

Tilburg University

## Rechtsvorming in een hypercomplexe samenleving in het licht van evoluties in de horizontale, verticale, stedelijke en publiek-private dimensies

Goossens, Jurgen; de Poorter, Jurgen

*Published in:*

Rechtsvorming in een hypercomplexe samenleving

*Publication date:*

2022

*Document Version*

Publisher's PDF, also known as Version of record

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

*Citation for published version (APA):*

Goossens, J., & de Poorter, J. (2022). Rechtsvorming in een hypercomplexe samenleving in het licht van evoluties in de horizontale, verticale, stedelijke en publiek-private dimensies. In J. Goossens, J. de Poorter, G. van der Schyff, T. Geldof, & C. van Oirsouw (Eds.), *Rechtsvorming in een hypercomplexe samenleving: Bundel n.a.v. de Staatsrechtconferentie 2022 (Tilburg University)* (pp. 7-22). Wolf Legal Publishers (WLP).

### 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.

# Rechtsvorming in een hypercomplexe samenleving in het licht van evoluties in de horizontale, verticale, stedelijke en publiek-private dimensies

J. Goossens & J. de Poorter\*

## I. Inleiding

De jaarlijkse staatsrechtconferentie van de Staatsrechtkring wordt dit jaar georganiseerd door het Departement Public Law and Governance van Tilburg Law School. Het thema van de staatsrechtconferentie is 'Rechtsvorming in een hypercomplexe samenleving'. Deze conferentie maakt deel uit van een constitutioneelrechtelijke tweedaagse die in het teken staat van het afscheid van onze gewaardeerde collega Ernst Hirsch Ballin als universiteitshoogleraar van Tilburg University. De keuze voor het thema van deze staatsrechtconferentie is mede ingegeven door zijn academische werk.

De focus op het thema *rechtsvorming* past in een lange Tilburgse traditie en gaat terug op het werk van rechtsgeleerden als Geppaart, Schoordijk, Vranken en Hirsch Ballin. Daarbij besteedt de conferentie ook specifieke aandacht aan de wisselwerking tussen recht(svorming) en de *samenleving*, die beide in toenemende mate worden gekenmerkt door een hoge mate van complexiteit. Ook deze keuze is in lijn met de Tilburgse traditie die aandacht heeft voor *complexiteit* als oorzaak en gevolg van dynamische interacties zowel binnen als tussen rechtsordes, machtsverhoudingen in de samenleving onderliggend aan het recht, en relaties tussen burgers, bedrijven, instituties, technologie en natuur. Daarbij fungeren constitutionele bepalingen, tradities en beginselen als fundamentele spelregels, zowel op procedureel als materieel vlak. Constitutioneel recht is tevens immer in beweging. Het krijgt invulling en betekenis door dagelijkse toepassing en interpretatie door actoren gaande van beleidsmakers tot burgers en rechters. Het constitutionele recht is dan ook 'levend recht' dat niet kan worden losgekoppeld van politiek, economie en maatschappij. Om grip te krijgen op deze complexe realiteit is *multidisciplinair* onderzoek noodzakelijk, wat zich dan ook veruitwendigt in de panels en preadviezen van de conferentie door de betrokkenheid van bestuurskunde en filosofie.

---

\* Jurgen Goossens is universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht; Jurgen de Poorter is hoogleraar bestuursrecht. Beide zijn verbonden aan Tilburg University, Departement Public Law & Governance.

Hoewel gegrond in een sterke Tilburgse traditie, is het thema rechtsvorming actueler dan ooit, niet in de laatste plaats door de groeiende verwevenheid tussen lokaal, regionaal, nationaal, trans- en supranationaal recht. De laatste decennia zien we belangrijke ontwikkelingen in de verticale en horizontale verdeling van machten: het ontstaan van een geglobaliseerde, meerlagige rechtsorde; verschuivende checks and balances tussen wetgever, bestuur en rechter; de opkomst van nieuwe regelgevende entiteiten, zoals quango's (*quasi autonomous non-governmental organisations*) en private regulering; nieuwe en opkomende technieken, zoals kunstmatige intelligentie, blockchain, Internet of Things, het gebruik van algoritmen en big data; en veranderingen in de verhouding tussen burgers, hun democratische vertegenwoordigers en het bestuur.

In deze complexe, meerlagige rechtsorde lijkt het proces van rechtsvorming niet meer uitsluitend te kunnen worden verklaard vanuit de op de *Stufenbau der Rechtsordnung* gegronde normenhiërarchie van Kelsen.<sup>1</sup> De vorming van ons recht kan niet langer louter worden geplaatst in hiërarchische modellen met een centraal besturingspunt. Ze vindt meer en meer plaats in netwerken van rechtsontwikkeling die niet noodzakelijk institutioneel, grondwettelijk, hiërarchisch of in een systeem van checks and balances verankerd zijn, maar vaak eerder los-vast gevormd zijn met het oog op concrete onderwerpen.<sup>2</sup> Dit betekent bijgevolg dat klassieke uitgangspunten en ordeningsprincipes voor rechtsvormend handelen minder vanzelfsprekend worden.

