



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## Op de grens van de constitutie: over de aard en gelding van ongeschreven staatsnoodrecht

Apeldoorn, L.C.J. van

### Citation

Apeldoorn, L. C. J. van. (2024). Op de grens van de constitutie: over de aard en gelding van ongeschreven staatsnoodrecht. *Tijdschrift Voor Constitutioneel Recht*, 15(3), 167-189.

doi:10.5553/TvCR/187966642024015003002

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4177087>

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

# Op de grens van de constitutie

## Over de aard en gelding van ongeschreven staatsnoodrecht\*

L.C.J. van Apeldoorn

### 1. Inleiding

Het staatsnoodrecht staat vandaag volop in de belangstelling. Al een aantal jaar leeft in Den Haag de wens om werk te maken van de modernisering van het op artikel 103 Grondwet gebaseerde staatsnoodrechtelijke instrumentarium.<sup>1</sup> De actualiteit en urgentie van die taak werd pregnant zichtbaar tijdens de coronapandemie, toen bestaande staatsnoodrechtelijke kaders ongeschikt bleken om te dienen als grondslag voor de geboden maatregelen. Dit leidde tot ‘juridische improvisatie’, aldus de Afdeling Advisering van de Raad van State die onder meer naar aanleiding van deze ervaringen het belang van een spoedige herijking van het staatsnoodrecht heeft benadrukt.<sup>2</sup> In verband met deze voorgenomen modernisering van het geschreven staatsnoodrecht is ook reden aandacht te besteden aan het zogenaamde subjectieve of ongeschreven staatsnoodrecht. Welke voorzieningen de wet dient te kennen voor noodsituaties is immers ook afhankelijk van de mogelijkheden die de overheid heeft om zich indien nodig te beroepen op ongeschreven recht. Uitgangspunt van de grondwetgever, zo werd overwogen bij de introductie van het huidige artikel 103 Grondwet, is dat de Grondwet geen voorschriften geeft voor afwijkend staatsrecht in omstandigheden van staatsnood, bijvoorbeeld ingeval de Staten-Generaal niet bijeen kan komen. Voorzieningen voor dergelijke zeer ernstige maar fundamenteel onvoorziebare omstandigheden zouden in de praktijk waarschijnlijk geen soelaas bieden. Bovendien zag de grondwetgever de afwezigheid van geschreven regels, en daarmee de noodzaak om terug te vallen op ongeschreven recht, als waarborg tegen een onverantwoord beroep op staatsnood.<sup>3</sup> Deze terughoudendheid om regelingen te treffen voor alle voorzienbare en onvoorziebare omstandigheden is begrijpelijk indien het subjectieve of ongeschreven staatsnoodrecht inderdaad als ‘achtervang’ kan dienen.

Het geschreven staatsnoodrecht, gebaseerd op artikel 103 Grondwet, bevat een stelsel van noodbevoegdheden die in buitengewone omstandigheden in werking kunnen worden gesteld. Zo kan, na het uitroepen van een algemene noodtoestand, het militair gezag taken worden opgedragen die in normale omstandigheden voor-

\* De auteur dankt Leonard Besselink, Ben Vermeulen en de redactie van dit tijdschrift voor waardevol commentaar op eerdere versies van deze bijdrage, en de medewerkers van het Netherlands Institute for Advanced Study voor hun gastvrijheid en ondersteuning bij het onderzoek voor deze bijdrage.

1 *Kamerstukken II 2022/23*, 29668, nr. 69.

2 *Bijlage bij Kamerstukken II 2021/22*, 29668, nr. 65.

3 *Kamerstukken II 1978/79*, 15681 nr. 3, p. 4.

L.C.J. van Apeldoorn

behouden zijn aan het civiele bestuur, kan het civiele bestuur op diverse beleids-terreinen van de wet afwijkende regels stellen, en kan van een aantal limitatief benoemde grondrechten worden afgeweken. Mogelijk voldoet echter ook het geschreven staatsnoodrecht niet om een noodsituatie het hoofd te bieden. De kernvraag is of voor dit handelen onder omstandigheden een grondslag kan worden gevonden in het ongeschreven recht. Vandaag de dag wordt deze vraag, onder meer vanwege de ervaringen tijdens de Tweede Wereldoorlog en de daaruit volgende jurisprudentie, veelal bevestigend beantwoord. Maar er bestaat verrassend weinig aandacht voor de wijze waarop deze rechtsgrondslag juridisch geconstrueerd moet worden. Dat is betreurenswaardig, niet alleen om dat de constructie gevolgen kan hebben voor de omstandigheden waarin een beroep op ongeschreven staatsnoodrecht kan slagen, maar ook omdat betwijfeld kan worden of zo een constructie past in het Nederlandse staatsrecht. In deze bijdrage wordt een aanzet gedaan deze onderwerpen te adresseren.

Eerst wordt een overzicht gegeven van de jurisprudentie waarin de Hoge Raad en de Bijzondere Raad van Cassatie het bestaan van ongeschreven staatsnoodrecht hebben geaccepteerd (par. 2), en wordt de receptie van die jurisprudentie in de naoorlogse literatuur besproken met betrekking tot wat Kranenburg het ‘probleem van de gelding van staatsnoodrecht’<sup>4</sup> noemde (par. 3). De naoorlogse auteurs waren verdeeld over de aard van recht dat een titel geeft voor buitenwettelijk overheidshandelen maar accepteerden dat het zou moeten gaan om prepositief recht dat ook de grondslag vormt voor het (geschreven) constitutionele recht. Deze algemene strategie is door Kortmann en Bovend’Eert c.s. verworpen. Zij ontkennen de kenbaarheid van dergelijk prepositief recht en zijn daarom geneigd ook het bestaan van ongeschreven staatsnoodrecht te ontkennen (par. 4). Mogelijk kan echter een grondslag gevonden worden in het positieve, maar ongeschreven, constitutionele recht. Aan de hand van de jurisprudentie van de Hoge Raad en de Bijzondere Raad van Cassatie wordt voorgesteld om ongeschreven staatsnoodrecht te construeren als een publiekrechtelijke bevoegdheid die is afgeleid uit een ongeschreven rechtsbeginsel. Een beroep daarop zou dan kunnen slagen als sprake is van door de (Grond)wetgever niet verdisconteerde omstandigheden bij de bevoegdheidstoedeling in de wet en de betreffende maatregelen noodzakelijk zijn gegeven deze omstandigheden (par. 5). Bijzondere aandacht wordt besteed aan de rol van het legaliteitsbeginsel in de beoordeling van deze noodzakelijkheid (par. 6). Ten slotte worden enige handreikingen gedaan met betrekking tot de praktische consequenties van deze opvatting (par. 7). Dat is van betekenis voor diegenen die zich in de komende jaren zullen bezighouden met de modernisering van het geschreven staatsnoodrecht.

## 2. Jurisprudentie

In de jaren na de Tweede Wereldoorlog moest de rechter zich herhaaldelijk buigen over het grootschalige beroep dat overheidsambten tijdens de bezetting hadden

4 Kranenburg 1946, p. 89.

gedaan op ongeschreven staatsnoodrecht. Dit speelde met name bij de zogenaamde ‘wetsbesluiten’ genomen door de Nederlandse regering in ballingschap in Londen. Omdat de Staten-Generaal vanwege de Duitse bezetting niet bijeen kon komen, maar de regering het noodzakelijk achtte om onder meer in verband met de oorlogvoering, wetgevende maatregelen te treffen, stelde de regering deze regels alleen vast, in afwijking van het huidige artikel 81 Grondwet.<sup>5</sup> De regering beriep zich bij het nemen van deze soms zeer ingrijpende maatregelen op ‘de leer van het staatsnoodrecht’, op grond waarvan, in de woorden van Snijders – tijdens de oorlog werkzaam bij het Ministerie van Justitie te Londen –, het de regering is toegestaan ‘indien buitengewone omstandigheden het absoluut onmogelijk maken de bepalingen van de Grondwet na te komen (...) buiten die bepalingen om de noodige voorzieningen te treffen’.<sup>6</sup> Na de oorlog verwierp de nieuw bijeengekomen Tweede Kamer een tweetal moties die opriepen tot bekrachtiging van de wetsbesluiten, daarmee het oordeel volgend van de naoorlogse regering dat de rechtsgeldigheid van de besluiten voldoende vaststond.<sup>7</sup> Ook een latere parlementaire enquêtecommissie oordeelde dat de regering tijdens de oorlogsjaren bevoegd moest worden geacht zelfstandig wetgevende maatregelen te treffen.<sup>8</sup>

In de meest gezaghebbende uitspraken van de Hoge Raad en de Bijzondere Raad van Cassatie werd deze opvatting bevestigd. Het laatste rechtscollege was onderdeel van de bijzondere rechtspleging na de Tweede Wereldoorlog, en was in 1943 ingesteld bij Besluit op de Bijzondere Gerechtshoven (*Stb.* D 62), vooruitlopend op noodzaak om na de bevrijding effectieve berechting mogelijk te maken van misdaden begaan tijdens de oorlog. In zijn sententie van 5 december 1945 oordeelde de Bijzondere Raad van Cassatie bevestigend over de vraag of de besluiten waarmee de bijzondere rechtspleging was ingesteld, rechtsgeldig waren. Na te stellen dat de rechter de gelding van het toe te passen recht moet onderzoeken tenzij hem deze bevoegdheid wordt ontzegd,<sup>9</sup> oordeelde hij dat het weliswaar gaat om regelingen waarvan de vaststelling in normale omstandigheden is voorbehouden aan de formele wetgever maar,

‘(...) dat echter in omstandigheden, waarin de regelmatige werkzaamheid der wetgevende macht onmogelijk is geworden, de noodzakelijkheid kan blijven bestaan, dat voor den Nederlandschen Staat of één zijner deelen maatregelen van wetgevers aard worden vast gesteld; dat, wanneer in dergelijke omstandigheden de wettige Regeering in staat is deze normen vast te stellen, zij daartoe bevoegd moet worden geacht; (...) dat met betrekking tot de uitoefening

5 Van den Brandhof 1986, p. 13-45.

6 Snijders 1945, p. 9. Snijders’ weergave strookt met de toelichting die Gerbrandy als Minister van Justitie kort na het begin van de bezetting gaf bij de eerste wetsbesluiten. Van den Brandhof 1986, p. 91.

7 Bijlagen *Handelingen II* 1945/1946, nr. 123.

8 *Enquêtecommissie Regeringsbeleid 1940-1945* 1950, p. 895.

