

## Tilburg University

### Wetgeven op de maat van de tijd

van Gestel, Rob

*Published in:*

Noord en Zuid. Tijdschrift van de Orde van den Prince

*Publication date:*

2023

*Document Version*

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*

van Gestel, R. (2023). Wetgeven op de maat van de tijd. *Noord en Zuid. Tijdschrift van de Orde van den Prince* , 6(11), 48-51.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

---

# Wetgeven op de maat van de tijd

Rob van Gestel

In de vijftiende eeuw verzuchtte de beroemde Florentijnse architect Leon Baptista Alberti reeds: 'Niet meer dan tien geboden, door Mozes afgekondigd, hielden het gehele Joodse volk honderden jaren in godsvrees, in oefening der deugdzaamheid, rechtvaardigheid en vaderlandsliefde. De Romeinen hadden, om hun republiek uit te bouwen en het gehele rijk te beschermen, genoeg aan twaalf uiterst korte tafels. Wij hebben zestig planken vol met wetten, en elke dag produceren we nieuwe verordeningen.' (zie P. Noll, *Gedanken über Unruhe und Ordnung*, Pendo, Zürich, 1985, p.166) En hoewel er sinds deze tijd het nodige is veranderd waar het gaat om het vertrouwen in wetgeving, zijn de klachten over toenemende regeldruk en regelcomplexiteit enkel toegenomen.

## Toenemende regeldruk

Wat korter geleden heeft Tim Koopmans daarvoor in een veelbesproken opstel voor de Nederlandse Juristenvereniging een interessante verklaring geboden. Hij stelde in 1970 dat de wetgever vooral na de Tweede Wereldoorlog met de opkomst van de verzorgingsstaat een fundamenteel andere rol is gaan vervullen waarin hij niet langer de gewoonten, zeden en gebruiken in de samenleving volgt, maar voorop is gaan lopen. Hij zou niet langer meer primair streven naar *codificatie* van normen die van onderop zijn gegroeid, maar wetten zien als instrument van sociale verandering en *modificatie* van gedrag.<sup>1</sup>

De vraag is intussen of we van modificatie niet beland zijn bij een wetgever die streeft naar *satisfactie* of normtevredenheid door bij iedere nieuwe wet vooraf na te gaan of deze op draagvlak kan rekenen in de samenleving. Dit heeft tot gevolg dat burgers en belangenorganisaties die geconsulteerd worden over voorgenomen regelgeving vaak allemaal hun eigen uitzonderingen in de nieuwe wet opgenomen willen zien, hetgeen leidt tot een proces van voortdurende regelverdichting: niet alleen neemt de hoeveelheid regels toe, maar ook de vervlechting tussen regels (onderlinge verwijzingen), de regelintensiteit (het sturend karakter door beïnvloeding van de handelings- en beslissingsruimte van de burger) en de regelconcreetheid (detailering en verfijning).

---

<sup>1</sup> T. Koopmans, De rol van de wetgever, in: H.C.F. Schoordijk, W.C.L. van der Grinten, C.H.F. Polak & G.E. Langemeijer (eds.), *Honderd jaar rechtsleven: de Nederlandse Juristen-Vereniging 1870-1970*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1970, pp.221-235.

---

## Gevolgen: europeanisering en ‘Entparlamentarisierung’

Zoals bekend is de opkomst van de verzorgingsstaat in de Lage Landen na de oorlog gepaard gegaan met toenemende Europese integratie. Beperkte deze zich eerst nog voornamelijk tot een waarborging van het vrije verkeer van personen, goederen en kapitaal, die tijd is inmiddels lang vervlogen. Op vrijwel alle beleids-terreinen van de zorg voor natuur en milieu, landbouw, visserij, migratie, gezondheid, consumentenbescherming, veiligheid enz. kennen we inmiddels een groeiend woud aan Europese richtlijnen en verordeningen en gedelegeerde regelgeving op vrijwel alle beleidsterreinen waarop EU-instellingen actief zijn. Daarbij is de EU-wetgever door de jaren heen steeds zwaarder gaan leunen op rechtstreeks werkende verordeningen en gedelegeerde regelgeving, nog afgezien van allerlei private *soft law*, zoals gedragscodes, richtlijnen en technische (normalisatie)normen.