Het beeld van een Trias Politica met drie onderscheiden boxen met elk hun eigen domein lijkt niet langer een toereikend kader te bieden om de plaats en de taak van de in dat proces van rechtsvorming betrokken actoren te bepalen.<sup>3</sup> Vanuit een institutioneel perspectief zijn de bij dit proces betrokken rechtsvormende instituties niet langer in te passen in de klassieke driedeling van de Trias. Denk bijvoorbeeld aan 'regulatory agencies', standaardiserings- en certificeeringsinstellingen, arbitrage en mediation instituties. Tegelijkertijd zien we ook binnen de traditionele machten van de Trias dat verhoudingen evolueren en hiërarchieën vervagen. Rechterlijke colleges bijvoorbeeld opereren in toenemende mate binnen een transnationaal netwerk van rechters waarbij hun onderlinge verhouding niet zonder meer kan worden beschouwd als een piramidiaal model. Zo zijn bijvoorbeeld het EHRM, het HvJEU, de nationale constitutionele hoven en de *supreme courts* alle betrokken bij de interpretatie van de rechten van de mens zonder

---

<sup>1</sup> Kelsen 2020, p. 84-93.

<sup>2</sup> Vranken 2011.

<sup>3</sup> Zie ook Ackerman 2017, p. 38-43.

dat tussen die rechterlijke colleges een duidelijke hiërarchie bestaat.<sup>4</sup>

In de 19<sup>e</sup> eeuw en een deel van de 20<sup>e</sup> eeuw bleef het primaat van de wetgever nog relatief overeind. In overeenstemming met dit primaat maakt de formele wetgever zelf de voornaamste inhoudelijke regelgevende keuzes omwille van zijn democratische legitimatie, waarbij die keuzes niet kunnen worden overgelaten aan de niet-verkozen rechterlijke of uitvoerende macht.<sup>5</sup> Met de evolutie van de nachtwakersstaat naar de sociale verzorgingsstaat, namelijk de uitbreiding van overheidstaken en de daarmee gepaard gaande complexiteit, zijn we de voorbije decennia ook getuige geweest van de opkomst van de zogenaamde ‘*administrative state*’.<sup>6</sup> De formele wetgever heeft daarbij veelvuldig regelgevende bevoegdheden overgedragen aan het bestuur op basis van delegatie of open normstelling.<sup>7</sup> Het argument is dan vaak dat het bestuur over specifieke expertise beschikt die de formele wetgever niet heeft. Omwille van deze ‘terugtrek van de wetgever’ gebeurt rechtsvorming op talrijke specifieke beleidsterreinen bijgevolg door het bestuur, waardoor het primaat van de wetgever onder druk is komen te staan en zelfs in de praktijk in talrijke domeinen nagenoeg achterhaald lijkt te zijn. Daarboven doet ook de opkomst van *public interest litigation* - denk bijvoorbeeld aan klimaatzaken zoals Urgenda - als een vorm van ‘tegendemocratie’ belangrijke vragen rijzen naar vertegenwoordiging en de rol van de rechter.

Terwijl de 20<sup>e</sup> eeuw kan worden gezien als de eeuw waarin de *administrative state* tot volwassenheid kwam, schonk de 21<sup>e</sup> eeuw dan weer het levenslicht aan de informatiesamenleving en in het verlengde daarvan de *algoritmische* of *digitale administrative state*.<sup>8</sup> De samenleving is ondertussen zo complex geworden dat ook het bestuur niet langer in staat is om enkel met menselijke capaciteit en expertise de complexe realiteit te reguleren en te besturen. Hoewel we voorheen gerust konden aannemen dat een mens of een orgaan samengesteld uit mensen door de wetgever toegekende bevoegdheden uitoefende, kan deze aanname niet langer probleemloos worden gehandhaafd.<sup>9</sup> De sterk digitaliserende vormen van besturen en stilaan ook digitaliserende vormen van rechtsvorming met behulp van opkomende technologieën zoals kunstmatige intelligentie en gedistribueerde technologieën zoals blockchain leiden tot belangrijke uitdagingen op het vlak van transparantie, uitlegbaarheid en controleerbaarheid, waardoor machtsverhou-

---

4 Zie bijvoorbeeld R.A.J. van Gestel en J.C.A. de Poorter 2019.

5 Zie Commissie Wetgevingsvraagstukken 1985, p. 43.

6 Lindseth 2010; Ballin 2015, § 4.

7 Denk bijvoorbeeld aan de decentralisatieoperatie in het sociale domein en aan het voorstel voor een Omgevingswet.

8 Goossens, Hirsch Ballin & van Vugt 2021, p. 10.

9 Zie Le Sueur 2016.

dingen en *checks and balances* verder onder druk komen te staan.