9 Daarmee verwierp de Bijzondere Raad het oordeel van onder andere het Bijzonder Gerechtshof te Amsterdam 9 november 1945, *NOR* 1946/29, p. 64, dat zich geroepen achtte ‘de aldus vastgestelde bepalingen toe te passen, niet om derzelve innerlijke waarde of billijkheid te toetsen’.

L.C.J. van Apeldoorn

van deze regelende macht door de Regeering in noodtoestand de rechter niet heeft te treden in de beoordeeling van de doelmatigheid der tot stand gebrachte regelingen, maar hij zich heeft te bepalen tot het onderzoek van de vraag, of de noodtoestand het ter hand nemen van de materie door de Regeering rechtvaardigt, en zij alzoo geen misbruik van haar gezag heeft gemaakt.<sup>10</sup>

Aan deze voorwaarden was volgens de Bijzondere Raad voldaan nu de Staten-Generaal ten tijde van de vaststelling van de bestreden besluiten niet bijeen konden komen en er geen mogelijkheid bestond van gemeen overleg tussen de regering en de Staten-Generaal, en de regering haar bevoegdheid niet te buiten was gegaan nu de omstandigheden, door de gewone wetgever onvoorzien, in het belang van de openbare orde en veiligheid vroegen om een snelle en goede berechting van een groot aantal misdaden.

De Hoge Raad oordeelde vergelijkbaar in zijn arrest van 30 oktober 1946 met betrekking tot het Besluit bezettingsmaatregelen (*Stb.* E 93), dat de grondslag vormde voor een onteigeningsregeling die volgens eiser in cassatie strijdig was met de Grondwet. De rechtbank had geoordeeld dat de onteigeningsregeling kracht van formele wet heeft 'hetgeen meedebrengt' dat de regeling onschendbaar is in de zin van het toenmalige artikel 124 lid 2 Grondwet (de voorloper van het huidige art. 120 Grondwet) en dus door de rechter niet aan de wet of Grondwet mag worden getoetst.<sup>11</sup> Naar aanleiding van het cassatiemiddel dat hiertegen gericht was, overwoog de Hoge Raad,

'(...) dat ten tijde van de uitvaardiging van het Besluit bezettingsmaatregelen in September 1944 tengevolge van den oorlog de gezamenlijke uitoefening van de wetgevende macht door de Koningin en de Staten-Generaal niet mogelijk was; dat alsdan de Kroon bevoegd is tot het uitvaardigen van maatregelen van wetgeving, voor zoover zulks, zonder dat het herstel van de samenwerking tussen de Kroon en de Staten-Generaal kan worden afgewacht, door de omstandigheden geboden is; dat de beslissing of deze gebodenheid bestaat, betreft een vraag van beleid, die niet is ter beoordeeling van den rechter, en deze slechts aan een zoodanigen maatregel van wetgeving verbindende kracht zou mogen ontzeggen, voorzoover die gebodenheid niet aanwezig kan zijn geweest.'<sup>12</sup>

- 10 Bijzondere Raad van Cassatie, 5 december 1945, *NOR* 1946/150, p. 254. In gelijke zin, Bijzondere Raad van Cassatie, 5 december 1945, *NOR* 1946/3. Kranenburg 1946, p. 90, bespreekt deze passage maar stelt dat deze afkomstig is uit een dan nog te publiceren sententie van de Bijzondere Raad van Cassatie van 6 februari 1946. In de N.O.R. wordt Kranenburg genoemd als een van de raadsheren die uitspraak deed op 5 december 1945. Uit het stuk van Kranenburg blijkt niet dat hij zelf betrokken was bij de uitspraak, hoewel het feit dat hij vóór publicatie over de tekst beschikte daar wel voor spreekt. Mijn vermoeden is dat de in de N.O.R. genoemde datum van 5 december 1945 onjuist is, dat Kranenburg als raadsheer beschikking had over de uitspraak van 6 februari 1946 en daarover op 9 februari 1946 een college gaf voor oud-alumni van de Universiteit Leiden.
- 11 Rb. Dordrecht 15 mei 1946, geciteerd in HR 30 oktober 1946, *ECLI:NL:HR:1946:87*, *NJ* 1946/737, m.nt. D.J. Veegens, p. 957 (*Londense wetsbesluiten*).
- 12 HR 30 oktober 1946, *ECLI:NL:HR:1946:87*, *NJ* 1946/737, p. 959.

Hoewel het beroep dat de rechtbank gedaan had op artikel 124 lid 2 Grondwet de Hoge Raad 'minder juist' voorkwam, kon getoetst aan deze voorwaarden volgens de Hoge Raad de verbindende kracht aan het Besluit bezettingsmaatregelen niet worden ontzegd.<sup>13</sup>

Veelal wordt aangenomen dat uit deze uitspraken blijkt dat door de regering op grond van ongeschreven staatsnoodrecht uitgevaardigde wetbesluiten wél kracht van formele wet bezitten maar géén formele wetten zijn, en dus geen onschendbaarheid genieten.<sup>14</sup> Vanwege hun formele rechtskracht kunnen wetsbesluiten afwijken van eerder vastgestelde formele wetten, behouden zij hun geldigheid – ook na het herstel van normale staatsrechtelijke verhoudingen – totdat zij bij formele wet (of maatregel van gelijke kracht) worden afgeschaft, en behoeven zij geen bekrachtiging door de formele wetgever.<sup>15</sup> Maar de rechter komt wel een toetsingsrecht toe: zowel de Bijzondere Raad van Cassatie als de Hoge Raad beoordelen in het licht van de noodsituatie immers (marginaal) de noodzaak tot het nemen van de betreffende wettelijke maatregelen.<sup>16</sup>

Dit doet de vraag rijzen waarom deze rechtscolleges de betreffende wetsbesluiten niet óók toetsen aan de Grondwet als een regeling van hogere rang dan formele wetten of daarmee wat betreft hun rechtskracht gelijk te stellen maatregelen. In zijn arrest van 14 maart 1952 oordeelde de Hoge Raad met betrekking tot de klacht dat het Deviezenbesluit 1945 (*Stb.* F 222) onteigening mogelijk maakte op een wijze die strijdig is met de Grondwet, dat deze vermeende strijdigheid niet kan leiden tot het oordeel dat het besluit onverbindend is, 'omdat ook de uitvaardiging van een van de Grondwet afwijkende regeling door den nood geboden kan zijn, terwijl de regeling (...) niet gezegd kan worden door de omstandigheden niet geboden te kunnen zijn geweest'.<sup>17</sup> De rechtskracht van wetsbesluiten kan daarmee niet zonder meer worden gelijkgesteld met die van wetten in formele zin. Maar de conclusie dat wetsbesluiten van grondwettelijke rang zijn is eveneens onaantrekkelijk, gegeven de mogelijkheid wetsbesluiten na het herstel van de normale constitutionele verhoudingen bij gewone wet te wijzigen of buiten werking te stellen. Waarschijnlijk moet daarom geconcludeerd worden dat wetsbesluiten wat betreft hun rechts-

13 HR 30 oktober 1946, ECLI:NL:HR:1946:87, *NJ* 1946/737, p. 959.

14 Van der Pot *NJB* 1946, p. 444; Van der Pot 2014, p. 768-769; Kranenburg 1948, p. 104-105; Van den Brandhof 1986, p. 400-401. Anders: Van Dulleman 1947, p. 33, die de wetsbesluiten beschouwd als wetten 'in provisoiren toestand' die daarom bekrachtiging behoeven.

15 Over de rechtskracht van wetsbesluiten, zie bijv. Bijzonder Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 13 februari 1946, *NOR* 1946/43, p. 96; Bijzonder Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 26 februari 1946, *NOR* 1946/51; Bijzonder Gerechtshof Amsterdam, 27 maart 1946, *NOR* 1946/284, p. 491; Rb. Rotterdam 28 maart 1946, *NJ* 1946/215, p. 300. Niet genoemd in jurisprudentie en literatuur is, naar mijn weten, de mogelijkheid dat grondrechten door middel van wetsbesluiten beperkt worden via de reguliere voorzieningen die de Grondwet daarvoor biedt. Zo zou de strafbaarstelling van uitingen met een bepaalde inhoud door middel van een wetsbesluit kunnen gelden als een rechtmatige beperking van de uitingsvrijheid via de beperkingsclausule van art. 7 lid 3 Grondwet 'behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet'.

16 De mogelijk subtiele verschillen in toetsingsintensiteit laat ik verder buiten beschouwing. Zie Van den Bergh 1949, p. 26.

17 HR 14 maart 1952, ECLI:NL:HR:1952:330, *NJ* 1952/195, p. 442.

L.C.J. van Apeldoorn

kracht niet volledig herleidbaar zijn tot de wetgevende producten van de normale grondwettelijke organen. In de lagere rechtspraak is deze moeilijkheid regelmatig vermeden door, in kennelijke afwijking van de aanpak van de Hoge Raad en de Bijzondere Raad van Cassatie, aan te nemen dat wetsbesluiten vanwege hun formele rechtskracht wél onschendbaar zijn en daarom niet door de rechter aan de Grondwet getoetst mogen worden.<sup>18</sup>

Van Dulleman opperde reeds in 1945 dat het ‘niet inconsequent’ zou zijn als ook lagere uitvoerende ambten naast de regering onder omstandigheden bevoegdheden kunnen ontlenen aan het ongeschreven staatsnoodrecht.<sup>19</sup> De Hoge Raad bevestigde dit in 1952. De uitspraak betrof een boete die de burgemeester van Maurik zonder wettelijke bevoegdheid daartoe had opgelegd aan een zwarthandelaar, ene Kwint, die naar het oordeel van de burgemeester de openbare orde ernstig bedreigde door distributievoorschriften met betrekking tot schaarse levensmiddelen te overtreden. De rechtbank beschouwde de boete als onverschuldigd betaald. Het gerechtshof accepteerde het bestaan van een noodtoestand die de burgemeester dwong tot een ‘ernstige repressiemaatregel’, en vernietigde het vonnis.<sup>20</sup> De Hoge Raad oordeelde dat de door het gerechtshof vastgestelde feiten inderdaad lieten zien dat de boete werd opgelegd gedurende een ‘feitelijken noodtoestand’ waarbij de gemeente Maurik geïsoleerd was geraakt, de burgemeester ‘in feite de hoogste gezagsdrager ter plaatse was’ en herstel van contact met de gerechtelijke autoriteiten niet kon worden verwacht, en dat derhalve,