Intussen hebben we op het niveau van de lidstaten een soortgelijke ontwikkeling gezien. Niet alleen is de hoeveelheid wetgeving in formele zin met de opkomst van de verzorgingsstaat toegenomen, maar vooral de hoeveelheid gedelegeerde regelgeving lijkt overal in Europa te zijn geëxplodeerd. In de meeste landen wordt weliswaar nog steeds vastgehouden aan wat Richard Stewart in de jaren zeventig van de vorige eeuw reeds de *transmission belt theory* heeft genoemd. (zie: *Harvard Law Review*, vol.88, 1975, p.1667). De idee daarachter is dat delegatie veronderstelt dat het parlement nog op afgeleide wijze – bijvoorbeeld via goedkeuringsconstructies – democratisch toezicht kan houden op de uitbesteding van regelgevende taken aan lagere regelgevers. Wanneer de hoeveelheid gedelegeerde regelgeving, zoals in Nederland, zo’n 75 procent van het totale regelbestand op nationaal niveau beslaat, is het echter een illusie om te menen dat het hierbij louter of

vooral om technische (uitvoerings) kwesties gaat. Daar komt bij dat het eveneens onmogelijk is voor het parlement om nog op serieuze wijze enige controle uit te oefenen op de inhoud van die gedelegeerde regels.

Een gevolg van het weglekken van wetgevende bevoegdheden naar EU-instellingen, die vervolgens steeds vaker kiezen voor de figuur van verordeningen die rechtstreeks doorwerken in de lidstaten, is dat de rol van nationale parlementen is verzwakt. Zelfs wanneer de EU-wetgever kiest voor richtlijnen die nog nationale implementatie behoeven, zien we bovendien steeds vaker een keuze voor zogeheten kaderrichtlijnen die inhoudelijk leeg zijn en die later worden ingekleurd door middel van gedelegeerde regelgeving afkomstig van de Europese Commissie. Veel van die regels worden daarenboven op nationaal niveau opnieuw omgezet met behulp van gedelegeerde regelgeving, waardoor een dubbel democratisch deficit dreigt: geen medebetrokkenheid van het Europees Parlement noch van nationale parlementen bij omzetting van de regels in de lidstaten. Kirchof spreekt in dit verband van een *Entparlamentarisierung der Gesetzgebung*.

De vraag is bovendien of de rol van zowel het Europese als de nationale parlementen niet nog verder onder druk komt te staan doordat ook het Europese Hof van Justitie de laatste jaren steeds vaker overschakelt op een andere methode van rechtsvinding. Was het eertijds zo dat wanneer onenigheid ontstond over de interpretatie van secundaire Europese regelgeving, het Luxemburgse Hof koos voor een ‘bottom up’-benadering waarbij via rechtsvergelijking werd onderzocht hoe er in de lidstaten werd gedacht over de uitleg van deze Europese wetgeving, sinds de invoering van het Handvest voor de grondrechten, zien we steeds vaker dat het Hof kiest voor een autonome interpretatie, waarbij secundaire Europese wetgeving wordt uitgelegd met behulp van een interpre-

---

tatie van de (jurisprudentie over de) basisverdragen en de fundamentele rechten uit het Handvest. Daarbij geldt bovendien dat die basisverdragen en het Europese Handvest natuurlijk veel moeilijker aangepast kunnen worden door de lidstaten dan bijvoorbeeld een Europese richtlijn waarvan de interpretatie door de rechter als onbillijk wordt ervaren. Geen wonder dus dat parlementariërs in veel EU-lidstaten onrustig worden, omdat ze hun politieke speelruimte voortdurend zien slinken.