In deze bundel met preadviezen die zijn geschreven als onderbouwing en startpunt van de paneldiscussies op de conferentie worden verschillende ontwikkelingen in het proces van rechtsvorming in de complexe, meerlagige rechtsorde besproken. Daarbij is de focus gericht op recente ontwikkelingen in de rechtsvorming en de vraag hoe die zich verhouden tot de traditionele parlementaire vorm van rechtsontwikkeling in de vorm van het tot stand brengen van wetgeving door de formele wetgever. We stellen ons daarbij de vraag wat de impact is op het concept van de Trias Politica en op welke wijze de legitimiteit van de verschillende vormen van rechtsontwikkeling kan worden geborgd. We bestuderen evoluties in het proces van rechtsvorming vanuit vier dimensies: 1° horizontale dimensie: de impact van evoluties in en voorbij de Trias op wetgever, rechter en bestuur; 2° verticale dimensie: de impact van tegendemocratie en directe democratie op de relatie burger - overheid; 3° stedelijke dimensie: de rol van de grote, complexe stad in globaliserend constitutionalisme; 4° publiek-private dimensie: rechtsvorming in complexe netwerken van publieke en private actoren. De combinatie van deze vier dimensies leidt onvermijdelijk tot (hyper)complexiteit op het vlak van rechtsvorming.

## **2. Horizontale dimensie: de impact van evoluties in en voorbij de Trias op wetgever, bestuur en rechter**

Een eerste dimensie betreft die van de horizontale machtenscheiding. Rechtsvorming wordt traditioneel geassocieerd met codificatie van normen door de wetgever in formele zin. De tegenwoordige hypercomplexe samenleving en de daarmee corresponderende groei van overheidstaken - voor de uitvoering waarvan het legaliteitsbeginsel een wettelijke basis vereist - heeft de aard van formele wetgeving veranderd. In plaats van *codificatie* is wetgeving in toenemende mate gericht op *modificatie*, namelijk op het uitbesteden van bevoegdheden aan publieke en private actoren op internationaal, nationaal en lokaal niveau.<sup>10</sup> Regelgevende taken worden uitbesteed aan bestuursorganen en aan private regelgevers die worden verondersteld meer kennis en expertise te bezitten op specifieke beleidsterreinen evenals aan supranationale instellingen die worden geacht beter in staat te zijn dan nationale parlementen om transnationale problemen het hoofd te bieden.

Bezien vanuit een traditioneel constitutioneelrechtelijk perspectief is deze de-

---

<sup>10</sup> Zie T. Koopmans 1970, p. 221-234.

parlementarisatie' van wetgeving problematisch.<sup>11</sup> Het parlement heeft immers het duidelijkst democratisch mandaat om wetgeving tot stand te brengen. Door een gebrek aan tijd, expertise en middelen heeft het parlement echter vaak maar een beperkte invloed op de inhoud van de regels die van toepassing zijn op hen die zij wordt geacht te vertegenwoordigen. We zien dit op EU-niveau waar regels steeds vaker de vorm van verordeningen aannemen in plaats van richtlijnen, waardoor de betrokkenheid van nationale parlementen afneemt. Bovendien lijkt het subsidiariteitsprotocol dat parlementen de mogelijkheid geeft om EU-regelgeving tijdelijk te blokkeren geen grote impact te hebben op het EU-wetgevingsproces. Wat betreft het uitbesteden van regelgevende taken door de formele wetgever aan bestuursorganen rijst de vraag in hoeverre de '*transmission belt theory*', volgens welke de legitimatie van gedelegeerde wetgeving altijd steunt op een parlementair mandaat, nog wel zo ver kan worden opgerekt. Deze ontwikkelingen vergen een fundamentele herbezinning op de rol van het parlement als (mede)wetgever binnen de Trias Politica.

In Nederland is ondertussen ook de discussie over de rol van de rechter in de democratische rechtsstaat opgelaaid. Het waren onder andere de PAS-uitspraak van de ABRvS en het Urgenda-arrest van de Hoge Raad die resulteerden in een debat over de vraag of de rechter de scheiding der machten niet had geschonden en zich te 'activistisch' had opgesteld. Tegelijkertijd lijkt het een gegeven dat in een hypercomplexe samenleving met een veranderende rol van de wetgever (zie hierboven) ook de rol van de rechter blijvend aan verandering onderhevig is. Zo lijkt er vaker een beroep op de rechter te worden gedaan om maatschappelijke verandering te stimuleren (*public interest litigation*). Vanuit constitutioneelrechtelijk perspectief roept deze rechtsvormende taak van de rechter een aantal vragen op.