‘(...) niet kan worden ontkent dat het toepassen van een maatregel als de onderhavige – welke zich aan een qualificatie naar de begrippen van het gewone recht onttrekt – door den burgemeester kan zijn geboden geweest ter bescherming van de aan diens zorg toevertrouwde openbare belangen als voormeld tegen het ernstige gevaar, hetwelk deze bedreigde bij het uitblijven van een onmiddellijke beteugeling van Overheidswege van wederrechtelijke handelingen, als waaraan Kwint zich, gelijk vaststaat, schuldig maakte.’<sup>21</sup>

De Hoge Raad toetste dus of sprake is van een noodtoestand en of de door de burgemeester genomen maatregel geboden kon zijn geweest ter bescherming van de aan diens zorg toevertrouwde openbare belangen – in casu de openbare orde. Of bij deze boeteoplegging sprake was van ‘noodrechtspraak’ zoals de klager stelde, werd door de Hoge Raad in het midden gelaten, alsmede de daarmee verband houdende vraag of de rechtsprekende functie van de overheid – naast de wetgevende func-

18 Rb. Haarlem 23 november 1948, ECLI:NL:RBHAA:1948:13, *NJ* 1949/92, p. 175; Rb. Maastricht 8 september 1949, ECLI:NL:RBMAA:1949:1, *NJ* 1950/350, p. 613. Voorafgaand aan de uitspraak van de Hoge Raad ook Hof Arnhem 14 januari 1946, ECLI:NL:GHARN:1946:76, *NJ* 1947/486, p. 774; Rb. Rotterdam 28 maart 1946, *NJ* 1946/215, p. 300; Rb. Almelo 8 mei 1946, ECLI:NL:RBALM:1946:1, *NJ* 1946/440, p. 573.

19 Van Dulleman 1946, p. 5.

20 Hof Arnhem 22 mei 1951, ECLI:NL:GHARN:1951:38, *NJ* 1951/684, p. 1354.

21 HR 15 februari 1952, ECLI:NL:HR:1952:159, *NJ* 1953/52, m.nt. Ph.A.N. Houwing, p. 73-74 (*Burgemeester van Maurik*).

tie – gebaseerd kan worden op ongeschreven staatsnoodrecht. Duidelijk is wel dat repressieve maatregelen die vergelijkbaar zijn met een gerechtelijke boeteoplegging onder omstandigheden kunnen worden gegrond op ongeschreven staatsnoodrecht.

### 3. Het ‘probleem van de gelding van staatsnoodrecht’

Toen Kranenburg het probleem van de gelding van staatsnoodrecht aan de orde stelde, doelde hij op de vraag naar de rechtsgrondslag van de door Hoge Raad en de Bijzondere Raad van Cassatie als rechtmatig beoordeelde buitenwettelijke besluiten. In de hedendaagse literatuur wordt aan dit probleem weinig aandacht besteed. Exemplarisch is het werk van Brainich, dat een grote stempel heeft gedrukt op de relatief schaarse recente literatuur over het Nederlandse staatsnoodrecht. Brainich stelt, kortgezegd, dat een overheidsmaatregel zonder geschreven rechtsgrondslag rechtmatig is als een vitaal belang wordt bedreigd en bestaande bevoegdheden in het normale recht (waaronder het geschreven staatsnoodrecht) ontoereikend zijn om aan die bedreiging het hoofd te bieden.<sup>22</sup> Aan deze twee voorwaarden liggen volgens Brainich de beginselen van respectievelijk proportionaliteit en subsidiariteit ten grondslag, die daarmee het ‘fundament’ van het ongeschreven (en geschreven) staatsnoodrecht vormen.<sup>23</sup> Proportionaliteit bij het aannemen van een bevoegdheid in het ongeschreven recht vergt dat een ‘veiligheidsaspect’ wordt bedreigd en het voorgenomen optreden van de overheid op basis van die bevoegdheid in verhouding staat tot de concrete bedreiging.<sup>24</sup> Subsidiariteit vergt daarnaast dat bij dat optreden niet kan worden volstaan met minder ingrijpende bevoegdheden waaronder bevoegdheden in het geschreven recht (het geschreven staatsnoodrecht daarbij inbegrepen).<sup>25</sup>

Verscheidene auteurs hebben al dan niet in navolging van Brainich het fundamentele belang van de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit (of kortweg de evenredigheid) voor het (ongeschreven) staatsnoodrecht aanvaard.<sup>26</sup> Maar het is onwaarschijnlijk dat deze beginselen op zichzelf een voldoende antwoord vormen op de vraag naar de grondslag van buitenwettelijke besluiten genomen in omstandigheden van staatsnood. Deze beginselen hebben immers een regulatief karakter: zij normeren de verhouding tussen het doel van overheidshandelen en de daarvoor gekozen middelen, daarbij inbegrepen de gekozen bevoegdheidsgrondslag. Dit is

22 Brainich 2004, p. 21. Vitale belangen zijn de nationale rechtsorde (waaronder de openbare orde), de internationale rechtsorde, de openbare veiligheid (de fysieke veiligheid van personen en zaken) en de economische veiligheid. Brainich 2004, p. 14; Brainich 1993, p. 74. Voermans 2004, p. 14, spreekt over ‘wezenlijke belangen van de samenleving en het voortbestaan van de instellingen van een democratische rechtsstaat’.

23 Brainich 1993, p. 76. Brainich 2004, p. 21. Brainich & Daniëls, *T&C Openbare Orde en Veiligheid*, art. 103 Grondwet, aant. 2e, spreken over een ‘vertaling’ van de beginselen.

24 Brainich 1993, p. 81, 84.

25 Brainich 1993, p. 82.

26 Voermans 2004, p. 14; De Lange 2005; Kummeling 2014, p. 269-270; Daniëls 2021, par. 2.5; Cammelbeek *RegelMaat* 2021, par 2.2.

L.C.J. van Apeldoorn

helder zichtbaar in de rol die de beginselen spelen bij de noodbevoegdheid van de burgemeester van artikel 175 Gemeentewet.<sup>27</sup> Krachtens dat artikel kan de burgemeester in geval van (ernstige vrees voor het ontstaan van) rampen of ernstige wanordelijkheden bevelen geven die afwijken van de wet. Wil de burgemeester van deze bevoegdheid gebruikmaken dan bieden de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit, in de woorden van Hennekens, ‘een maatstaf naar welke criteria de burgemeester dient te beoordelen of en zo ja hoe hij dient te handelen’.<sup>28</sup> De beginselen normeren derhalve de uitoefening van de bevoegdheid door de burgemeester maar scheppen deze niet: de bevoegdheid zelf is geattribueerd in de Gemeentewet. Het probleem van de gelding van staatsnoodrecht is dat geen attributie van een bevoegdheid in het geschreven recht te vinden is, zodat de vraag rijst op welke gronden een bevoegdheid dan wel zou kunnen worden aanvaard. De regulatieve beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit geven daarop geen antwoord. Zij kunnen dan ook niet het ‘fundament’ van het ongeschreven staatsnoodrecht vormen als daarmee de bevoegdheidsgrondslag bedoeld wordt.

Meer houvast biedt de literatuur van de eerste jaren na de Tweede Wereldoorlog toen het probleem van de gelding van het staatsnoodrecht wel hoog op de doctrinaire agenda stond. Dat de regering in ballingschap in beginsel de bevoegdheid toekwam wetgevende maatregelen te treffen werd, in navolging van de jurisprudentie, niet betwist.<sup>29</sup> Maar men worstelde met de vraag op welke grondslag deze bevoegdheid rustte. In de poging een antwoord te formuleren grepen de meeste auteurs terug op de door Prins beschreven en verworpen doctrine van het natuurrecht, die het bestaan veronderstelt van universeel verbindende, middels de rede kenbare, regels die voorafgaan aan het positieve recht.<sup>30</sup> Traditioneel werd toepassing van deze doctrine, met name via de figuur van het maatschappelijk verdrag, aangewend om de reguliere wetgevende bevoegdheid van de soeverein of (organen van) de staat van een rechtsgrondslag te voorzien. Maar zij kon ook toegepast worden ter rechtvaardiging van een bevoegdheid van gezagsdragers om in tijden van nood zo nodig in afwijking van de wet het staatsbelang veilig te stellen. Dezelfde overwegingen die in gewone omstandigheden de verbindendheid van het geschreven (constitutionele) recht rechtvaardigen kunnen in buitengewone omstandigheden immers nopen tot afwijkingen van dat recht.

27 Dit is de primaire bron voor de rol die Brainich toekent aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit in het staatsnoodrecht. Brainich 1993, p. 81, onder verwijzing naar Hennekens 1990. Hij put daarnaast uit de literatuur over de rol van proportionaliteit en subsidiariteit in het oorlogs- en strafrecht.

28 Hennekens 1990, p. 129. Zie ook De Jong 2000, p. 44-52.

29 Noach 1948, p. 9, constateerde dat niet één van de ‘gezaghebbende schrijvers’ de mogelijkheid van een beroep op ongeschreven staatsnoodrecht ontkende. Er was wel debat over de rechtsgeldigheid van individuele wetsbesluiten. E.M. Meijers bestreed bijvoorbeeld de verbindendheid van het Besluit uitbreiding bevoegdheden belastingambtenaren 1945 (*Stb.* F 254), omdat de maatregelen, waaronder het voor tot vijf jaar na de effectieve beëindiging van de oorlog toekennen van ingrijpende opsporingsbevoegdheden aan belastingambtenaren, ‘het begrip, noodtoestand, verre te buiten’ gingen (Meijers *WPNR* 1947, p. 46).

