artikel 8:3 van de Awb niet te schrappen. Destijds werd vooral gevreesd voor aanzuigende werking en voor overbelasting van de nieuwe Awb-bestuursrechter die niet ook nog moest worden belast met rechtsvorming over een nieuw type van geschillen. In de jaren van de juridiseringsvrees is daaraan nog toegevoegd dat niet kan worden volstaan met blote schrapping van artikel 8:3 van de Awb, maar dat flankerende procesrechtelijke voorzieningen nodig zijn. Wellicht zou geregeld moeten worden wie belanghebbende zijn bij een algemeen verbindend voorschrift en hoe moet worden omgegaan met een persoon die eerst na de beroepstermijn belanghebbende is geworden. Ook zou nagedacht moeten worden over het aantal instanties: bezwaar, beroep en hoger beroep, of minder instanties? Ook rijst de vraag of een algemeen verbindend voorschrift formele rechtskracht kan krijgen in die zin dat geen executieve toetsing meer mogelijk is. Verder moet worden nagedacht over de duur van de beroepstermijn en een eventuele rechterlijke beslistermijn: moet de beroepstermijn verkort worden? Bovenal bestond echter vrees voor uitholling van de politieke democratie omdat algemeen verbindende voorschriften bij uitstek de weerslag vormen van politieke afwegingen.

Voermans concludeert dat de principieel (met name rechtssystematische) argumenten die pleiten voor beroep tegen algemeen verbindende voorschriften (en beleidsregels) de relatief kleinsoortiger, voornamelijk praktische tegenwerpingen ruimschoots overtreffen. Het is volgens hem vooral een kwestie van niet willen en niet van niet kunnen.

5. Een nieuwe werkelijkheid

Het beeld van een slechts gebonden uitvoerend bestuur komt volgens Voermans niet meer overeen met de werkelijkheid, zodat er alle reden is om het bestuursrecht en het bestuursprocesrecht aan die nieuwe werkelijkheid aan te passen. Wat voor bestuur hebben we volgens hem dan nu? Op welke wijze en met welke intensiteit is dat bij de rechtsvorming en de beleidsbepaling betrokken en hoe verhoudt het bestuur zich tot de rechter en de wetgever? Volgens Voermans leest men daar in de Nederlandse bestuursrechtelijke literatuur niet heel veel over, wat misschien niet eens verwonderlijk is omdat het een moeilijk grijpbaar fenomeen is. Niet alleen omdat in de bestuursrechtelijke literatuur alleen met een juridische bril naar bestuur en besturen wordt gekeken, maar, zo begrijp ik hem, ook omdat het bestuur en het besturen vanuit andere disciplines op een andere manier wordt benaderd, met andere definities tot gevolg. Dat zij de preadviseur toegegeven, maar wat schieten we met die vaststelling op wanneer het om de vormgeving van het procesrecht gaat, zou ik zeggen.

De preadviseur stelt vast dat het hedendaagse bestuur twee heren dient: zichzelf als dienaar van het algemeen belang en de democratisch gelegitimeerde wetgever als uitvoerder van diens beleid. Voor de efficiency en effectiviteit vindt hij dat een goede zaak, maar uit een oogpunt van democratische legitimatie is dat kwetsbaar; zeker wanneer het bestuur zelf de regels maakt die het ook zelf uitvoert en zeker ook wanneer de volksvertegenwoordiging niet goed bij machte is om het bestuur te controleren.