Preadviseurs *Joyce Esser en Ymre Schuurmans* geven in het hoofdstuk 'Gedeelde tafel, eigen stoel: rechter en rechtsvorming in het bestuursrecht' in dit verband een aanzet tot nadere theorievorming over een mogelijke herpositionering van de rol van de (bestuurs)rechter binnen de Trias naar aanleiding van rechtsvorming in de hypercomplexe Nederlandse samenleving. Zij gaan in op de rechtsvormende taak van de rechter in het bestuursrecht. Zij constateren dat in een hypercomplexe samenleving, waarin de aard van de overheidstaak is veranderd, de wetgever terugtreedt en het bestuur steeds machtiger wordt, de rechter zich dient te heroriënteren op zijn constitutionele rol binnen de Trias Politica. In de 'administrative state' komt veel normstelling van het bestuur, maakt het bestuur beleid over de uitvoering daarvan, en neemt het individuele beslissingen die

---

<sup>11</sup> Zie Van Gestel 2013.

bepalen of burgers in aanmerking komen voor financiële ondersteuning of een vergunning kunnen krijgen. Besturen is daarmee zélf sterk rechtsvormend van aard, aldus Esser en Schuurmans. Dat algemene normstelling en democratische legitimatie steeds minder kunnen worden gelijkgesteld heeft gevolgen voor de rol van de rechter. In plaats van het waarborgen van individuele rechten, dient de procedure bij de bestuursrechter, van origine gericht op objectieve rechtmatigheidstoetsing, vooral ter borging van de formele democratische legitimatie en de legaliteit van het overheidsbestuur.

In een stelsel van machtsevenwicht hebben wetgever, bestuur en rechter naar het oordeel van preadviseurs Esser en Schuurmans een gezamenlijke verantwoordelijkheid voor de verwezenlijking van het op democratische wijze komen tot beslissingen in het algemeen belang (van oudsher de taak van de wetgever), het effectief en competent uitvoeren van overheidsbeleid (van oudsher de taak van het bestuur) en het waarborgen van individuele rechten (van oudsher de taak van de rechter). Deze gedeelde verantwoordelijkheid leidt de pre-adviseurs tot een contextuele benadering van de rechterlijke taak. Daar waar wetgever en bestuur kunnen laten zien dat wet en beleid met een evenwichtige inbreng van informatie en belangen tot stand is gekomen en leidt tot doelmatige uitvoering, zal de rechter hun rechtsvorming in beginsel volgen. Daar waar de democratische legitimatie van de normstelling flinterdun is en het burgers nauwelijks lukt om hun rechten in de bestuurlijk besluitvorming te verzilveren, dient de rechter zich in de rechtsvorming te mengen teneinde volwaardige rechtsbescherming te bieden. Zijn bijdrage aan de rechtsvorming kan hij op verschillende wijzen invullen: door meer procedurele eisen te stellen aan de totstandkoming van normstelling, door het bestuur meer verantwoording te laten afleggen of door zelf normen nader te interpreteren.

Preadviseur *Rob van Gestel* gaat in het hoofdstuk '**Een ongekend parlement. Over de toeslagenaffaire en de Trias**' na welke lessen er mede uit de toeslagenaffaire te trekken zijn over de rol van het parlement als medewetgever en als bewaker van de kwaliteit en uitvoerbaarheid van wetgeving. Zijn preadvies sluit hierbij aan op de analyse van Esser en Schuurmans over de veranderende verhoudingen binnen de trias politica. Ook Van Gestel constateert immers een bredere trend tot deparlementarisatie van wetgeving en afkalving van het primaat van de (nationale) wetgever. Hij betwijfelt de realiteitszin van het verlangen de medewetgevende taak van de Tweede Kamer te herstellen. De pleidooien om het primaat van de wetgever te herstellen, berusten op een achterhaald idee. Het lijkt Van Gestel verstandiger te accepteren dat een fors deel van de huidige gedelegeerde bestuurswetgeving binnen onze meergelaagde rechtsorde in de toekomst tot stand zal komen zonder afgeleide democratische

legitimatie middels delegatie door de wetgever in formele zin. Dat verlies aan democratische legitimatie dient naar zijn oordeel in het bijzonder te worden gecompenseerd door de invoering van een 'notice and comment procedure' die alle bij gedelegeerde regelgeving betrokken burgers en (andere) belanghebbende partijen de mogelijkheid biedt om rechtstreeks invloed uit te oefenen op de totstandkoming van bestuurswetgeving en door het vastleggen van juridisch bindende algemene regels voor het opstellen van algemeen verbindende voorschriften niet zijnde wetten in formele zin. Het voorstel is een hoofdstuk bestuurswetgeving in de Awb op te nemen. Dat heeft naar het oordeel van de preadviseur echter weinig zin zonder de bevoegdheid van de (bestuurs)rechter om algemeen verbindende voorschriften daaraan te kunnen toetsen. Dat vergt naar het oordeel van Van Gestel echter wel een actiever rol van de bestuursrechter als wetgevingswaakhond dan we thans kennen.