30 Prins 1911, p. 31-40.

Duidelijk geïnspireerd door de doctrine van het natuurrecht was F.J.F.M. Duynstee. Hij legde de, door De Savornin Lohman veronderstelde, absolute soevereiniteit van de Nederlandse koning ten grondslag aan de bevoegdheid van de regering in Londen om tijdens de bezetting wetsbesluiten uit te vaardigen.<sup>31</sup> De bevoegdheden van de koning zijn volgens Duynstee in normale omstandigheden geregeld door het geschreven constitutionele recht. Maar in ernstige noodgevallen, bijvoorbeeld wanneer de Staten-Generaal is weggefallen, 'treedt 's Konings soevereiniteit' onbepaald door constitutionele beperkingen 'in natuurstaat naar voren'.<sup>32</sup> Ook de opvattingen van Kranenburg, Snijders, en Van der Pot hebben natuurrechtelijke trekken, omdat zij de bevoegdheid van de regering (als orgaan van de staat) tot het nemen van wetsbesluiten afleiden uit een prepositief recht van de staat om zijn eigen voortbestaan te veilig te stellen. Van der Pot erkende onomwonden de natuurrechtelijke oorsprong van het subjectieve recht van gezagsdragers om 'als de staat in nood verkeert' wetgevende maatregelen te treffen.<sup>33</sup> Snijders oordeelde dat een ongeschreven bevoegdheid tot wetgeving verondersteld moet worden als de regering anders 'machteloos zou zijn iets te doen om de zelfstandigheid van de Staat te behouden of te herwinnen'.<sup>34</sup> Deze bevoegdheid kon volgens hem niet begrensd worden door de Grondwet die, vastgesteld om het 'leven van de staat' te regelen, nooit aan het staatsbelang in de weg zou kunnen staan.<sup>35</sup> Kranenburg zag een beroep op ongeschreven staatsnoodrecht gerechtvaardigd als de maatregelen 'geboden zijn ter verzekering van den bestaansgrond zelve der staatsrechtelijke ordening, [en] onmisbaar zijn gebleken voor de verwezenlijking van de essentiële doeleinden der staatsorganisatie'.<sup>36</sup>

Een enkele auteur verwierp deze natuurrechtelijke argumenten en plaatste zich in de traditie van de historische school. De relevante resultaten van deze traditie waren reeds in 1913 door Krabbe gedemonstreerd toen hij het ongeschreven staatsnoodrecht funderde in het rechtsbewustzijn van het volk. Uit deze volkswil volgde volgens hem zowel de geldigheid van de Grondwet in normale tijden als de geldigheid van ongeschreven recht ten tijde van staatsnood.<sup>37</sup> W.J.A.J. Duynstee betoogde na de oorlog op vergelijkbare wijze dat de bevoegdheid van de regering in om in noodsituaties wetgevende maatregelen te treffen in afwijking van de Grondwet,

31 De Savornin Lohman 1907, p. 48, voorzag de implicaties van zijn soevereiniteitsopvatting voor het staatsnoodrecht: 'Zeker zijn er omstandigheden denkbaar, waarin een Vorst, om zijn land te redden, zich genoodzaakt zou zien zelfs de grondwet en geheel de volksvertegenwoordiging terzijde te stellen (...). Nog in juridischen, noch in historischen zin kan de grondwet de grondslag worden genoemd van onze staatsinstellingen; het is niet juist dat de machten die ons regeeren haar bestaan aan haar ontleenen. [Willem I van] Oranje was Soeverein nog vóórdat de grondwet, later door hem vastgesteld en afgekondigd, bestond.'

32 F.J.F.M. Duynstee 1950, p. 74. Het is mogelijk dat De Savornin Lohman uitdrukking gaf aan een conceptie van vorstensoevereiniteit die positiefrechtelijk, niet natuurrechtelijk, verankerd is. Maar Duynstee verwees expliciet naar soevereine rechten in de natuurstaat – dat wil zeggen, rechten voorafgaand aan, of onafhankelijk van het positieve recht.

33 Van der Pot *NJB* 1946, p. 442.

34 Snijders 1946, p. 9.

35 Snijders 1946, p. 9.

36 Kranenburg 1948, p. 103. Zie ook Kranenburg 1946, p. 90.

37 Krabbe 1913, p. 48-49.

L.C.J. van Apeldoorn

moet worden teruggevoerd ‘op den wil der gemeenschap, die voor deze buitengewone omstandigheden deze ordening, d.w.z. de uitoefening der wetgeving door een bepaald niet normaal daartoe aangewezen orgaan wil’.<sup>38</sup> Uiteindelijk is het de volkswil die ten grondslag ligt aan de rechtsorde en waaraan het geschreven en ongeschreven recht zijn verbindende kracht ontleent.<sup>39</sup>

#### 4. De grenzen van het staatsrecht

Opvallend is dat deze naoorlogse auteurs in essentie dezelfde strategie hanteerden om het probleem van de gelding van het staatsnoodrecht tot een oplossing te brengen. Zij gingen allen te rade bij de ‘diepere’ grondslag van het geschreven recht – het prepositieve recht dat de constitutie van verbindende kracht voorziet.<sup>40</sup> Uit die rechtsbron – of het nu gaat om de volkswil, het maatschappelijk verdrag, of het staatsbelang – zou naast de constitutie ook de ongeschreven bevoegdheidsgrondslag voor overheidshandelen in buitengewone omstandigheden kunnen worden afgeleid. Over de concrete uitwerking werden zij het echter niet eens.<sup>41</sup> En uitgaande van een meer sobere, positivistische rechtsopvatting kan men zich afvragen of het veronderstelde prepositieve recht überhaupt kenbaar is. Stel dat men een beroep op prepositief recht op die gronden verwerpt, is men dan ook gehouden het bestaan van ongeschreven staatsnoodrecht te ontkennen? Dat lijkt de opvatting van Kortmann en Bovend’Eert c.s. In hun werk vinden we een kernachtige verwerping van de houdbaarheid van de in de jaren na de Tweede Wereldoorlog gevolgde strategie voor het vaststellen van ongeschreven staatsnoodrecht. Kortmann en Bovend’Eert c.s. ontkennen dat de verbindendheid van de constitutie kan worden afgeleid uit een rechtsbron die aan het positieve recht voorafgaat. We moeten voor het vaststellen van de rechtskracht van de constitutie volstaan met de constatering dat overheidsambten en onderdanen de constitutie feitelijk als geldend recht aanvaarden.<sup>42</sup> Hetzelfde geldt voor buitenwettelijk overheidsoptreden in omstandigheden van staatsnood. Zij zien daarom als meest zuivere benadering om het be-

38 W.J.A.J. Duynstee 1946, p. 121.

39 Of Duynstee hiermee écht een levensvatbaar alternatief bood voor het natuurrechtelijke perspectief werd overigens betwijfeld. Van der Pot 1946, p. 10.

40 Kranenburg 1946, p. 89, verwoorde dit algemeen gedeelde uitgangspunt door te stellen dat men de gelding van het ongeschreven staatsnoodrecht moet ‘terugvoeren op dat van den grond der gelding van de geschreven wet zelve’. In gelijke zin, Brandhof 1986, p. 2.

41 Met betrekking tot de door F.J.F.M. Duynstee gepostuleerde soevereine natuurrechten wierp Van Dulleman 1946, p. 31, tegen dat het zeer te betwijfelen valt of ooit sprake is geweest van een ‘absolute soevereiniteit’ in de Nederlandse rechtsorde. W.J.A.J. Duynstee 1946, p. 119, bekritiseerde de analyse van Kranenburg die de grondslag van het staatsnoodrecht afleidde uit het staatsbelang: het voortbestaan van de staatsgemeenschap is niet noodzakelijk en ‘als de staatsgemeenschap niet noodzakelijk is, is ook het noodrecht niet volstrekt noodzakelijk; en kan het dus ook niet zonder meer een absolute band, die rechtskracht heeft, uit zichzelf bezitten’. Kranenburg 1946, p. 89, op zijn beurt, verwierp de bruikbaarheid van Krabbes theorie van de rechtssoevereiniteit omdat ‘van een rechtsbewustzijn des volks met betrekking tot het staatsnoodrecht niets is te constateeren’ – een punt dat eveneens de theorie van W.J.A.J. Duynstee raakt.

42 Kortmann & Bovend’Eert c.s. 2021, p. 76.

staan van een ongeschreven bevoegdheid voor overheidshandelen in omstandigheden van staatsnood te ontkennen:

‘Naar het ons voorkomt is het juister aan te nemen dat maatregelen tijdens staatsnood genomen voortvloeien uit buiten-constitutionele machtsuitoefening, zij het met de bedoeling om, zodra de normale toestand is hersteld, de constitutie weer na te leven. Het constitutionele recht houdt dus op te gelden, waar de nood daartoe dwingt: nood breekt wet.’<sup>43</sup>

Deze opvatting is nauw verwant aan die van Prins, die de term subjectief staatsnoodrecht in 1911 introduceerde. Hij wilde met die term tot uitdrukking brengen dat publiekrechtelijke bevoegdheden gebaseerd op ongeschreven recht begrepen moeten worden als subjectieve rechten van de overheid ‘aan het natuurrecht ontleend’, los van bevoegdheidsgrondslagen in de ‘objectieve gezagsordering’ van de wet.<sup>44</sup> Prins – die schreef in een tijd waarin legisme hoogtij vierde – ontkende het bestaan van dergelijke subjectieve rechten en ontkende daarom ook het bestaan van subjectief of ongeschreven staatsnoodrecht.<sup>45</sup> Anders dan veel van zijn tijdgenoten, echter, concludeerde hij niet dat afwijkingen van de wet of Grondwet in omstandigheden van staatsnood daarom onrechtmatig zijn. Eerder moet men aannemen dat de wetgever niet de intentie heeft gehad de wet onverkort van toepassing te laten zijn en ‘is het optreden der uitvoerende macht in tijd van nood niet in strijd met de wet, ook al wordt daarbij niet volgens de wet gehandeld’.<sup>46</sup>

Net als Prins ontkennen Kortmann en Bovend’Eert c.s. het bestaan van een ongeschreven rechtsgrondslag voor overheidshandelen in noodsituaties, en net als Prins concluderen zij dat het geschreven constitutionele recht toepassing mist als het evident tekortschiet om in die omstandigheden als rechtsgrondslag te kunnen dienen. Maar anders dan Prins (die slechts opmaakte dat buitenwettelijk overheidshandelen in dat geval ‘niet in strijd met de wet’ is) brengen zij deze benadering tot haar logische conclusie: is geen geschreven of ongeschreven recht toepasselijk, dan ontstaat een rechtsvrije ruimte waarin de uitoefening van feitelijke overheidsmacht niet gegrond is in, of genormeerd wordt door het staatsrecht.

Dat verklaart waarom het ongeschreven staatsnoodrecht ontbreekt in Kortmanns frequent aangehaalde begripsbepaling van het staatsnoodrecht. Kortmann noemt (naast op art. 103 Grondwet berustende regelingen en besluiten genomen op grondslag van deze regelingen) wél ‘besluiten die genomen zijn in geval van staatsnood, maar die niet te herleiden zijn tot een grondwettelijk voorschrift’,<sup>47</sup> maar

43 Kortmann & Bovend’Eert c.s. 2021, p. 78. Omdat zij in beginsel het bestaan van toepasselijk ongeschreven recht ontkennen staat de zinsnede ‘nood breekt wet’ gelijk aan ‘nood breekt recht’: het gaat om buiten-constitutionele machtsuitoefening.