### Machtenscheiding revisited

Vastgesteld dient te worden dat het denken in rechtsstatelijke waarborgen en evenwicht van machten geen gelijke tred heeft gehouden met nieuwe ontwikkelingen in de samenleving, zoals het groeiende belang van het EU-recht, de doorwerking van het EVRM (Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens) en andere supranationale verdragen, maar ook de opkomst van internationale netwerken, internetplatforms, algoritmische besluitvorming enzovoort. In dat kader is het betreurenswaardig dat het staatsrechtelijke debat in de Lage Landen nog altijd uitgaat van een visie op de *trias politica* die stamt uit vervlogen tijden toen er geen supranationale instituties bestonden, geen politieke partijen, geen *quango's* of multinationals, geen internet en ga zo maar door. Ik bevind mij in goed gezelschap wanneer ik als uitgangspunt neem dat het vooral denken in termen van (slechts) drie *co-equal branches of government* achterhaald is en dat we rechtsstatelijk gezien nieuwe wegen moeten durven inslaan.<sup>2</sup>

Een van die mogelijke wegen is om, in plaats van via allerlei kunstgrepen (zoals goedkeuringsconstructies) formele medebetrokkenheid van het parlement bij

gedelegeerde regelgeving te organiseren, uitvoeringswetgeving voortaan tot stand te laten komen via een uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure met directe inbreng van belanghebbenden. Dit zou betekenen dat bijvoorbeeld een ministerie dat bepaalde uitvoeringsregels wenst op te stellen, plannen daarvoor via een openbare kennisgeving bekend maakt en belanghebbenden en deskundigen oproept om daarop te reageren via een procedure waarvan de spelregels zijn vastgelegd in een algemene wet, zoals in Nederland in de Algemene Wet Bestuursrecht, waarin dan bepaald wordt hoe potentiële belanghebbenden in kennis worden gesteld, op welke manier de inspraak is geregeld (denk bijvoorbeeld aan schriftelijke inbreng en hoorzittingen), welke termijnen daarbij hebben te gelden, welke rol de inbreng van deskundigen speelt en hoe de regels uiteindelijk bekend worden gemaakt. Als sluitstuk zou kunnen gelden dat burgers of maatschappelijke organisaties die menen dat een of meer procedurele regels geschonden zijn, beroep kunnen instellen bij de bestuursrechter tegen deze algemene regels.

Het voordeel van deze benaderingswijze is niet alleen dat burgers en belangenorganisaties, maar ook uitvoeringsinstanties directe invloed krijgen op de inhoud van deze bestuurswetgeving. Bovendien wordt het parlement ontlast doordat het zich qua medewetgevende taken kan beperken tot wetgeving in formele zin, omdat de band met gedelegeerde regelgevers wordt doorgeknipt. Doordat de bestuursrechter toezicht houdt op de procesgang wordt er bovendien een rechtsstatelijke veiligheidsklep ingebouwd.

Dit is slechts één, tamelijk willekeurig gekozen, voorbeeld om te laten zien dat de traditionele machtenscheidingsdoctrine herijkt kan worden om de totstandkoming van wetgeving te laten meegroeien op de maat van de tijd.

### Wetgeving 4.0

Wetgeving (1.0) bestond reeds lang voor de totstandkoming van natiestaten, maar

---

2 B. Ackerman, Good-bye, Montesquieu, in: S. Rose-Ackerman, P. Lindseth & B. Emerson (eds.), *Comparative Administrative Law (Second Edition)*, Edward Elgar, Cheltenham, 2017, pp.38-43.