### 3. **Verticale dimensie: de impact van tegendemocratie en directe democratie op de relatie burger - overheid**

Met betrekking tot de verticale dimensie en de relatie tussen burger en overheid, analyseren de preadviseurs in welke mate en hoe de burger inzake rechtsvorming kan fungeren als hindermacht (tegendemocratie) of als rechtstreekse bron van legitimiteit (directe democratie). Preadviseurs *Maurice Adams en Ronald Jansse* reflecteren in het hoofdstuk '**Tegendemocratie' en het Nederlandse vertegenwoordigende bestel**' over hoe 'tegendemocratie' zich verhoudt tot het vertegenwoordigende bestel in Nederland. Ook zij vertrekken vanuit de veronderstelling dat complexiteit via decentralisering, privatisering, fragmentering en Europeaanisering de norm is geworden en de (bij)sturende mogelijkheden van diegenen die worden geacht het volk te vertegenwoordigen, parlement en regering voorop, door de jaren heen alleen maar beperkter zijn geworden. Van het ideaal van collectieve wilsvorming door middel van vertegenwoordiging lijkt steeds minder sprake. Tegendemocratische ontwikkelingen vormen een manier om hedendaagse controle van macht te begrijpen, ook buiten de officiële structuren om. Ze geven gestalte aan een proces waarin verkiezingen niet noodzakelijk een legitimerende functie vervullen. Tegelijkertijd lijkt de tegendemocratie op dezelfde grenzen te stuiten als het parlementaire stelsel zelf. De invloed van laagopgeleiden lijkt ook in de tegendemocratie zwak ontwikkeld. Het zijn vooral de hoger opgeleiden en sociaal-economisch sterke groepen die in de tegendemocratie de politieke agenda weten te bepalen en politieke besluitvorming weten te beïnvloeden. De politieke krachten die schuilgaan achter de tegendemocratische ontwikkelingen zijn voor het overgrote deel gericht op single-issues en niet op de noodzakelijke afweging tegen andere belangen. Het parlement kan daarom geen afwachtende houding aannemen over wat



tegendemocratie aandraagt en onder de aandacht brengt. Volgens de preadviseurs wijst tegendemocratie het parlement daarmee op de noodzaak van de vervulling van een van haar kerntaken: ook buiten verkiezingstijd responsief zijn voor de samenleving en debat voeren over het algemeen belang.

Preadviseur *Eva van Vugt* neemt op haar beurt de constitutionele inpasbaarheid en opportuniteit van rechtstreekse betrokkenheid van burgers bij rechtsvorming in de vorm van de vaststelling van formele wetten onder de loep in het hoofdstuk ‘De hypercomplexe samenleving, directe democratie en de Nederlandse Grondwet’. Anno 2022 wordt er in de hypercomplexe samenleving volop geëxperimenteerd met directe vormen van democratie. De populariteit hiervan verklaart zich volgens de preadviseur mogelijk doordat burgers steeds minder zeggenschap ervaren over de totstandkoming en inhoud van het recht waaraan zij gebonden zijn. Het parlement laat als medewetgever immers het stellen van inhoudelijke normen steeds vaker achterwege. Hoewel hier duidelijk democratische en rechtsstatelijke bezwaren mee gepaard gaan, lijkt het Van Vugt, net zoals Van Gestel, onwaarschijnlijk dat het parlement zijn primaat terug kan opeisen. De hedendaagse netwerksamenleving is immers zo complex dat deze zich niet zomaar meer op hiërarchische wijze laat aansturen door een centrale regelgever.

Van Vugt gaat daarbij na in hoeverre de Grondwet zich zou verzetten tegen de rechtstreekse betrokkenheid van burgers bij de vaststelling van formele wetten. Hiervoor bouwt zij verder op de rijke onderzoeksresultaten in haar lezenswaardige proefschrift *‘De Staten-Generaal vertegenwoordigen het geheele Nederlandsche volk. Een onderzoek naar de veranderingen in de betekenis van artikel 50 Grondwet tussen 1814 en 1983’*, waarbij zij vertrekt vanuit het democratie-ideaal waar de Grondwet van uitgaat, namelijk de exclusief vertegenwoordigende, parlementaire partijdemocratie. Vervolgens toetst de preadviseur twee instrumenten waarmee burgers rechtstreekse invloed op het wetgevingsproces zouden kunnen uitoefenen: het burgerforum en het bindend correctief referendum. Voor het burgerforum, als vorm van deliberatieve democratie, voorziet zij geen constitutioneel probleem in zoverre de uitkomst van een burgerforum louter geldt als een advies aan het parlement. Daarnaast neemt zij de stelling in dat artikel 50 Grondwet zich niet zou verzetten tegen de invoering van een bindend referendum, maar wel fundamenteel van betekenis zou veranderen. Het lastverbod in artikel 67, derde lid, Grondwet vormt volgens haar echter wel een grondwettelijk beletsel. Dit is een stellingname die zeker een debat waard is. Ten slotte poneert de preadviseur de vraag of het “de hoogste tijd [is] dat onze volksvertegenwoordigers het representatieve systeem van binnenuit openbre-

ken, dat hinderlijke lastverbod lozen en burgers via referenda en burgerfora intensiever betrekken bij hun besluitvorming?” Zij stelt dat de burger inspraak zou krijgen, terwijl op talrijke domeinen het parlement niet langer de daadwerkelijke beslissingen neemt in domeinen waar het parlement wel nog het finale woord heeft. Zij vreest dat de positie van het parlement in het staatsbestel verder zou worden uitgehold door de aanvulling met burgerfora en referenda.