44 Prins 1911, p. 38.

45 Prins 1911, p. 40.

46 Prins 1911, p. 43.

47 Kortmann & Bovend’Eert c.s. 2021, p. 214; Kortmann & Bovend’Eert 2006, p. 147. Deze begripsbepaling komt oorspronkelijk uit Kortmann *MRT* 1984, p. 183.

L.C.J. van Apeldoorn

niet de bevoegdheidsgrondslag van die besluiten in ongeschreven staatsrecht.<sup>48</sup> Voor besluiten die genomen zijn in geval van staatsnood, maar die niet te herleiden zijn tot een grondwettelijk voorschrift, bestaat geen grondslag in het positieve recht. De geldigheid en verbindende kracht van dergelijke besluiten moet daarentegen – net als bij de constitutie – worden gezocht in de feitelijke acceptatie ervan als recht door ambten en onderdanen.<sup>49</sup> Wordt ‘de machtsuitoefening aanvaard, dan is er sprake van door hem uitgevaardigd geldend recht. Geschiedt dit niet, dan is sprake van illegale machtsuitoefening’.<sup>50</sup> Zo kan Kortmann besluiten die genomen zijn in geval van staatsnood maar niet te herleiden zijn tot een grondwettelijk voorschrift als staatsnoodrecht classificeren, zonder ook het bestaan van een ongeschreven grondslag voor die besluiten aan te nemen.

Een complicatie voor deze principiële benadering vormt de hiervoor besproken jurisprudentie. Ook Kortmann en Bovend'Eert c.s. accepteren dat ons constitutioneel bestel een ongeschreven rechtsgrondslag kent voor overheidshandelen in noodsituaties. ‘Kennelijk bestaat er een ongeschreven bevoegdheidsregel’, merken zij op naar aanleiding van de arresten van de Hoge Raad, op grond waarvan rechtsgeldige besluiten kunnen worden genomen die geen grondslag hebben in het geschreven staatsrecht.<sup>51</sup> De inhoud van deze bevoegdheidsregel: ‘[D]e overheid is bevoegd om in geval van nood maatregelen te treffen die afwijken van het voor normale omstandigheden geldende recht, mits deze maatregelen geboden kunnen zijn ter bescherming van de aan de zorg van de overheid toevertrouwde belangen.’<sup>52</sup> Zij volgen daarmee Van der Pot en Van den Bergh die met betrekking tot de Londense wetsbesluiten vergelijkbare regels hadden geopperd. Van der Pot had betoogd dat het ‘de hoogste organen van de staat’ – hij doelde met name op de wetgever en de regering – de bevoegdheid toekomt om, in geval van staatsnood ‘(...) de regelen vast te stellen, welke aan dien nood tegemoetkomen, ook als deze tegen bestaand recht indruischen.’<sup>53</sup> Van den Bergh had betoogd dat de ‘regering’ volgens de ongeschreven rechtsregel ‘in tijden van staatsnood’ de bevoegdheid heeft om

48 Daarom passen auteurs die het bestaan van ongeschreven staatsnoodrecht wel accepteren, Kortmanns begripsbepaling op dit punt subtiel aan, bijvoorbeeld door te spreken over ‘regelingen en besluiten die tijdens buitengewone omstandigheden tot stand zijn gekomen op grond van het subjectieve, ongeschreven staatsnoodrecht’ (Daniëls 2021, par 2.1); ‘regelingen en besluiten die tijdens een uitzonderingstoestand tot stand komen en die steunen op het subjectieve staatsnoodrecht’ (Loof 2005, p. 24); of regels tot stand gekomen ‘op grond van het subjectieve staatsnoodrecht’ (Van den Brandhof 1986, p. 1). De afwezigheid van ongeschreven staatsnoodrecht in Kortmanns definitie wordt niet altijd opgemerkt. Vergelijk Kummeling 2014, p. 266.

49 Kortmann & Bovend'Eert c.s. 2021, p. 77.

50 Kortmann & Bovend'Eert c.s. 2021, p. 78.

51 Kortmann & Bovend'Eert c.s. 2021, p. 215.

52 Kortmann & Bovend'Eert c.s. 2021, p. 215. Ook deze regel komt oorspronkelijk uit Kortmann *MRT* 1984, p. 184. Kummeling 2014, p. 293, heeft voorgesteld om deze regel op te nemen in een te herzien art. 103 Grondwet. Zoals gezegd heeft de regering dat in het verleden afgeraden. Kortmann acht de principiële redenen die daarvoor toen gegeven werden niet overtuigend, omdat het voor de aard van de bevoegdheid irrelevant is of deze op geschreven of ongeschreven basis rust (Kortmann & Bovend'Eert c.s. 2021, p. 215).

53 Van der Pot *NJB* 1946, p. 442.

alle besluiten te nemen ‘die zij nodig acht’.<sup>54</sup> Kortmann en Bovend’Eert c.s. wijken in zoverre af van deze oudere formuleringen dat zij niet het bevoegde orgaan vermelden of het karakter van de bevoegdheid (Van der Pot en Van der Bergh schreven beiden voordat de Hoge Raad de mogelijkheid bevestigde van een geslaagd beroep op ongeschreven staatsnoodrecht door de burgermeester) maar wel uitdrukkelijk de mogelijkheid van (terughoudende) rechtelijke toetsing van de genomen besluiten noemen (door middel van de ook door de Hoge Raad gebruikte zinsnede dat maatregelen ‘geboden kunnen zijn’ geweest).<sup>55</sup>

Het is spijtig dat Kortmann en Bovend’Eert c.s. verder weinig zeggen over de verhouding tussen hun erkenning van deze bevoegdheidsregel en hun doctrinaire bezwaren tegen het aannemen van ongeschreven staatsnoodrecht. Omdat zij in het algemeen met betrekking tot dergelijke regels opmerken dat de vraag hoe dan ook blijft ‘wie in geval van staatsnood bevoegd is en wie bepaalt of er van staatsnood sprake is’,<sup>56</sup> lijkt mij dat zij geneigd zijn te ontkennen dat de bevoegdheidsregel voldoende specifiek en nauwkeurig is om als geldend recht te kunnen functioneren, en dat dat mogelijk onvermijdelijk is gegeven het fundamenteel onvoorzienbare karakter van omstandigheden van staatsnood. Het enige wat we zeker kunnen vaststellen op basis van de betreffende jurisprudentie is dat de wetsbesluiten van de Londense regering in ballingschap en de boeteoplegging door de burgemeester van Maurik in het verleden feitelijk als geldend recht aanvaard zijn.

In paragraaf 6 zal ik deze terughoudende conclusie problematiseren. Hier merk ik op dat de acceptatie door Kortmann en Bovend’Eert c.s. van het bestaan van een ongeschreven bevoegdheidsregel voor omstandigheden van staatsnood laat zien dat men niet gehouden is het bestaan van ongeschreven staatsnoodrecht te ontkennen enkel omdat men een beroep op prepositief recht – natuurrecht, rechtsbewustzijn, volkswil et cetera – verwerpt. Men kan met Kortmann en Bovend’Eert c.s. accepteren dat de grenzen van het staatsrecht met de constitutie bereikt worden en er geen ‘achterliggende’ juridische normen zijn waaruit de verbindendheid van de constitutie kan worden afgeleid. Maar daaruit volgt niet noodzakelijkerwijs de verwerping van ongeschreven staatsnoodrecht. Een ongeschreven grondslag voor overheidshandelen in noodsituaties kan immers onderdeel uitmaken van de constitutie zelf. Die mogelijkheid vormt het uitgangspunt van de volgende paragraaf, waarbij de vraag is hoe deze grondslag geconstrueerd zou moeten worden.

## 5. Ongeschreven staatsrecht voor omstandigheden van staatsnood

Voor de beantwoording van deze vraag is onvoldoende – want tautologisch – om te stellen dat een publiekrechtelijke bevoegdheid kan ‘voortvloeiën’ uit ongeschreven staatsnoodrecht.<sup>57</sup> Als de constitutie ongeschreven staatsnoodrecht bevat, dan

54 Van den Bergh 1949, p. 26.

55 Kortmann *MRT* 1984, p. 185.

56 Kortmann & Bovend’Eert c.s. 2021, p. 78.

57 Zie bijvoorbeeld Voermans 2004, p. 6; Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2011, p. 116.

L.C.J. van Apeldoorn

heeft dat recht inderdaad een bevoegdheidsattribuerend karakter. Maar het is zaak – mede in het licht van de hiervoor gesignaleerde scepsis van Kortmann en Boven’Eert c.s. – om een nadere bepaling te geven van deze bevoegdheidsattributie en om na te gaan of deze in overeenstemming is met bestaande constitutionele kaders. De besproken jurisprudentie geeft daartoe aanknopingspunten. In de uitspraken van de Hoge Raad en de Bijzondere Raad van Cassatie kunnen in de kern steeds twee elementen worden onderscheiden die in samenhang genomen leiden tot het oordeel dat het betreffende bestreden besluit rechtsgeldig tot stand is gekomen, hoewel een geschreven bevoegdheidsgrondslag daarvoor ontbrak: er doen zich omstandigheden voor die door de (Grond)wetgever niet verdisconteerd zijn bij de publiekrechtelijke bevoegdheidstoedeling in het geschreven recht, en het bestreden besluit is noodzakelijk in het licht van deze omstandigheden. Ik werk deze twee elementen nader uit, en begin met de door de (Grond)wetgever niet verdisconteerde omstandigheden.