---

was destijds meer gedecentraliseerd en soms ook meer geprivatiseerd (denk aan de middeleeuwse gildekeuren). Met de opkomst van de natiestaat werd wetgeven (2.0) evenwel steeds meer geïdentificeerd met de macht van statelijke en uiteindelijk democratisch gekozen instituties. Intussen zijn we reeds aanbeland bij supranationale regelgeving binnen de EU (3.0), waarbij regelgeving tot stand komt via procedures die afwijken van die van democratisch gekozen nationale wetgevers. Zo stem je bij de verkiezingen voor het Europees Parlement op een lid van een nationale politieke partij, die vervolgens deel uitmaakt van één van de Europese fracties. Intussen zien we echter steeds meer transnationale *governance* netwerken ontstaan die niet meer beheerst kunnen worden door natiestaten. Denk bijvoorbeeld aan de *International Labour Organisation* (ILO) waarin overheden, werkgevers (organisaties) en werknemers (organisaties) zitten die met elkaar afspraken maken over sociale rechten, welke worden neergelegd in *ILO-standards* (conventies en aanbevelingen) die soms bindend kunnen worden via (nationale goedkeuring), maar die ook vaak resulteren in *soft law* die uiteindelijk weer kan uitgroeien tot *hard law*. Steeds meer transnationale private normstelling – denk bijvoorbeeld aan ISO-normen of internationale gedragscodes – krijgt een hybride karakter doordat er vervolgens in verdragen of nationale wetten naar wordt verwezen (4.0). Vranken heeft in dit verband eerder opgemerkt dat:

‘rechtsvorming meer en meer plaatsvindt in netwerken van rechtsontwikkeling die niet noodzakelijk institutioneel, grondwettelijk, hiërarchisch of in een systeem van *checks and balances* verankerd zijn, maar vaak los-vast gevormd zijn met het oog op concrete onderwerpen.’<sup>3</sup>

Indien Vranken gelijk heeft, betekent dit dat ook wetgeving in de toekomst een ander karakter zal krijgen dat losser staat van de natiestaat en minder plaats- en tijdgebonden is. Volgens Casey en Niblett is het zelfs zo dat een combinatie van moderne data-analyse en *machine learning*, gekoppeld aan geïndividualiseerde digitale communicatie, het binnen afzienbare tijd mogelijk zullen maken om wettelijke doelen om te zetten in ontelbare geïndividualiseerde regels (*micro-directives*) die rechtstreeks gericht kunnen worden tot normadressaten via nieuwe technologie. Denk aan de boordcomputer in uw auto die het signaal krijgt op grond van door algoritmen gegeneerde data dat het voor een beginnend bestuurder, bij de slechte weersomstandigheden ter plaatse op dat moment verboden is om sneller dan vijftig km/u te rijden, waar normaliter zestig is toegestaan.<sup>4</sup> Indien deze voorspellingen in de buurt van de waarheid komen, is het tevens nodig om na te gaan denken over nieuwe constitutionele kaders voor de totstandkoming, uitvoering en handhaving van deze nieuwe vormen van niet-statelijke wetgeving.

**Rob van Gestel** is hoogleraar theorie en methode van wetgeving aan de Universiteit van Tilburg en deeltijds hoogleraar methoden van juridisch onderzoek aan de KU Leuven. Hij promoveerde op een milieurechtelijk onderzoek naar zelfregulering en milieuzorg in bedrijven. In 2007 startte hij samen met prof. mr. J.B.M. Vranken een van de eerste onderzoekscentra in Europa op het gebied van de methodologie van de wetgeving en het juridisch onderzoek. Sindsdien concentreert zijn onderzoek zich hierop.

---

3 J.B.M. Vranken, Taken van de Hoge Raad en zijn parket in 2025, in: A.M. Hol e.a. (red.), *De Hoge Raad in 2025*, Boom Juridische Uitgevers, Den Haag, 2011, pp.33-50.

4 A. Casey & A. Niblett, The Death of Rules and Standards, in: *Indiana Law Journal*, vol. 92. 4, 2017, pp.1401-1447.