#### **4. Stedelijke dimensie: de rol van de grote complexe stad in globaliserend constitutionalisme**

Bij juridische analyses van rechtsvorming in de meerlagige rechtsorde gaat de aandacht in Nederland meestal uit naar het gemeentelijke, provinciale, nationale, supra- en internationale niveau. Ondanks hun ontegensprekelijk toegenomen impact, blijft de rol van steden in vergelijking nog relatief onderbelicht in constitutionele analyses. Preadviseur *Gert-Jan Leenknecht* richt in het hoofdstuk ‘Constitutionalisme, rechtsvorming en de grote stad’ daarom wel zijn blik op het prototype van de hypercomplexe samenleving bij uitstek: de moderne grote stad. Stedelijke samenlevingen zijn enorm divers in maatschappelijk, sociaaleconomisch, cultureel en linguïstisch opzicht. Bovendien maakt de ruimtelijke dichtheid van de stedelijke omgeving dat uiteenlopende wensen, noden en belangen van allerlei groepen binnen de stad veelvuldig en heftig kunnen botsen. In het bestuur van de stad - of de stedelijke regio - moeten al die belangen worden gehoord, vertegenwoordigd en beschermd. De bestuurlijke inrichting, de bevoegdheden van het bestuur en de democratische processen die dat bestuur legitimeren zouden volgens Leenknecht idealiter moeten aansluiten bij het hypercomplexe karakter van de stad. De laatste decennia zien we dat in landen om ons heen steeds vaker weerspiegeld in bijzondere wettelijke of constitutionele - soms federale - arrangementen voor grote steden als Londen, Parijs, Hamburg, Rome en Brussel. Veel van die arrangementen vergroten de bestuurlijke ruimte voor het stadsbestuur door lokale en regionale bestuurslagen binnen het territorium van de stad samen te voegen, wat leidt tot een verruiming van de bevoegdheidssfeer. Die beweging gaat doorgaans gepaard met een versterking van het bestuur van stadsdelen of wijken. Steden vormen zo gelaagde bestuurlijke ‘kolommen’ met een ruimere autonomie dan andere lokale besturen. Het bestuur tracht daarbij vaak de democratische legitimiteit te vergroten door het gebruik van vormen van directe democratie en participatie, waarmee de vele en uiteenlopende belangen binnen de stedelijke gemeenschap kunnen doorklinken in het bestuur van de stad. Ook worden contouren van een stedelijk burgerschap zichtbaar, dat breder is dan de traditionele combinatie van ingezetenschap en nationaliteit.

Leenknecht gaat vervolgens na in hoeverre in het Nederlandse openbaar bestuur gedifferentieerd kan worden tussen het bestuur van grote steden en dat van andere lokale overheden. De organieke wetgeving maakt nu al differentiatie mogelijk waar het gaat om de binnengemeentelijke organisatie en om vormen van participatieve en directe democratie. Het vergroten van de bestuurlijke ruimte voor grote steden door samenvoeging van lokale en regionale bestuurslagen vraagt evenwel aanpassing van de organieke wetgeving, waarvoor verschillende oplossingen denkbaar zijn. Ten slotte wijdt de Leenknecht nog enkele gedachten aan de idee van lokale constituties en de vraag of Nederlandse steden een eigen constitutie kunnen vaststellen.

## **5. Publiek-private dimensie: rechtsvorming in complexe netwerken van publieke en private actoren**

Op het vlak van de publiek-private dimensie staan we stil bij het borgen van legitimiteit bij rechtsvorming die in toenemende mate plaatsvindt in complexe netwerk van publieke en private actoren. De preadviseurs gaan op zoek naar adequate verantwoordingsmechanismen die rekening houden met de sterke mate van (digitale) hyperconnectiviteit en hypercomplexiteit bij rechtsvorming in de hedendaagse netwerksamenleving.