Elders zijn verdisconteerde omstandigheden gedefinieerd als omstandigheden die zodanig afwijken van de ‘normale omstandigheden’ die de (Grond)wetgever bij zijn belangenafweging heeft betrokken dat mag worden aangenomen dat hij wettoepassing in die omstandigheden niet gewild heeft.<sup>58</sup> Hier gaat het specifiek om niet verdisconteerde omstandigheden bij de publiekrechtelijke bevoegdheidstoedeling. Schiet een dergelijke bevoegdheidstoedeling vanwege het zich voordoen van niet verdisconteerde omstandigheden tekort, dan biedt het buiten toepassing laten van de betreffende wet geen soelaas. (Daarom is ‘nood breekt wet’ in dit verband een misleidend adagium; beter zou zijn, nood geeft recht!) De vraag die dus gesteld moet worden is of aannemelijkerwijs sprake is van omstandigheden waarin de wetgever niet met de in de wet geattribueerde bevoegdheden zou hebben willen volstaan. In *Burgemeester van Maurik* noemde de Hoge Raad dergelijke omstandigheden bij het vaststellen van een ‘feitenlijken noodtoestand’: de gemeente was vanwege de oorlog volledig geïsoleerd geraakt, de normale strafrechtpleging door de daartoe bevoegde ambten was onmogelijk geworden, en de burgemeester was in feite de hoogste gezagsdrager ter plaatse. Deze omstandigheden waren door de wetgever niet verdisconteerd. Ter vervulling van zijn taak tot handhaving van de openbare orde (een taak opgedragen in het huidige art. 172 Gemeentewet) heeft de wetgever de burgemeester onder meer in de Gemeentewet een aantal bevoegdheden toegekend. Echter week de situatie in de gemeente Maurik in de laatste maanden van de oorlog zo sterk af van de omstandigheden die de wetgever betrok bij de belangenafweging die aan deze bevoegdheidstoedeling ten grondslag lag, dat mag worden aangenomen dat de wetgever de bevoegdheden van de burgemeester in

58 Bakker 2018, p. 59-60. Van niet verdisconteerde omstandigheden kan ook sprake zijn als maatschappelijke opvattingen over de wenselijkheid van de toepassing van de wet in het concrete geval met het verstrijken van de tijd zijn veranderd (Bakker 2018, p. 64-66). Niet verdisconteerde omstandigheden zullen in de regel onvoorzien of zelfs onvoorzienbaar zijn. Maar dit is niet noodzakelijk. De bewuste keuze van de Grondwetgever om geen afwijkend staatsrecht te geven voor de gevallen dat ‘de Staten-Generaal niet bijeen kunnen komen, dat de periodieke verkiezingen niet kunnen plaatsvinden’ vormt een voorbeeld van voorziene maar niet verdisconteerde omstandigheden bij de bevoegdheidstoedeling in de Grondwet (*Kamerstukken II 1978/79*, 15681, nr. 3, p. 4).

deze omstandigheden niet tot die in de wet zou hebben willen beperken.<sup>59</sup> Iets vergelijkbaars geldt voor de omstandigheden waarmee de regering in ballingschap zich geconfronteerd zag. De Londense wetsbesluiten, benadrukten zowel de Hoge Raad en Bijzondere Raad van Cassatie, werden genomen terwijl de Staten-Generaal niet bijeen konden komen en geen mogelijkheid bestond tot overleg tussen regering en Staten-Generaal, zodat de 'regelmatige werkzaamheid' van de formele wetgever was verhinderd. Dit waren door de Grondwetgever niet verdisconteerde omstandigheden bij de exclusieve attributie van de wetgevende bevoegdheid aan de regering en Staten-Generaal gezamenlijk.

Het tweede terugkerende element in de uitspraken van de Hoge Raad en de Bijzondere Raad van Cassatie is het vereiste dat het buitenwettelijke overheidshandelen noodzakelijk is in het licht van de (niet verdisconteerde) omstandigheden. De Bijzondere Raad van Cassatie overwoog dat de regering bevoegd moet worden geacht wetgevende maatregelen te treffen als daartoe 'noodzakelijkheid' bestaat en de Hoge Raad stelde dat de regering bevoegd is tot uitvaardigen van wetgevende maatregelen als dat 'door de omstandigheden geboden is'. De gebodenheid van de boeteoplegging aan zwarthandelaar Kwint verbond de Hoge Raad aan de taakopdracht van de burgemeester tot het handhaven van de openbare orde: zijn optreden was noodzakelijk vanwege de ernstige bedreiging van de openbare orde die werd veroorzaakt door de afwezigheid van strafrechtelijke handhaving.

Aannemelijk is dat voor het vaststellen van de noodzakelijkheid van de getroffen maatregelen vereist is dat voldaan is aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit, zoals Brainich heeft benadrukt. Dit zijn zoals gezegd echter geen attribuerende maar regulatieve beginselen. Wilden de Hoge Raad en de Bijzondere Raad van Cassatie concluderen dat de bevoegdheid tot het nemen van de maatregelen volgt uit de noodzaak daartoe (in niet door de wetgever verdisconteerde omstandigheden), dan moesten zij zich bij dat oordeel stilzwijgend beroepen op nog een ongeschreven regel of beginsel. Een tweetal ongeschreven rechtsbeginselen zijn in de literatuur voorgesteld als mogelijke grondslag. Ten eerste opperen Nicolai c.s., die benadrukken dat het bij een beroep op ongeschreven staatsnoodrecht veelal gaat om situaties waarin het bevoegde gezag niet kan functioneren, het rechtsbeginsel van 'continuïteit van overheidsgezag'.<sup>60</sup> Aannemelijk lijkt inderdaad dat burgers van de overheid in beginsel mogen verwachten dat als één ambt vanwege buitengewone omstandigheden niet kan functioneren, een ander ambt de taken waarneemt. In die gevallen zou het beginsel van continuïteit van overheidsgezag – aangenomen dat het als positief recht functioneert – als grondslag kunnen dienen voor zo een indeplaatstreding.<sup>61</sup> Ten tweede wijst Dölle op het algemene

59 Hennekens 1990, p. 148, stelt dat de wetgever deze omstandigheden voorzien heeft en niet heeft willen regelen: 'Het is begrijpelijk, dat de wetgever voor zo'n uitzonderlijke situaties [*sic*] geen regeling wenst, omdat de mate van exceptie zo groot is. Het zou dan te ver voeren, wanneer reeds op voorhand een dergelijke uitzonderlijke bevoegdheid werd toegekend.'

60 Nicolai e.a. 1997, p. 97.

61 Zie ook Van Dullemen 1946, p. 32-35, voor de verwante privaatrechtelijke figuur van de zaakwaarneming.

L.C.J. van Apeldoorn

rechtsbeginsel van ‘doelmatigheid’. Dat beginsel, of een nadere uitwerking daarvan in termen van een aantal kernfuncties of ‘oertaken’ die de overheid moet worden aangenomen te bezitten, kan volgens hem in noodsituaties ‘zo een sterke normatieve uitstraling’ krijgen dat oplossingen ‘in andere tijden inconstitutioneel, nu wel gerechtvaardigd of zelfs geboden kunnen zijn’.<sup>62</sup> Ik begrijp het beginsel zo dat het uitnodigt aan te sluiten bij de rechtsplichten, taakstellingen en bevoegdheden die ambten hebben op grond van geschreven recht. De burger mag in beginsel verwachten dat de overheid zijn publieke taak doelmatig uitoefent en wat deze publieke taak behelst moet blijken uit de wet. Dan zou het rechtsbeginsel van doelmatigheid – opnieuw aangenomen dat het als positief recht functioneert – in door de wetgever niet verdisconteerde omstandigheden als ongeschreven grondslag kunnen dienen voor een bevoegdheid tot het vervullen van de publieke taak.

Aangenomen dat deze (of vergelijkbare) ongeschreven beginselen inderdaad verondersteld moeten worden in de noodzakelijkheidsoordelen zoals de Hoge Raad en de Bijzondere Raad van Cassatie die voor zich zagen, dan hebben deze oordelen de volgende structuur. Sprake is van omstandigheden voor die door de (Grond)wetgever niet verdisconteerd zijn bij de publiekrechtelijke bevoegdheidstoedeling in het geschreven recht. Gegeven deze omstandigheden vormen de door het betreffende ambt genomen buitenwettelijke maatregelen een doelmatige behartiging van de door de wetgever ‘aan diens zorg toevertrouwde openbare belangen’, of – ter verzekering van de continuïteit van overheidsgezag – de openbare belangen toevertrouwd aan de zorg van een ander ambt. De genomen maatregelen zijn bovendien proportioneel en subsidiair: zij staan in juiste verhouding tot de ernst van de omstandigheden, en niet kan worden volstaan met minder ingrijpende maatregelen. En ten slotte wordt – in het licht van het legaliteitsbeginsel – bij dit evenredigheidsoordeel betrokken dat voor de maatregelen geen grondslag bestaat in het geschreven recht. In de volgende paragraaf ga ik nader in op de rol van het legaliteitsbeginsel en de implicaties daarvan voor de verwerping van ongeschreven staatsnoodrecht door Kortmann en Bovend’Eert c.s.

## 6. Het legaliteitsbeginsel en de binding van de overheid aan het recht

Men zou kunnen denken dat het legaliteitsbeginsel in de weg staat aan een dergelijke ongeschreven bevoegdheidsgrondslag in omstandigheden van staatsnood. Het legaliteitsbeginsel vereist dat overheidsoptreden, zeker als het eenzijdig lasten en verplichtingen aan burgers oplegt of rechten van burgers inperkt, moet berusten op voldoende specifieke, met medewerking van de volksvertegenwoordiging tot stand gekomen algemene regels.<sup>63</sup> Door de overheid te binden aan de wet wordt de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid bevorderd. En vanwege de medewerking van de volksvertegenwoordiging bij het tot stand komen van de wet kunnen burgers invloed uitoefenen op de regels op grond waarvan de overheid jegens hen op-

62 Dölle 1988, p. 208, 281.

63 Kortmann & Bovend’Eert c.s. 2021, p. 363; Voermans 2004, p. 17-18; Hirsch Ballin 1991, p. 74-75.

treedt.<sup>64</sup> Kortmann en Bovend'Eert c.s. benadrukken het belang van het legaliteitsbeginsel en zijn daarom zeer kritisch over de mogelijkheid om publiekrechtelijke bevoegdheden af te leiden uit ongeschreven rechtsbeginselen. Als men het toestaat bevoegdheden te doen steunen op rechtsbeginselen dan zou 'de attribuerende functie van het constitutionele recht haar (machts)begrenzende karakter verliezen'.<sup>65</sup> Zo worden kernelementen van de democratische rechtsstaat bedreigd. Want de voorwaarde van een nauwkeurige attributie en delegatie van bevoegdheden in de wet vormt een essentiële waarborg voor rechtszekerheid, de democratische legitimatie van overheidshandelen, en de bescherming van de vrijheid van burgers.<sup>66</sup>

Dit is een terechte zorg, en een reden om ook bij het handelen van de overheid in noodsituaties zeer terughoudend te zijn met het aannemen van publiekrechtelijke bevoegdheden zonder wettelijke grondslag. Maar deze zorg drukt met name een oordeel uit over het bijzondere gewicht dat het legaliteitsbeginsel moet toekomen in een evenredigheidstoets, en geen principiële afwijzing van de mogelijkheid dat een dergelijke belangenafweging aanleiding geeft om een ongeschreven rechtsgrondslag aan te nemen. Zoals Nieuwenhuis aan Kortmann heeft tegengeworpen, bezitten rechtsbeginselen zoals het legaliteitsbeginsel veelal geen 'monopoliepositie', maar moet hun gewicht in de concrete omstandigheden worden afgewogen. Dat kan volgens Nieuwenhuis betekenen dat het legaliteitsbeginsel in sommige omstandigheden moet wijken, en een publiekrechtelijke bevoegdheid kan worden aangenomen op grond van een ongeschreven rechtsbeginsel.<sup>67</sup>