Dat het bestuur zich heeft ontwikkeld tot een min of meer autonome macht binnen de staat, vindt hij bevestigd in de sterk gegroeide rijksbegroting. Deze weerspiegelt een sterk toegenomen overheidsinterventionisme. Weliswaar machtigt de begrotingswetgever het bestuur tot het doen van uitgaven, maar het is het bestuur dat die uitgaven daadwerkelijk doet en daarvoor de regels bepaalt. Wie alleen naar de wetgeving kijkt, zou de indruk kunnen krijgen dat de overheid erop uit is om minder te interveniëren in de samenleving. Uit de toename van het overheidsbudget blijkt evenwel het tegendeel. Besturen gebeurt in toenemende mate ook in andere beleidsinstrumenten, zoals subsidies, garanties, voorlichting, veilingen, publiek-private samenwerking, keurmerken, benchmarking, arbitrage en auditing. In wezen zijn al deze interventies terug te voeren op twee sturingsbronnen: geld en recht(sregels). De belangenafweging die het bestuur daarbij maakt zijn niet eenvoudig vooraf of achteraf te controleren en al zeker niet in een juridische procedure, stelt Voermans. Het bestuursprocesrecht van de Awb is zo ingericht dat het bestuur door de keuze van het instrumentarium zelf kan bepalen of zijn afwegingen door de bestuursrechter kunnen worden getoetst.

Dat de overheid steeds meer is gaan interveniëren in de samenleving vindt geen bevestiging in het aantal wettelijke regelingen dat geldt. Volgens de preadviseur waren er in 2004 op rijksniveau 1800 wetten in formele zin, 2675 algemene maatregelen van bestuur en 7717 ministerieel regelingen; bij elkaar opgeteld 140.000 wettelijke bepalingen. In

2016 waren er 2028 wetten in formele zin, 1698 algemene maatregelen van bestuur en 5287 ministeriële regelingen, samen goed voor 132.110 bepalingen. Voor de decentrale overheden schat hij dat 25.438 regels gelden, tenminste wanneer men de uitvoeringsregels en de beleidsregels van gemeenten en provincies niet meetelt.

Het toegenomen interventionisme tekent zich evenmin af in het aantal ambtenaren, zo blijkt uit statistische gegevens. Hun aantal is in de loop der jaren afgenomen. De preadviseur verbindt daaraan de conclusie dat het bestuur er kennelijk in slaagt met minder personeel meer budget weg te zetten in de samenleving. Dit kan duiden op een efficiëntere werkwijze, maar ook op het inruilen van maatwerk door confectie. Hij gaat er daarom van uit dat het bestuur veel meer op bovenindividueel niveau afwegingen maakt in plaats van op beschikkingsniveau. Dit krijgt een extra dimensie als processen van voorheen handmatige belangenafweging worden vervangen door automatisering met behulp van algoritmen. Het werken met algoritmen veronderstelt generieke belangenafwegingen. De aan een individuele beschikking ten grondslag liggende algoritmen hoeven niet altijd in een algemeen verbindend voorschrift of beleidsregel te zijn neergelegd. Zij kunnen ook digitaal verankerd zijn of neergelegd in papieren protocollen of instructies. Algoritmen zijn volgens de preadviseur een voor het bestuur veilige manier van besturen omdat de bestuursrechter geen andere eisen stelt dan dat het bestuursorgaan op hoofdlijnen kan uitleggen hoe het tot zijn beschikking is gekomen. Het bestuursorgaan hoeft niet gedetailleerd uit de doeken te doen hoe het algoritme in elkaar steekt en geen inzicht te geven in de belangenafweging die erachter steekt.

Voermans leidt uit deze ontwikkelingen af dat de beleidstheorie van het Awb-bestuursprocesrecht niet aansluit op de nieuwe manier van besturen. Als de Awb ertoe strekt om individuele rechtsbescherming mogelijk te maken, schiet zij tekort bij de generieke vormen van besturen: de algemeen verbindende voorschriften, de beleidsregels, de algoritmen en de overeenkomsten. De kern van de bestuurlijke afweging komt daarmee steeds verder buiten het bereik van een controlerende volksvertegenwoordiging, een toetsende rechter of een meedenkende, meewegende of participerende burger. Nu het bestuur zich steeds meer organiseert als regelende maakindustrie doet het bestuursprocesrecht niet wat het zou moeten doen: effectieve rechtsbescherming bieden die ook toestaat tot de kern van de gemaakte afweging juridisch door te dringen. Bij deze stand van zaken is het volgens Voermans op zijn minst onhandig geen bezwaar- of beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels te hebben.