Preadviseur *Erik Hans Klijn* gaat in het hoofdstuk 'Democratische legitimiteit in de netwerksamenleving. Verantwoordingsideeën en -mechanismen in een complexe netwerksamenleving' op zoek naar democratische legitimiteit en bijhorende adequate verantwoordingsmechanismen in de gemediatiseerde netwerksamenleving. Klijn verkent daartoe het concept van democratische legitimiteit en laat zien dat dit in de netwerksamenleving als een veel complexer begrip moet worden begrepen dan politieke verantwoording. Empirische onderzoeksresultaten tonen dat de klassieke politieke democratische legitimiteit en verantwoordingsmechanismen misschien zelfs niet meer de belangrijkste zijn in de moderne netwerksamenleving. Klijn acht het tijd om onze normatieve preoccupatie van democratische legitimiteit met politieke legitimiteit te her-zien. Volgens Klijn wordt het concept democratische legitimiteit een veel rijker concept door inspiratie te putten uit meer deliberatieve democratieopvattingen, die beter passen bij het netwerk-karakter van talrijke besluitvormingsprocessen. We leven inderdaad in een netwerksamenleving waarin de positie van publieke organen sterk veranderd is. Door toegenomen afhankelijkheid en complexiteit van maatschappelijke vraagstukken is de noodzaak groter geworden om meer horizontale vormen van governance toe te passen. Met meer horizontale vormen van governance doen dan ook nieuwe vormen van verantwoording hun intrede, zoals verantwoording naar samenwerkende partners en naar burgers.

Bovendien wijst preadviseur Klijn erop dat de netwerksamenleving nog een ander kenmerk heeft dat nog niet zo sterk naar voren is gekomen toen Castells het concept introduceerde. We leven namelijk ook in een gemediatiseerde samenleving waarin de medialogica van het beeld en het simpel communiceren van boodschappen cruciaal zijn voor het overleven van politieke gezagsdragers. Dit leidt tot wat sommige auteurs hebben genoemd een ‘dramademocratie’ waarin beeldvorming en communiceren via de media belangrijker zijn dan het oplossen van beleidsdossiers. Dit betekent volgens Klijn dat democratische legitimiteit in de netwerksamenleving wordt gevormd in een context die zich kenmerkt door enerzijds groeiende complexiteit van bestuurlijke processen en complexe verantwoordingsmechanismen, maar anderzijds wordt gedomineerd door de pressie om snel in eenvoudige oneliners te communiceren. In die zin meent Klijn dat de soms enigszins naïeve opvattingen van het deliberatieve democratieconcept (en haar verantwoordingsmechanismen) aan herwaardering toe zijn. Aan het eind van het essay worden ten slotte dan ook suggesties gedaan om democratische legitimiteit en de bijhorende verantwoordingsmechanismen te verbeteren in de complexe netwerksamenleving.

In het hoofdstuk ‘Happy city, of een nieuwe grondwet voor de 21ste eeuw’ ten slotte bespreken preadviseurs *Bart van der Sloot en Esther Keymolen* de impact van technologische ontwikkelingen op bestaande juridische doctrines en bestuursmodellen. Van der Sloot en Keymolen stellen daarbij dat techniek en recht op een aantal fundamentele punten botsen, wat leidt tot een niet te veronachtzamen spanningsveld. Enerzijds wijzen systeemontwikkelaars en techbedrijven erop dat het recht is ontwikkeld in een ander tijdsgewricht waardoor het niet goed toepasbaar is in de huidige digitale informatie- en netwerksamenleving, waardoor het recht volgens sommigen zelfs buiten beschouwing moet worden gelaten. Anderzijds stellen juristen en beleidsmakers doorgaans dat de techniek zich ‘gewoon’ moet schikken naar het vigerende juridische kader. De preadviseurs wijzen erop dat de juridische beginselen en rechtsregels hierdoor formeel in stand worden gehouden, terwijl de praktijk daar in toenemende mate van afwijkt. Aan de hand van een exploratief en innovatief gedachtenexperiment verkent dit preadvies daarom enkele volgens de preadviseurs noodzakelijke toekomstige rechtsontwikkelingen. Zij doen dat aan de hand van de ontwikkeling van enkele nieuwe juridische principes voor een - utopische of dystopische - toekomstige stad binnen een á twee decennia, genaamd ‘Happy City’, met verregaande, op het eerste gezicht opzienbarende technologische innovaties die evenwel verrassend nauw blijken aan te sluiten op huidige technologische mogelijkheden in de hypercomplexe, algoritmische, data-gedreven samenleving.

Van der Sloot en Keymolen tonen vervolgens hoe deze technische ontwikkelingen een aantal van de bestaande rechtsstatelijke uitgangspunten onder druk zetten. Zij doen dan ook enkele suggesties voor modernisering van het recht in de vorm van een gedeeltelijke aanzet van een grondwet voor de 21ste eeuw. De preadviseurs erkennen dat sommige voorstellen bewust scherp zijn neergezet om de frictie tussen technologie en recht bij de lezer voelbaar te maken. Zij beogen hiermee urgentie te creëren voor een discussie die de status quo overstijgt. De preadviseurs betogen immers dat het vrijwel onmogelijk wordt om verscheidene vigerende fundamentele constitutionele uitgangspunten, zoals de scheiding der machten, de individuele grondrechten, het discriminatieverbod, en democratische controle, in stand te houden als de huidige technische ontwikkelingen zich in snel tempo blijven ontwikkelen. Zij drukken ons als het ware met de neus op de feiten, namelijk op de onmogelijkheid enerzijds alle vruchten van de technologische ontwikkelingen te plukken maar anderzijds de huidige fundamentele rechtsbeginselen onveranderd te laten.