Van belang voor het oordeel dat omstandigheden van staatsnood het legaliteitsbeginsel kunnen doen wijken is ten eerste dat sprake is van (Grond)wetgever niet verdisconteerd zijn bij de publiekrechtelijke bevoegdheidstoedeling in het geschreven recht. Daaruit kan op zichzelf niet worden afgeleid dat de (Grond)wetgever de attributie van een bevoegdheid tot het nemen van de betreffende buitenwettelijke maatregel wel gewild zou hebben. De aannemelijkheid daarvan neemt toe als de maatregel evenredig is en aansluit bij een uit de wet blijkende publieke taakstelling. Daarnaast is kenmerkend dat voor de omstandigheden waar beroep op ongeschreven staatsnoodrecht slaagde, de belangen die aan het legaliteitsbeginsel ten grondslag liggen, waaronder rechtszekerheid en democratische legitimatie, waarschijnlijk beter gediend waren mét, dan zónder de bestreden besluiten. De democratische legitimatie van het overheidsgezag werd bijvoorbeeld bevorderd door de boeteoplegging door de burgemeester van Maurik, die daarmee wettelijke distributievoorschriften handhaafde waarvan de vrees bestond dat zij anders 'in ernstige mate'

64 Hirsch Ballin 1991, p. 74-75; Op deze wijze begrepen omvat het legaliteitsbeginsel het democratiebeginsel.

65 Kortmann & Bovend'Eert c.s. 2021, p. 366.

66 Zie ook Kortmann *NJB* 1997/29, p. 1327; Kortmann *NJB* 1997/34, p. 1599; Kortmann 2004, p. 355, waar hij stelt dat het legaliteitsbeginsel 'slechts uitzondering in noodsituaties' lijdt.

67 Nieuwenhuis *RMThemis* 1997/9. Vermeulen 2023, par. 1, ziet de onvermijdelijkheid van dergelijke afwegingen gelegen in de aard van onze democratische rechtsstaat die gefundeerd is op 'uiteenlopende en soms met elkaar strijdige constitutionele uitgangspunten – divergerende rechtsbeginselen, grondrechten, regels – waarbij steeds weer een evenwicht gevonden zal moeten worden.'

L.C.J. van Apeldoorn

overtreden zouden worden.<sup>68</sup> En dat de zwarthandelaar de boete niet voorzien kon hebben – want buitenwettelijk gegeven – deed weinig af aan de rechtszekerheid in omstandigheden waar normale strafrechtpleging onmogelijk was geworden. In zijn algemeenheid kan wel gesteld worden dat nu het legaliteitsbeginsel, als kernbeginsel van de democratische rechtsstaat, de burger dient te beschermen tegen willekeur en machtsmisbruik, het op deze manier opzijzetten ervan een *ultimum remedium* vormt dat slechts in uitzonderlijke omstandigheden te billijken is.

Het legaliteitsbeginsel vormt kortom geen onoverkomelijk obstakel tot het aannemen van een ongeschreven grondslag voor overheidshandelen in noodsituaties. Daarnaast is het belang dat Kortmann en Bovend'Eert c.s. hechten aan het legaliteitsbeginsel moeilijk te rijmen met hun hiervoor besproken principiële verwerping van ongeschreven staatsnoodrecht. Zij lijken niet te willen accepteren dat het in omstandigheden van staatsnood mogelijk is om een publiekrechtelijke bevoegdheid te baseren op een ongeschreven rechtsbeginsel, maar stellen dat eerder sprake moet zijn van buiten-constitutionele machtsuitoefening, waarbij het rechtmatigheidsoordeel van de rechter slechts kan dienen ter indicatie dat deze machtsuitoefening feitelijk als recht aanvaard wordt. Ze bevrijden daarmee zowel het bestuur als de rechter van elke binding aan het recht, met, in de woorden van Voermans, 'huiveringwekkende' consequenties tot gevolg.<sup>69</sup> Op maatregelen genomen in noodsituaties zonder geschreven bevoegdheidsgrondslag zijn het constitutionele recht en de daarin vervatte rechtstatelijke waarborgen niet van toepassing. Ook bijvoorbeeld niet de regel – volgend uit de hiervoor besproken evenredigheidstoets – dat de afwijking van de (Grond)wet met dat handelen zo klein mogelijk moet blijven. Het is in strikte zin überhaupt onmogelijk om een afwijking van de wet vast te stellen: met het opzijzetten van de constitutie is er immers geen andersluidend geldig recht.<sup>70</sup> Het oordeel van de rechter die naderhand de rechtmatigheid van het buitenwettelijke handelen moet toetsen, is eveneens arbitrair: er is geen kenbaar recht waaruit de rechtsgeldigheid van de betreffende maatregel kan worden afgeleid en de rechter moet zich baseren op politieke of morele overwegingen.

Toegegeven, als de opvatting van Kortmann en Bovend'Eert c.s. juist is, dan kan deze niet met het legaliteitsbeginsel in de hand worden bestreden: in dat geval maakt het legaliteitsbeginsel onderdeel uit van de constitutie die opzij is gezet, en de resulterende arbitraire machtsuitoefening kan dan niet aan de hand van dat beginsel beoordeeld worden. Wel zouden deze overwegingen aanleiding moeten zijn om het bestaan van ongeschreven staatsnoodrecht pas te verwerpen als alle alternatieven – waaronder de mogelijkheid een publiekrechtelijke bevoegdheid te

68 Hof Arnhem 22 mei 1951, ECLI:NL:GHARN:1951:38, NJ 1951/684, p. 1354.

69 Voermans 2004, p. 7.

70 De opvatting van Prins, die zoals gezegd overeenkomsten vertoont met die van Kortmann en Bovend'Eert c.s., is op dit punt niet slechts aanvechtbaar, maar tegenstrijdig omdat Prins betoogt dat het oordeel van de regering om buiten de wet te handelen minder snel gerechtvaardigd is 'naarmate de wetsafwijking ingrijpender is' (Prins 1911, p. 44). Prins kon slechts concluderen dat de overheid bij buitenwettelijk handelen niet onrechtmatig handelt door te stellen dat de wet in die omstandigheden niet van toepassing is. In die omstandigheden kan dus ook geen sprake zijn van een wetsafwijking.

baseren op een ongeschreven rechtsbeginsel – uitputtend zijn onderzocht. Deze bijdrage is daartoe een aanzet.

## 7. Afsluiting

Met de voorgenomen modernisering van het geschreven staatsnoodrecht komt het ongeschreven staatsnoodrecht in beeld als belangrijk onderdeel van het juridisch kader waarbinnen de bevoegdheden van de overheid in noodsituaties moeten worden vormgegeven. Onder meer is van belang welke omstandigheden een beroep op ongeschreven staatsnoodrecht kunnen doen slagen. Daarover zijn in de literatuur verschillende standpunten ingenomen. Enerzijds zijn er schrijvers, zoals Brainich, die het ongeschreven staatsnoodrecht als ‘normaal’ onderdeel zien van het juridisch arsenaal dat de overheid ter beschikking staat bij de crisisbeheersing. Met de erkenning van ongeschreven staatsnoodrecht in de rechtspraktijk en de doctrine is het karakter van het geschreven staatsnoodrecht volgens Brainich veranderd: het geschreven staatsnoodrecht is niet langer bedoeld om noodbevoegdheden en hun toepassingsvoorwaarden limitatief op te sommen, maar slechts om de overheid een ‘leidraad’ te geven bij het optreden in buitengewone omstandigheden.<sup>71</sup> Daar waar het geschreven (staatsnood)recht in concrete omstandigheden niet voldoet kan de overheid zich beroepen op ongeschreven recht. De vraag is of voldaan is aan de voorwaarden van proportionaliteit en subsidiariteit, en dat kan ook zo zijn bij relatief kleine calamiteiten. Damen bespreekt in dit verband de omstandigheid van een storing in een industrieel productieproces waar milieuschade dreigt en de noodzakelijke aanwijzingen van overheidswege niet bevoegd gegeven kunnen worden.<sup>72</sup> Hennekens wijst naar een burgemeester die zich bij de bestrijding van wanordelijkheden geroepen ziet maatregelen te nemen waartoe hij niet bevoegd is op grond van de noodbevoegdheden van artikel 175 en 176 Gemeentewet, bijvoorbeeld omdat deze maatregelen grondrechten beperken.<sup>73</sup>

Andere schrijvers benadrukken het belang van bevoegdheidsattributie in de wet en beschouwen de toevlucht tot het ongeschreven staatsnoodrecht als laatste redmiddel. Zo maakt Elzinga ‘ernstig bezwaar’ tegen een ongeclausuleerd beroep op ongeschreven staatsnoodrecht door de burgemeester: dan ‘raakt de handhaving van de openbare orde in bijzondere omstandigheden wel heel erg verwijderd van het reguliere rechtsstatelijke verband’.<sup>74</sup> Voermans is bevreesd dat het aannemen van een ongeschreven bevoegdheidsgrondslag in de door Damen en Hennekens genoemde omstandigheden de deur wagenwijd zou openzetten voor ‘oncontroleerbare bevoegdheidstoe-eigening door de overheid’.<sup>75</sup>

71 Brainich 1993, p. 76, onder verwijzing naar onder meer Eigeman 1915, p. 3, die de toenmalige Oorlogswet beschreef als een ‘algemene handleiding, een soort leidraad voor hen, die in den staat van oorlog of een staat van beleg met hare toepassing belast zijn’.