De preadviseur verwacht niet veel heil van de rol die vertegenwoordigende lichamen kunnen spelen bij het waarborgen van de (juridische) kwaliteit van regelgeving. Deze missen daarvoor het apparaat, de tijd en de kennis. Weliswaar bepalen de Aanwijzingen voor de regelgeving dat de delegatiegrondslagen in de delegerende wet precies en nauwkeurig moeten worden omschreven en brengt het primaat van de wetgever mee dat de hoofdelementen van een regelingsstelsel – de essentiële onderdelen – in de wet worden neer-

gelegd, maar in de praktijk – begrijp ik – wordt daar lang niet altijd gevolg aan gegeven. Ook de voorhangprocedures – hoe goed bedoeld ook – zijn geen afdoende waarborg voor democratisch gedragen regelgeving. Gedelegeerde regelgeving is veelal technisch van aard en vormt doorgaans geen grote bron van kapitaal voor de volksvertegenwoordigers. Waarbij nog komt dat deze procedures niet zijn geregeld voor ministeriële regelingen en andere algemene regels die van bestuursorganen van de nationale overheid uitgaan.

Om het democratisch tekort te compenseren worden bij de voorbereiding van wetten innovatieve methoden en technieken van publieke participatie ingezet. Internetconsultatie is sinds 2011 gangbaar bij voorontwerpen van wet en algemene maatregelen van bestuur, maar gebeurt doorgaans niet bij andere vormen van regelgeving van het rijk. Publieke participatie biedt mogelijkheden voor het verbeteren van de kwaliteit van regels, biedt de regelgever kans om meer gezichtspunten te verdisconteren en stelt volksvertegenwoordigingen beter in staat om hun eigen verantwoordelijkheden te vervullen. Een wettelijk geregeld recht is het echter niet. Bovendien hebben niet alle belanghebbenden er in gelijke mate profijt van en dreigt het gevaar dat krachtige belangengroeperingen de uitkomst van het proces gijzelen.

6. Tot besluit

Over de noodzaak/wenselijk van beroep bij de bestuursrechter tegen bestuurswetgeving en beleidsregels is al heel veel geschreven. Het is niet een op voorhand dankbare taak om daar nog weer wat nieuws aan toe te voegen. Voermans verdient hulde dat hij het heeft aangedurfd ons mee te voeren op zijn niet altijd orthodoxe zoektocht naar nieuwe invalshoeken en verdieping van bekende argumenten. Zijn inzicht dat het evenwicht binnen de trias verstoord is omdat het bestuur te machtig is geworden, kan gedeeld worden. De overheid intervineert meer dan ooit in de samenleving door ingrijpen van het bestuur. Het bestuur maakt daarvoor niet alleen gebruik van algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels, maar ook van een oneindig aantal andere instrumenten, waarbij tegen veel van die – vaak nieuwe – instrumenten geen beroep openstaat. Daarbij komt het inzicht dat de focus van het besturen is verlegd van individuele beschikkingen naar generieke oplossingen: van het bieden van maatwerk naar confectie. Ook dat vraagt om een correctie. Omdat volksvertegenwoordiging maar gebrekkig in staat is om het bestuur te controleren en vormen van publieke participatie nog niet goed tot ontwikkeling zijn gekomen, zou het dan ook een goede zaak zijn om de rol van de rechter te versterken. Dit inzicht versterkt inderdaad de argumenten om artikel 8:3 van de Awb te schrappen, maar betekent ook dat daarmee niet kan worden volstaan. Om ook de andere interventies van het bestuur – de algoritmen, akkoorden, protocollen en wat dies meer zij – onder de rechtsmacht van de bestuursrechter te brengen zou een verdere aanpassing van het procesrecht nodig zijn. Een volledige verzoekschriftprocedure kan bij deze stand van zaken dan ook niet worden gemist.