## 6. Synthese

De preadviezen laten duidelijk zien dat het proces van rechtsvorming niet langer afdoende kan worden verklaard en gelegitimeerd vanuit het primaat van de verkozen formele wetgever en het klassieke denkkader van de Trias Politica. In de hypercomplexe samenleving versterken verschillende dimensies de complexiteit van rechtsvorming, niet in het minst de horizontale dimensie met verschuivingen tussen wetgever, rechter en bestuur en de dimensie van de meergelaagde rechtsorde, maar ook de verticale dimensie in zin van een veranderende relatie tussen overheid en burger en ten slotte ook de publiek-private dimensie in de complexe netwerksamenleving die wordt gekenmerkt door een co-creatie en een toegenomen rol van private en hybride actoren in het proces van rechtsvorming. Het lijkt ons dan ook gepast en zinvol om de onderlinge verhouding tussen de in het complexe proces van rechtsvorming betrokken co-actoren te analyseren vanuit het perspectief van de meergelaagde, hypercomplexe rechtsorde, eerder dan de realiteit te bekritisieren vanuit opvattingen en aan de hand van concepten die daar niet langer meer mee stroken. Deze bundel geeft inzake het onderzoek naar nieuwe, opkomende vormen van rechtsvorming gelukkig blijk van een zich ontwikkelende focus op andersoortige methoden en instrumenten om de legitimiteit van te vormen recht te borgen. Deze zoektocht is noodzakelijk gelet op de terugtrek van de formele wetgever waarbij de legitimiteit van de complexe realiteit van rechtsvorming niet langer enkel kan worden onderbouwd aan de hand van de klassieke politieke democratische verantwoordingsmechanismen. Verschillende preadviseurs blijken in die zoektocht naar andersoortige vormen van legitimiteit van rechtsvorming hun inspi-

ratie te zoeken bij een drietal steeds terugkerende publieke waarden, namelijk transparantie, participatie en rationalisatie van de rechtsvorming.



## Literatuurlijst

### Ackerman 2017

B. Ackerman, 'Goodbye Montesquieu', in: S. Rose-Ackerman, P. Lindseth & B. Emerson (red.), *Comparative administrative law*. (Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2017).

### Commissie Wetgevingsvraagstukken 1985

*Orde in de Regelgeving: Eindrapport van de Commissie Wetgevingsvraagstukken* 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij, 1985.

### Van Gestel 2013

R.A.J. van Gestel, 'Deparliamentarisation of Legislation: Framework Laws and the Primacy of the Legislature', *Utrecht Law Review* 2013, p. 106-122.

### Van Gestel & De Poorter 2019

R.A.J. van Gestel en J.C.A. de Poorter, *In The Court We Trust: Cooperation, Coordination and Collaboration Between the ECJ and Supreme Administrative Courts*, Cambridge: Cambridge University Press 2019.

### Goossens, Hirsch Ballin & van Vugt 2021

J. Goossens, E. Hirsch Ballin & E. van Vugt, 'Algoritmische beslisregels vanuit constitutioneel oogpunt. Tweedeling tussen algemene regels en concrete toepassing onder druk', *12/1 TvCR* 2021, p. 4-19.

### Hirsch Ballin 2015

E.M.H. Hirsch Ballin, 'De constitutie van het bestuursprocesrecht', in A.T. Marseille, A.C.M. Meuwese, F.C.M.A. Michiels & J.C.A. de Poorter (red.), *Behoorlijk bestuursprocesrecht, Opstellen aangeboden aan prof. mr. B.W.N. de Waard over grondslagen, beginselen en vernieuwingen van het bestuursprocesrecht*, Den Haag: Boom juridisch, 2015. p. 19-30.

### Kelsen 2020

H. Kelsen, *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik. Studienausgabe der 1. Auflage 1934*, Tübingen: Mohr Siebeck 2020.

### Koopmans 1970

T. Koopmans, 'De rol van de wetgever', in: H.C.F. Schoordijk e.a. (red.), *honderd jaar rechtsleven: de Nederlandse Juristen-Vereniging 1870-1970*, Zwolle: Tjeenk Willink 1970, p. 221-235.



**Le Sueur 2016**

A. Le Sueur, 'Robot government: automated decision-making and its implications for parliament', in: A. Horne & A. Le Sueur (red.), *Parliament: legislation and accountability*, Oxford: Hart Publishing 2016. p. 183-202.

**Lindseth 2010**

P.L. Lindseth, *Power and Legitimacy: Reconciling Europe and the Nation-State*, New York: Oxford University Press 2010.

**Vranken 2011**

J.B.M. Vranken, 'Taken van de Hoge Raad en zijn Parket in 2025', in: A. M. Mol, I. Giesen, & F. G. H. Kristen (red.), *De Hoge Raad in 2025: Contouren van de toekomst van de cassatierechtspraak*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011.