72 Damen 2013, p. 164-165.

73 Hennekens 1990, p. 147-149.

74 Elzinga *Gst.* 1992, par. 7.

75 Voermans 2004, p. 14.

L.C.J. van Apeldoorn

Bezien vanuit het voorgaande ligt de laatste opvatting het meest voor de hand. Daarbij stel ik voorop dat, naast de door Brainich benadrukte erkenning van ongeschreven staatsnoodrecht door rechtsvormende instanties, zich een tweede ontwikkeling heeft voorgedaan die juist spreekt tegen het aannemen van een ongeschreven bevoegdheidsgrondslag voor overheidshandelen in noodsituaties: in de afgelopen decennia heeft de wetgever in het geschreven staatsnoodrecht de strikt omschreven toepassingsvoorwaarden voor noodbevoegdheden veelal vervangen door procedurele waarborgen. De resulterende ‘elasticiteit’ van bepalingen zag de wetgever als een ‘noodzakelijke konsekventie van het streven om voor het optreden van de overheid in buitengewone omstandigheden geen beroep op het beginsel van het ongeschreven staatsnoodrecht te doen’.<sup>76</sup> Het voorgaande suggereert dat een beroep op ongeschreven staatsnoodrecht slechts kan slagen als sprake is van niet door de (Grond)wetgever verdisconteerde omstandigheden bij de bevoegdheidstoedeling in het geschreven recht. Dit is een voorwaarde die niet duidelijk naar voren komt in de evenredigheidstoets die Brainich heeft voorgesteld. Omdat de wetgever in algemene zin het toepassingsbereik van de in de wet gegeven staatsnoodrechtelijke instrumentarium in het verleden juist heeft willen vergroten, lijkt deze voorwaarde aanzienlijke obstakels op te werpen voor een geslaagd beroep op ongeschreven recht. Daarnaast dient de rol van het legaliteitsbeginsel in de evenredigheidstoets te worden benadrukt. Een beroep op ongeschreven staatsnoodrecht door bijvoorbeeld de burgemeester kan succesvol zijn – dat heeft de Hoge Raad bevestigd – maar gegeven een belangafweging waarbij de in het geding zijnde vitale belangen moeten worden afgewogen tegen kernbeginselen van de democratische rechtstaat (die belangen tot uitdrukking brengen die zich uitstrekken tot de gehele rechtsorde), zal daarvan slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden sprake kunnen zijn. Ook als de wetgever ervoor kiest bepaalde buitengewone omstandigheden niet te verdisconteren bij de bevoegdheidsattributie in het geschreven staatsnoodrecht, blijft het ongeschreven staatsnoodrecht een *ultimum remedium* dat slechts soelaas kan bieden als de democratische rechtstaat daar als zodanig om vraagt.

## Literatuurlijst

### Bakker 2018

F.S. Bakker, *Billijkheidsuitzonderingen. Het wegens bijzondere omstandigheden buiten toepassing laten van wettelijke voorschriften in individuele gevallen* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

### Van den Berg 1949

G. van den Bergh, ‘Staatsnoodrecht en toetsingsrecht’, in: *Verzamelde staatsrechtelijke opstellen*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1949.

### Brainich 2004

E.T. Brainich, *Het systeem van crisisbeheersing*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2004.

<sup>76</sup> *Kamerstukken II* 1964/65, 7187, nr. 6, p. 1.

**Brainich 1993**

E.T. Brainich, *Staatsnoodrecht* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993.

**Brainich & Daniëls, in: T&C Openbare Orde en Veiligheid**

E.T. Brainich & S. Daniëls, commentaar op art. 103 Gw, in: E.R. Muller e.a. (red.), *T&C Openbare Orde en Veiligheid*, Deventer: Wolters Kluwer, 2024.

**Van den Brandhof 1986**

J.C.E. van den Brandhof, *De Besluitwetgeving van de Kabinetten De Geer en Gerbrandy* (diss. Amsterdam), Deventer: Kluwer 1986.

**Cammelbeeck RegelMaat 2021**

T.D. Cammelbeeck 'Van noodsprong naar tijdelijke noodwet, het failliet van het staatsnoodrecht?', *RegelMaat* 2021, afl. 2, p. 25-42.

**Damen 2013**

L.J.A. Damen, *Bestuursrecht*, deel 1, vierde druk, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

**Daniëls 2021**

S. Daniëls, 'Commentaar op artikel 103 van de Grondwet', in: E.M.H. Hirsch Ballin e.a. (red.), *Uitleg van de Grondwet*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2021.

**Dölle 1988**

A.H.M. Dölle, *Over ongeschreven staatsrecht* (diss. Groningen), Groningen: Wolters-Noordhoff 1988.

**Van Dullemen 1947**

A.A.L.F. van Dullemen, *Staatsnoodrecht en democratie*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1947.

**Van Dullemen 1946**

A.A.L.F. van Dullemen, *Staatsnoodrecht en rechtsstaat* (voordracht gehouden op 17 november 1945), Alphen aan den Rijn: Samsom 1946.

**F.J.F.M. Duynstee 1950**

F.J.F.M. Duynstee, 'Vrijheidsrechten in noodtoestanden', *Preadviezen voor de Vereniging voor vergelijkende studie van het recht in België en Nederland*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1950.

**W.J.A.J. Duynstee 1946**

W.J.A.J. Duynstee, 'Staatsnoodrecht', in: *Opstellen over hedendaagsch recht: op 17 november 1946 door vrienden en leerlingen aangeboden aan Prof. Mr. J.C. van Oven*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1946.

**Eigeman 1915**

J.A. Eigeman, 'Verordeningen en bevelen volgens de Wet van 23 mei 1899', *Weekblad van het Regt* 1915, nr. 9767, p. 3.

**Elzinga Gst. 1992**

D.J. Elzinga, 'De burgemeester en het gemeentelijke noodrecht', *Gst.* 1992, afl. 6955, p. 616-620.

**Enquêtecommissie Regeringsbeleid 1940-1945 1950**

*Enquêtecommissie Regeringsbeleid 1940-1945: verslag houdende de uitkomsten van het onderzoek*, deel Va, Den Haag: Staatsdrukkerij- en Uitgeversbedrijf, 1950.

L.C.J. van Apeldoorn

**Hennekens 1990**

H.Ph.J.A.M. Hennekens, *Handhaving van de openbare orde: taken en bevoegdheden van de burgemeester*, Den Haag: VUGA 1990.

**Hirsch Ballin 1991**

E.H.M. Hirsch Ballin, *Rechtstaat en beleid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991.

**De Jong 2000**

M.A.D.W. de Jong, *Orde in beweging* (diss.), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.

**Krabbe 1913**

H. Krabbe, *Ongezonde lectuur*, Groningen: J.B. Wolters 1913.

**Kranenburg 1948**

R. Kranenburg, *De Grondslagen der rechtswetenschap*, tweede druk, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V. 1948.

**Kranenburg 1946**

R. Kranenburg, 'Staatsnoodrecht' (college voor de oud-alumni der Leidsche Universiteit op 9 februari 1946), *Tijdschrift voor Overheidsadministratie* 1946, jaargang 2, nr. 54, p. 89-91.

**Kortmann NJB 1997/29**

C.J.A.M. Kortmann, 'De grondwet en de jurisprudentie inzake het zelfstandig schadebesluit', *NJB* 1997/29, p. 1327-1328.

**Kortmann NJB 1997/34**

C.J.A.M. Kortmann, 'De vliegende grondwet', *NJB* 1997/34, p. 1599.

**Kortmann 2004**

C.A.J.M. Kortmann, 'Beginselloosheid in het bestuursrecht', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In beginsel*, Deventer: Kluwer 2004.

**Kortmann MRT 1984**

C.A.J.M. Kortmann, 'Iets over staatsnoodrecht', *MRT* 1984, p. 183-186.

**Kortmann & Bovend'Eert 2006**

C.A.J.M. Kortmann & P.P.T. Bovend'Eert, *Inleiding constitutioneel recht*, vijfde druk, Deventer: Kluwer 2006.

**Kortmann & Bovend'Eert c.s. 2021**

C.A.J.M. Kortmann & P.P.T. Bovend'Eert c.s., *Constitutioneel recht*, achtste druk, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

**Kummeling 2004**

H.R.B.M. Kummeling, 'Recht in nood' (preadvies), *Crisis, rampen en recht* (Handelingen NJV), 144e jaargang, 2014-1, Deventer: Kluwer 2014.

**De Lange 2005**

R. de Lange, 'Tussen gelijkheid en waarschijnlijkheid: het evenredigheidsoordeel in uitzonderingssituaties', in: A. Nieuwenhuis, B.J. Schueler & C.M. Zoethout (red.), *Proportionaliteit in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

**Loof 2005**

J.P. Loof, *Mensenrechten en staatsveiligheid: verenigbare grootheden?: Op-schorting en beperking van mensenrechtenbescherming* (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005.

**Meijers WPNR 1947**

E.M. Meijers, 'Noodrecht', *WPNR* 1947, jaargang 78, nr. 3968, p. 44-46.

**Nicolai e.a. 1997**

P. Nicolai e.a., *Bestuursrecht*, zesde druk, Amsterdam: Factorum 1997.

**Nieuwenhuis *RMThemis* 1997/9**

J.H. Nieuwenhuis, 'Vechten met de beer? De strijd om het legaliteitsbeginsel', *RMThemis* 1997/9, p. 351-352.

**Noach 1948**

W.M.E. Noach, *De bijzondere rechtspleging*, Den Haag: Martinus Nijhoff 1948.

**Van der Pot *NJB* 1946**

C.W. van der Pot, 'Openingsrede 72ste vergadering Nederlandse Juristen Vereniging', *NJB* 1946, p. 439-446.

**Van der Pot 1946**

C.W. van der Pot, *Het probleem van den staatsnood vroeger en thans*, Groningen: Wolters 1946.

**Van der Pot 2014**

C.W. van der Pot, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, red. D.J. Elzinga, R. de Lange & H.G. Hoogers, Deventer: Kluwer 2014.

**Prins 1911**

M.I. Prins, *Staatsnoodrecht* (diss. Amsterdam), Amsterdam: Cohen 1911.

**De Savornin Lohman 1907**

A.F. de Savornin Lohman, *Onze constitutie*, tweede druk, Utrecht: Kemink & Zoon 1907.

**Snijders 1945**

F.J.H. Snijders, 'De bevoegdheid van de regeering op het gebied van uitvoering en wetgeving', in: J. Eggens e.a. (red.), *Nederlands recht in oorlogstijd in Engeland ontstaan en toegepast*, Londen: The Netherlands Publishing company 1945.

**Vermeulen 2023**

B. Vermeulen, 'Rechtsbeginselen in het onderwijsrecht', in: R. van Schoonhoven (red.) *Rechtsbeginselen in het onderwijsrecht – een eerste verkenning* (preadviezen Vereniging voor Onderwijsrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2023.

**Voermans 2004**

W.J.M. Voermans, *Toedeling van bevoegdheid* (oratie Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

**Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2011**

H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt & R.M. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, vijftiende druk, Amsterdam: Reed Business 2011.